



2017

O ano do desafio.

id  
EA

## A PROTEÇÃO PESSOAL COMO GARANTIA INDIVIDUAL

Alisson Paula de Moraes Costa  
Ana Lúcia Pereira  
Marina Caputo Azevedo

### RESUMO

A proteção pessoal como garantia individual traz em seu bojo o falido instituto da Lei do Desarmamento (Lei n.º 10.826/2003). Esta, abrangida como uma lei especial da área penal, nos mostra a tentativa do governo em impor regras rígidas aos cidadãos de portar ou possuir armas de fogo para a defesa própria e familiar, passando por cima das normas fundamentais da Constituição Federal de 1988, considerada a constituição cidadã justamente por zelar pelos interesses sociais. Quando falamos na Luta pelo Direito ao longo do texto, queremos ressaltar a teoria de Rudolf Von Ihering, nos mostrando que devemos lutar por aquilo que é teoricamente nosso, conquistar o que foi retirado do homem sem a oportunidade de defender seus interesses. Logo, mostrar-se-á com este trabalho, que o Estatuto do Desarmamento, instituído para diminuir a criminalidade, não cumpre com sua função social, tornando-se um instituto falido e auxiliando para o aumento contínuo da criminalidade, já que os bandidos não entregaram suas armas para o governo. Apenas cidadão de bem, cumpridor da lei, que teve que entregar seu meio mais eficaz de defesa para o governo, achando que este teria poder suficiente para manter a paz social tão almejada. Como já disse George Washington, estar preparado para a guerra é um dos meios mais eficazes de preservar a paz. Portanto, é o próprio cidadão que tem que estar preparado para se defender e dar a ele a escolha de fazer isso. E não esperar pela proteção do Estado, já que este chegará tarde demais quando precisares.

**Palavras-chave:** Constituição Federal; Estatuto do Desarmamento; Liberdades Individuais; Direitos Fundamentais; Lei Penal Especial.

## ABSTRACT

Personal protection as individual security brings in its scope the bankrupt Institute of the Disarmament Law (Law n.º 10.826/2003). It covered as a special law the penalty area, show us try the government on impose strict rules to citizens to carry or possess firearms for self-defense and family, going over the basic rules of the 1988 Federal Constitution, considered the citizen constitution just for looking after the social interests. When we speak in the Fight for the Right, throughout the text, we want to emphasize the theory of Rudolf Von Ihering, showing us that we must fight for what is theoretically our, to conquer what was taken from the man without the opportunity to defend their interests. Soon, it will show with this work, that the Disarmament Law instituted to reduce crime does not fulfill its social function becoming a failed institution and aiding to the continued increase in crime, since the bandits not surrendered their weapons to the government. Only good citizen law-abiding who had to give its most effective means of defense for the government thinking that this would have enough power to keep the social peace so longed for. As George Washington, be prepared for war is one of the most effective means of preserving peace. Therefore, it is the citizens themselves who have to be prepared to defend and give him the choice to do that. And do not wait for the state protection. Since it will come too late when you need.

**Keys-word:** Federal Constitution; Disarmament Statute; Individual freedoms; Fundamental rights; Special Criminal Law.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>O ESTATUTO DO DESARMAMENTO - LEI 10.826/03</b> .....	<b>5</b>
<b>3</b>	<b>HISTÓRICO DO REFERENDO DE 2005</b> .....	<b>6</b>
<b>4</b>	<b>PORTE E POSSE DE ARMA DE FOGO NO BRASIL</b> .....	<b>8</b>
<b>4.1</b>	<b>Classificação Jurídica de Armas de Fogo</b> .....	<b>9</b>
<b>4.2</b>	<b>Diferença de Porte de Arma de Fogo de Uso Permitido e de Uso Restrito</b> .....	<b>10</b>
<b>5</b>	<b>DOS DIREITOS E LIBERDADES INDIVIDUAIS</b> .....	<b>11</b>
<b>6</b>	<b>SEGURANÇA PÚBLICA EM JOGO</b> .....	<b>14</b>
<b>7</b>	<b>PROJETOS DE LEI</b> .....	<b>16</b>
<b>8</b>	<b>VALORIZAÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL E AO DIREITO À VIDA: QUESTÕES CONSTITUCIONAIS</b> .....	<b>18</b>
<b>9</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>22</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>24</b>
	<b>ANEXOS – TABELAS E GRÁFICOS</b> .....	<b>26</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Falar sobre direitos e garantias fundamentais denota a expressão fundamentalista de uma Carta Política. A concepção de que se deve seguir à risca o que está expressa nesta carta faz com que o Estado Democrático de Direito se materialize, demonstrando-se, assim, uma sociedade evoluída e preparada para lidar com os contornos sociais. Contudo, quando a lógica começa a seguir o inverso, teremos um Estado Democrático de Direito falido, ao qual o mesmo não consegue seguir a primazia dos conteúdos de sua Carta Política. É falar de um povo que tenta manter seus direitos resguardados, mas que não tem voz diante o poder político. Desse modo, será que o indivíduo, como sujeito de direitos, poderá ter seu direito de proteção pessoal, familiar e patrimonial restringidos? Direitos garantidos constitucionalmente violados através de uma simples decisão discricionário? E se o Estado tira o direito do cidadão de ter seu próprio meio defesa (armas de fogo), o Estado consegue zelar pela segurança deste cidadão de bem?

Assim, passaremos objetivamente a analisar a possibilidade do direito que o cidadão tem de proteger a si mesmo, sem que necessite do tardio efetivo de segurança pública do Estado, que, por muitas vezes, demora a atender ocorrências policiais.

Especificamente, exporemos as falácias do Estatuto do Desarmamento, demonstrando que a criminalidade do Brasil vem crescendo cada dia por conta de criminosos armados que sabem que poderão realizar seus delitos sem se preocupar com a população, justamente por saber que estas não possuirão meios de defesas eficazes. Explicar também a necessidade de revogação de tal Estatuto, já que se constata, corriqueiramente, índices elevados de homicídios, estupros e roubos, ante o fato de que o Estatuto veio com o objetivo de diminuir estas violências urbanas, mas que o efeito está sendo o inverso do esperado. Assim, justifica-se o aprofundamento do trabalho nas esferas da ciência do direito, buscando respaldo na filosofia e sociologia com o intuito de quebrar o tabu que as pessoas têm com relação às armas de fogo. Desmistificar a ideia de que o cidadão armado é um pressuposto para o aumento da violência urbana.

Logo, contaremos como metodologia a ser utilizada fontes doutrinárias, documentos legislativos, artigos científicos específicos da área, tabelas de equiparação da taxa de homicídios, bem como jurisprudências e legislações pertinentes ao tema, refutando a tese de que a criminalidade não diminuiu como o previsto, após a vigência da Lei n.º 10.826/03.

## 2 O ESTATUTO DO DESARMAMENTO - LEI 10.826/03

A Lei nº 10.826 é uma lei Federal que dispõe sobre o registro, a posse e a comercialização de armas de fogo e munição, que entrou em vigor na data de 22 de dezembro de 2003 e, foi regulamentada pelo decreto 5123 de 1º de julho de 2004.

A justificativa para a necessidade de implementação do Estatuto ocorreu devido aos numerosos casos de homicídios no decorrer dos anos e a facilidade que qualquer cidadão haveria em obter o porte de arma, caso não fosse implantado tal lei. Assim, ficou fixado que o uso e porte de arma de fogo é de responsabilidade apenas daqueles que garantissem a segurança pública e a harmonia social.

Entretanto, o Estatuto do Desarmamento - Lei 10.826/03 – vem sendo ameaçado desde 2012 pelo projeto de Lei 3.722/2012, que revoga a lei supracitada, apresentado pelo Deputado Federal Rogério Peninha Mendonça, estando atualmente em debate no plenário para aprovação.

Este projeto, denominado “Estatuto do Controle de Armas de Fogo”, visa o direito individual de proteção de qualquer cidadão, seja ele comum ou ligado a segurança pública ou privada, basta seguir os requisitos de exigibilidade para o porte de arma apresentados no projeto.

Na prática, a “liberação” do porte de arma seguido de todos os preceitos de exigibilidade de circulação, garante a segurança individual, contendo a criminalidade por meio da autodefesa, pois, o Estado, não tem capacidade de garantir 100% da segurança pública. Este direito à defesa, não restringe nem retira nenhum direito das forças policiais, apenas oferece a possibilidade do cidadão comum se proteger da violência, devido à deficiência da segurança pública do Estado. Para Alberto Fraga, deputado federal e Presidente da frente parlamentar da segurança pública:

O Estatuto não cumpriu o seu papel. Ele foi vendido como uma fórmula para combater a violência no Brasil, e foi exatamente ao contrário. Depois da sanção do Estatuto, o brasileiro, cidadão de bem, ficou desarmado e o bandido continuou armado, porque bandido não participa de campanha(...). (FRAGA, 2015, vídeo)

Além disso, a PL 3.722/12 aumenta em 50% a pena dos crimes cometidos com armas de fogo, sendo este, mais um argumento favorável à aprovação do projeto, que desfavorece a linha dos argumentos que afirmam que a posse de arma causa o aumento da violência, sendo que este garantirá a defesa pessoal do cidadão quando o Estado não puder atuar por meio de

suas forças policiais. Portanto, não há no que se falar em crescimento do índice de violência por liberação de posse e porte de armas, sendo que para isto, requer um rol de sujeições e requisitos a serem seguidos, tal como uma punição mais rigorosa e eficaz.

### 3 HISTÓRICO DO REFERENDO DE 2005

O referendo do Estatuto do Desarmamento apresenta suas origens no estatuto do desarmamento de 2003 e que se constrói desde 1997, com a Lei do Porte de Armas, no qual se instituiu o Sistema Nacional de Armas (SINARM), que estabelece condições para que sejam realizados o registro e o porte de armas. O ministro da Justiça, conhecido como Renan Calheiros, na época, enviou para o congresso um projeto de Lei que tinha por objetivo reformar a antiga lei de armas de 1997. Após aprovado pela CCJ - Comissão de Constituição e Justiça do Senado, o projeto tinha como teor a proibição da compra e venda de armas de fogo e munições no comércio regular, bem como o porte de armas pela sociedade civil, vindo a ser incumbido ao Estado. A Lei nº 10.826 foi promulgada em 2003, dependendo tão somente de aprovação mediante referendo popular para a sua vigência (Art. 35, § 1º, Lei nº 10.826/03), passando a ser nesse momento crime o porte de armas sem registro e o porte através de autorização legal.

No entanto, em julho de 2005, foi apresentado duas frentes parlamentares no Tribunal Federal, sendo uma por um Brasil sem armas e outra pelo Direito da legítima defesa. Logo, com as eleições se aproximando o Referendo foi ganhando uma posição de destaque na mídia, fazendo com que a tendência do “sim” para o “não” aumentasse de forma significativa nas pesquisas.

Nesse ínterim, foi promulgado o Decreto Legislativo nº 780, de 2005, autorizando o referendo acerca da comercialização de armas de fogo e munição. Logo, o art. 2º do referido decreto trouxe expresso em que consistiria o referendo, dizendo ainda que se a maioria simples (primeiro número inteiro superior à metade dos presentes na votação) manifestasse afirmativamente a pergunta realizada nas urnas, o Estatuto do Desarmamento entraria em vigor na data da publicação do referendo.

Art. 2º O referendo de que trata este Decreto Legislativo realizar-se-á no primeiro domingo do mês de outubro de 2005, e consistirá na seguinte questão: "**o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?**".

Parágrafo único. Se a maioria simples do eleitorado nacional se manifestar afirmativamente à questão proposta, a **vedação constante** do Estatuto do Desarmamento entrará em vigor na data de publicação do resultado do referendo pelo Tribunal Superior Eleitoral. (**Grifo nosso**)

Porém, apenas 36% do eleitorado manifestou afirmativamente pela proibição do comércio de armas de fogo e munição no Brasil. A pergunta que se faz é, mesmo que a maioria simples não tendo sido atingida para a proibição do comércio de armas de fogo e munições, o referido Estatuto do Desarmamento ainda deveria ter entrado em vigor, como expressa o parágrafo único do artigo acima?

Mesmo após o Referendo, o Governo Federal, sob a égide do presidente Luís Inácio Lula da Silva, ignorou descaradamente o resultado. As campanhas desarmamentistas continuaram, e o pior, financiadas com os recursos do erário, o imposto pago pelas mesmas pessoas que votaram “NÃO” (GIACONI, **8-anos-do-referendo-que-disse-nao-ao-desarmamento**).

O resultado nacional com relação ao referendo foi de 63,94% (59.109.265) votaram contra o desarmamento. A favor, 36,06% (33.333.045). Votaram em branco, nulo ou absteve-se 24,92% dos votos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005>> Acesso em: março de 2016.

#### 4 PORTE E POSSE DE ARMA DE FOGO NO BRASIL

Para se ter uma noção do que vem a ser arma de fogo, abre-se a necessidade de conceitua-las e mostrar a classificação jurídica delas, de modo a propor uma densidade de informações mais delineadas sobre o assunto. Logo, conforme leciona o ilustre professor Heleno Claudio Fragoso, armas podem ser “o instrumento em condições de ser utilizado ou que pode a qualquer instante ser posto em condições de ser usado para o ataque ou a defesa” (FRAGOSO, 1971, p. 76). Nesse contexto, encaixa-se como sendo viável para o ataque qualquer objeto cortante ou perfurante, *v. g.*, caneta, lápis, tesouras, unhas etc., objetos estes presentes no nosso dia a dia.

No mesmo sentido, De Plácido e Silva afirma que a arma possui uma ofensividade natural, ou seja, “a qual se considera por si mesma, devido a sua fabricação e pela sua finalidade de construção” (SILVA, 2000, p.77). Isso significa dizer que somente aquelas armas que são produzidas para a finalidade ofensiva podem ser consideradas armas, deixando de fora todas aquelas que foram produzidas para caça, colecionismo e tiro desportivo. Com a devida *vênia* ao ilustre jurista, essa ideia é defasada, pois excluem do conceito de armas todas aquelas capazes de gerar um mínimo de ofensividade para a integridade física de outrem, já que armas de caças (rifles, espingardas, arco e flecha, balestras etc.), bem como de colecionismo e tiro desportivo também produzem danos, se utilizadas para ferir alguém.

Convém examinar que porte e posse de armas não se confundem, pois ambas denotam uma finalidade diferente. Assim, deterá o “porte” todo aquele que tiver autorização legal para trazer consigo e em qualquer lugar, seja ostensivamente ou veladamente<sup>2</sup>, arma de fogo. No que tange à “posse”, esta será permitida apenas a seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, conforme preceitua o Art. 5.º da Lei nº 10.826/03.

---

<sup>2</sup> Ostensivo é aquilo que se mostra exageradamente; que é feito para chamar atenção. Assim, o Porte ostensivo de armas de fogo é permitido apenas para policiais ou militares uniformizados, a fiscais do IBAMA ou do Instituto Chico Mendes e outras situações específicas (Decreto 5.123/04, Art 34, §5 e §6). Já no porte velado, a arma fica escondida por meio das vestimentas do operador.

#### 4.1 Classificação Jurídica de Armas de Fogo

Fato é que a doutrina brasileira conceitua armas em dois sentidos, sendo elas consideradas impróprias ou próprias. “A primeira é aquela na qual o objeto não possui a fabricação específica para o uso como ‘arma’, por exemplo, taco de golfe, bastão de beisebol, faca para cozinha, tesoura etc.” (CAROLLO, **Análise da majorante do roubo com uso de arma**). Podem ser considerados instrumentos de utilização doméstica, agrícola ou industrial desde que, eventualmente, sirva para ofender a integridade física de alguém. Já a segunda, “a arma própria, é a arma propriamente dita, ou seja, aquela que teve seu fabrico destinado ao uso de ataque, *verbi gratia*, revólver, espingarda, fuzil etc.” (CAROLLO, **Análise da majorante do roubo com uso de arma**), também muito conhecidas como “Armas de Fogo”.

Assim, conforme a conceituação jurídica de armas, trataremos delas tão somente como armas próprias e armas impróprias. Outrossim, o Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/03, trouxe duas espécies de porte de armas de fogo, sendo o “porte de arma de fogo de uso permitido”, cuja autorização depende de anuência exclusiva da Polícia Federal do Brasil, mediante requerimento da parte interessada (Art. 10); e temos o “porte de trânsito de arma de fogo”, o qual somente o Comando do Exército pode conceder tal benefício, como se mostra inscrito nos termos abaixo:

Art. 9º. Compete ao Ministério da Justiça a autorização do porte de arma para os responsáveis pela segurança de cidadãos estrangeiros em visita ou sediados no Brasil e, ao Comando do Exército, nos termos do regulamento desta Lei, o registro e a concessão de porte de trânsito de arma de fogo para colecionadores, atiradores e caçadores e de representantes estrangeiros em competição internacional oficial de tiro realizada no território nacional.

É de grande observância que o porte de arma de fogo no Brasil ficou restrito somente a algumas pessoas, imbuídos de zelar pela segurança ou interesse públicos, como os integrantes das Forças Armadas; integrantes de órgãos referidos nos incisos do *caput* do Art. 144 da Constituição Federal de 1988; integrantes dos órgãos policiais, dentre outros (Art. 6.º). Assim, para os cidadãos comuns, civis, ficou resguardado, em tese, somente a posse de arma de fogo, gerando uma proibição de trazer consigo as mesmas.

#### **4.2 Diferença de Porte de Arma de Fogo de Uso Permitido e de Uso Restrito**

A diferenciação das armas de fogo de uso permitido e uso restrito vem insculpido no Decreto nº 3.665 de 20 de novembro de 2000, decreto este conhecido como R-105 pelo Exército Brasileiro, no qual traz todos os parâmetros necessários para se adequar a identificação de cada arma de fogo registrada hoje no Brasil. Então, resumidamente, armas de fogo uso permitido são todas aquelas produzidas e destinadas à pessoa física ou jurídica, por serem mais fracas e/ou menos potentes em calibre (Art. 10, Decreto nº 5.123/04). O Decreto nº 3.665 traz em seu Art. 17 um rol taxativo de quais seriam armas de uso permitido.

De maneira contrária, as armas de fogo de uso restrito serão destinadas somente aquelas pessoas ligadas a máquina estatal, como os integrantes dos órgãos policiais e membros das Forças Armadas (Art. 11, Decreto nº 5.123/04), justamente por necessitarem de um efetivo muito maior para o combate ao crime e manter a paz social. Logo, para este o art. 16 do Decreto nº 3.665 também traz um rol taxativo das armas que se encaixam como sendo de uso restrito.

## 5 DOS DIREITOS E LIBERDADES INDIVIDUAIS

O Estatuto do Desarmamento se eclodiu com a finalidade de pôr uma maior efetividade jurídica a segurança pública brasileira. De fato, ao fazer uma interpretação teleológica da Lei 10.826/03, percebe-se claramente a vontade do Estado em controlar as armas existentes. Contudo, “o controle de armas abre portas para a violação da liberdade individual, pois sempre que o governo ganha poder para controlar algum aspecto de sua vida, você perde um pouco de sua liberdade” (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p. 103). Essa liberdade deveria ser, de modo significativo, garantida integralmente pela Constituição da República, fazendo valer a norma máxima do Estado. A Carta Magna trouxe em seu bojo a garantia de que os direitos são inerentes a todo e qualquer brasileiro, com o supedâneo de que o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade fossem invioláveis, como determina o art. 5.º da Constituição Federal.

Porém, o que vemos ao longo desses 28 anos da Carta Política é a restrição de alguns direitos alicerçados pelo Constituinte. A liberdade trazida no corpo do texto constitucional, deveria ser um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal (SILVA *apud* RIVERA, 2006, p. 233). O comportamento pessoal é consentido por uma vontade interna, denominado como liberdade subjetiva pelo Ilustre professor José Afonso da Silva (2006, p. 231), onde coloca o livre-arbítrio como querer supremo do homem. Insisto em dizer que se o homem o tem o livre-arbítrio de escolher os caminhos a ser destinado, deveria ele também ser livre para escolher se proteger pessoalmente, utilizando-se de seus meios necessários para coibir uma ação agressiva contra si. Fato negativo é que o Estado retirou a liberdade do cidadão escolher se deve ou não optar por ter uma arma de fogo de uso próprio para a manutenção de sua defesa. Com a vigência da Lei 10.826/03, o Estado tem o poder de autorizar ou negar a aquisição de armas de fogo por civis, sendo que a grande incidência é negar que o cidadão possua o direito de autodefesa.

A doutrina majoritária diz que a Lei 10.826/03 não proibiu o cidadão de adquirir/portar arma de fogo, mas tão somente inseriu novos requisitos objetivos e subjetivos para aquisição das mesmas (SILVA; BONINI; LAVORENTI, 2010, p. 614). Assim, sobre os requisitos, dispõe o texto normativo a seguir que:

Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos;

II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

No mesmo sentido, traz o Decreto nº 5.123/04 que regulamenta a Lei 10.826/03, dispondo sobre o SINARM<sup>3</sup>, trouxe outros novos requisitos para a obtenção de armas de fogo, previstos no Art. 12, como, por exemplo, ter, no mínimo, vinte e cinco anos de idade.

Grande problema é que mesmo o cidadão preenchendo todos os requisitos legais para aquisição de arma de fogo, seu pedido será indeferido, já que a Polícia Federal poderá, discricionariamente, negar sem justificativa o requerimento. Sendo assim, ninguém mais tem o direito de possuir uma arma legalmente para sua defesa e depende exclusivamente da interpretação de um delegado da Polícia Federal, que pode ou não interpretar a lei em prol ou contra o cidadão honesto.<sup>4</sup>

A Constituição Federal de 1988 ainda coloca como direito fundamental o direito à vida. José Afonso da Silva diz (2006, p. 198), com precisão, que a vida humana, sendo objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). Assim, abarcando a ideia desarmamentistas, o cidadão de bem está à mercê da violência urbana, tendo o direito à integridade física cerceada pelos imperativos legais da Lei 10.826/03. O direito a integridade física constitui um bem vital e revela, pois, um direito fundamental do indivíduo que teria que ser garantido efetivamente pela Constituição da República. Continua lecionando ainda o Ilustre constitucionalista Mineiro José Afonso da Silva que o direito à existência “consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável” (2006, p. 198). Com isso, O Poder Público está devendo ações mais efetivas contra o crime. O Estatuto do Desarmamento tinha intenções de reduzir a criminalidade no país e não de diminuir os direitos das pessoas de se defenderem.

---

<sup>3</sup> Sistema Nacional de Armas, instituído no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, com circunscrição em todo o território nacional, é responsável pelo controle de armas de fogo em poder da população.

<sup>4</sup> <[http://www.mvb.org.br/pf\\_desarme.php](http://www.mvb.org.br/pf_desarme.php)> Acesso em: março de 2016.

O que ficou claro é que a lei foi eficiente em desarmar o cidadão de bem, porém os bandidos agora não só usam armas mais sofisticadas, como ao atacar tem a certeza de que a vítima estará na maioria das vezes desarmada. Como esclareceu Norberto Bobbio,

O homem tem direitos inatos e adquiridos, mas o único direito inato, isto é, tal que é transmitido a qualquer homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade, ou seja, a independência de qualquer coerção imposta pela vontade de um outro” (BOBBIO, 2000, p. 476).

Logo, “a liberdade política de um cidadão é essa tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão” (SILVA *apud* MONTESQUIEU, 2006, p. 240).

“Possuir uma arma em casa não deve ser encarado apenas como um direito, mas como uma liberdade que garante outros direitos fundamentais, como a vida, a liberdade de expressão e a propriedade privada” (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p. 122). Diga-se de passagem, o Estado ainda garante o direito à propriedade, constitucionalmente previsto no art. 5º, XXII da Constituição Federal de 1988, sendo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes:

XXII - é **garantido o direito de propriedade; (Grifo nosso)**

Emana do texto constitucional, como visto acima, essa garantia de usar, gozar e dispor sobre nossos bens particulares, mas não o de defesa destes bens, ou seja, a propriedade de bens que detemos, hodiernamente é o alvo preferido dos bandidos. Vemos cotidianamente em redes de notícias, residências sendo invadidas por assaltantes armados querendo retirar aquilo que o cidadão batalhou para conquistar. Carros sendo roubados, estupros ocorrendo com frequência etc. Já dizia o texto bíblico, “*quando um homem forte guarda armado sua casa, estão em segurança os bens que possui*” (Lucas, 11,21). Portanto, como garantir a propriedade de seus bens, se alguém, com maior potencial ofensivo, intenta retirá-lo?

## 6 SEGURANÇA PÚBLICA EM JOGO

Quando se fala em desarmamento da população muitos acreditam ser essa a melhor opção para conter os níveis de criminalidade baixa, assegurando de modo pleno a paz e a tranquilidade que todos almejam. Fato é que um dos grandes proeminentes a proliferar a ideia de “menos armas, mais segurança” foi a mídia, usando-se dos diversos meios de telecomunicação e informação. Como exemplo temos que a revista *Época*, em sua edição nº 386, de 10 de outubro de 2005, tentou derrubar todos os argumentos usados pela frente “Direito da legítima defesa” optante pelo voto NÃO durante o horário eleitoral no rádio e na televisão. Do mesmo modo, as Organizações Globo, que defendeu a frente “Brasil sem armas”, propagou a ideia do voto SIM em todos os seus veículos de comunicação impressos ou eletrônicos. Segundo Luiz Gonzaga Motta, seria mais fácil de persuadir e coagir as pessoas utilizando-se da mídia, sendo que “não há poder sem imprensa nem imprensa sem poder” (MOTTA, 2002, p. 13). Assim, a imprensa tem sido chamada de quarto poder, fora o Executivo, Legislativo e Judiciário<sup>5</sup>, porque expressaria um poder independente de todos eles, um poder autônomo exercido em nome do povo (MOTTA, 2002, p. 14).

Um argumento que muitos propalam também é que se as armas fossem liberadas para os cidadãos civis, o número de mortes aumentaria em decorrência de brigas de trânsito, brigas de vizinhos/condôminos etc. Porém, o que poucos sabem é que armas de fogo nas mãos dos cidadãos evitam diversos tipos de crimes, como assaltos e estupros. A exemplo, constatar-se-á nas notícias celebradas abaixo:

- Em 2015, na cidade de Chicago, um motorista do Uber, que tinha permissão para portar armas, atirou e feriu um homem armado que abriu fogo contra uma multidão de pessoas que estavam na Logan Square (ZIEZULEWICZ, tradução nossa)
- Em uma barbearia na Filadélfia, Warren Edwards disparou contra os clientes e barbeiros. Outro homem que tinha permissão para portar armas disparou contra o

---

<sup>5</sup> Em *O Espírito das Leis*, Montesquieu formula a teoria dos três poderes.

atirador. Um capitão de polícia disse: “Eu acredito que ele (o homem que parou o atirador) salvou muitas vidas hoje” (CHANG, tradução nossa).

- Em 1998, na Pennsylvania, um garoto de 14 anos chamado Andrew Wurst atirou e matou uma professora na escola de dança, e feriu vários outros estudantes. Ao dirigir-se ao próximo salão de dança, carregando sua arma, foi confrontado pelo dono do Salão James Strand, que possuía uma escopeta e o deteve (MORAN; STRANAHAN, tradução nossa).

Os casos apresentados acima mostram apenas uma parcela de crimes evitados por aqueles que tinham autorização para andar armado. Torna-se notadamente comprovado, dentre muitas outras circunstâncias, que o cidadão de bem que possua autorização e, por consequência, treinamento será apto a se defender e defender terceiros. Não há altos índices de roubo, assaltos, estupros quando as vítimas tiverem com o que se defender. Direito este retirado por um governo que deveria zelar pela integridade e segurança pública da sociedade, deixando a mesma nas mãos de criminosos que usufruem da facilidade de obtenção de armas ilegais à fim de praticar diversos delitos. Como dizia o Marquês de Beccaria:

Podem igualmente considerar-se como contrárias ao fim de utilidade as leis que proíbem o porte de armas, porque apenas desarmam o cidadão pacífico, enquanto a deixam a arma nas mãos do criminoso, muito habituado a violar as convenções mais sagradas para respeitar aquelas que são somente arbitrárias (BECCARIA, 2011, p. 90).

Recentemente, foi visto nas redes de notícias que um jovem assaltante usou-se de uma submetralhadora para praticar roubos numa estação rodoviária. O fato aconteceu na tarde do dia 07 de abril de 2016 e foi flagrado por câmeras de vigilância, onde o assaltante sacou a arma de sua mochila e coagiu duas vítimas a entregar-lhe seus bens (Jornal O TEMPO, 2016). Assim, percebe-se notadamente a ineficácia das forças de segurança pública do país, pois as mesmas não têm condições de estar em todos os lugares ao mesmo tempo. Como já discorreu o grande filósofo Rousseau, “num Estado bem governado há poucos castigos, não porque se haja concedido muitas graças, mas porque há poucos criminosos: a quantidade de crimes lhe assegura a impunidade quando o Estado se deteriora (ROUSSEAU, 2013, p. 69).

## 7 PROJETOS DE LEI

Como já vimos anteriormente, a primeira Lei a discorrer sobre armas de fogo foi instituída em 20 de fevereiro de 1997, a então chamada de Sistema Nacional de Armas – SINARM, sendo logo após substituída pela Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003 conhecida como “Estatuto do Desarmamento”.

A partir destas criações legislativas, surgiram Projetos de Lei a respeito do assunto, para dar ao cidadão o direito de sua própria defesa. Falaremos então, sobre cada um dos projetos que estão em trâmite no Congresso Nacional.

O Projeto de Lei nº. 3.722/12 foi proposto pelo Deputado Rogério Peninha Mendonça, vem corrigir o suborno parlamentar ocorrido na votação da Lei 10.826/03 que ocasionou a aprovação, contra a vontade do povo, desta Lei, através da compra de votos dos parlamentares. Ademais, como demonstra o retorno da população, a referida Lei não vem se mostrando satisfatória na redução da criminalidade, sendo necessária a criação e adoção de um novo sistema para reger e disciplinar regras sobre a posse e o porte de armas de fogo no nosso país.

O projeto visa resguardar o direito da autodefesa do cidadão possibilitando um controle mais eficaz, rígido e integrado sobre a circulação de armas de fogo e munições no Brasil. A lei 10,826/03 diz que apenas cidadãos maiores de 25 anos de idade podem “adquirir” arma de fogo, porém, neste projeto de lei, a proposta reduz para 21 anos de idade, desde que não possua antecedentes criminais e que comprove sua aptidão técnica e psicológica para obter o porte e/ou a posse de arma de fogo para assegurar a própria defesa.

A redação da PL 3.722/12 que revoga na íntegra a Lei 10.826/03 abrange todo armamento, desde os usados pelas forças armadas até os de porte comum do cidadão, bem como as de colecionadores e esportistas.

Já o Projeto de Lei nº. 986/2015 proposto pelo mesmo Deputado, Rogério Peninha Mendonça, institui o Estatuto do Colecionismo, Tiro Desportivo e Caça, regendo normas sobre o porte, a posse, a aquisição, a propriedade, o trânsito, e o uso de armas de fogo e qualquer acessório vinculado à elas no território brasileiro.

A Lei é específica ao estabelecer segurança jurídica para categoria determinada de Colecionadores, Atiradores e Caçadores (CAC), não dispondo de conteúdos semelhantes às normas já vigentes.

Atualmente, as normas que regem essas atividades são de cunho administrativo, e sua regulamentação e fiscalização fica sobre poder do Exército Brasileiro. Logo, o Projeto de Lei vem com várias mudanças, incluindo a retirada do poder discricionário do Exército sobre as normas regulatórias para estes casos e unificando essas regulamentações em uma só lei.

O Deputado Moreira Mendes protocolou o Projeto de Lei 7.613/14 que concomitante com o Plano Brasil Maior, visa fomentar a competitividade da indústria nacional, motivando a produção de materiais para fabricação de armas, aumentando a base industrial de defesa do país através da regulamentação da Zona Franca de Manaus para a isenção fiscal do imposto de importação (II) e do imposto sobre produtos industrializados (IPI).

Projeto de Lei n.º 2.188/15, proposto pelo Deputado Federal Eduardo Bolsonaro em 01 de julho de 2015, tem o intuito de assegurar os servidores aposentados, que atuaram nas áreas policiais, requerendo a doação por parte do poder legislativo, das armas utilizadas pelos integrantes desta classe, pois os riscos inerentes da profissão não cessam juntamente com suas atividades. Assim, o projeto se baseia na Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, que dispõe em seu artigo 17, inciso II, sobre a doação de bens públicos móveis para uso de interesse social.

Projeto de Lei n.º. 1.102/15, deliberado pelo Deputado Alberto Fraga, tem o intuito de alterar o artigo 6º, da atual Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o qual dispõe sobre o registro, posse e porte de armas de fogo para órgãos ligados à ordem pública, garantindo a defesa e o direito do povo. Nessa mesma linha de raciocínio, os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público também fazem jus ao porte e uso para autodefesa, em função dos riscos que o exercício do cargo lhes impõe. Contudo, o Projeto tenta adequar estas normas também para os parlamentares, por haver igual risco na profissão pelos atos inerentes ao cargo, atendendo a uma necessidade legítima dos membros do legislativo.

## 8 VALORIZAÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL E AO DIREITO À VIDA: QUESTÕES CONSTITUCIONAIS

Buscando forças em Rudolf Von Ihering, o cidadão de bem deve lutar pelos direitos inerentes a sua pessoa. Isto é assim porque "no direito, o homem encontra e defende duas condições de subsistência moral; sem o direito, regride à condição animalesca" (IHERING, 2009, p. 41). O ilustre jurista alemão nos diz que a luta pelo direito é uma questão de autoconservação moral, onde o indivíduo tem que estar disposto a ir atrás do que é seu, desde que expresso legalmente na Carta Política de um Estado. Diz ele que a luta pelo direito é a poesia do caráter (IHERING, 2009, p. 54). Logo,

Ao defender sua propriedade, o homem defende a si mesmo, a sua personalidade. Só o conflito de deveres entre a defesa da propriedade e a preservação de um bem mais elevado, como a vida, conflito que surge, por exemplo, quando o assaltante coloca a vítima diante da alternativa de dar o dinheiro ou a vida, pode justificar a renúncia à propriedade. Fora dessa hipótese, cabe a qualquer homem um dever para consigo mesmo, o de repelir com todos os meios ao seu alcance qualquer agressão a um direito investido em sua pessoa, pois com a passividade diante da agressão estará ele admitindo um momento de ausência de direitos em sua vida. (IHERING, 2009, p. 42)

A ideia de que o Estatuto de Desarmamento foi um meio eficaz para diminuir a violência urbana está sendo deixada para traz, pois não comprovou uma regressão dos crimes cometidos e sim uma progressão. Para o jurista Inglês, Sir William Blackstone (1979), "o direito de possuir uma arma era considerado direito auxiliar, no sentido em que apoiava os direitos naturais de defesa própria e resistência à opressão."

A equação é simples: sem direito a armas não se tem plena capacidade de exercer a juridicamente assegurada legítima defesa; sem legítima defesa, a propriedade e a vida não são protegidas; sem a propriedade não há liberdade completa; e sem vida, não há sociedade, não há desenvolvimento civilizacional e não há Direito (BRODBECK, 2013, p.1)

O Estado, com a vigência do Estatuto do Desarmamento, tentou impor uma forma de controle social, e é neste controle que se vê uma maneira de regular os membros de uma

sociedade no intuito de se conformarem a determinado conjunto de normas características dessa sociedade dominado pelos poderes soberanos do Estado (BOBBIO, 1998). Entretanto, vemos que essa forma de controle social não foi um meio muito eficaz diante a realidade vivida no Brasil. O fato de tirar os 'meios de defesa' do cidadão de bem fez com que este ficasse vulnerável as injustiças causadas pela bandidagem brasileira. O que se sabe é que o Estado conseguiu desarmar o cidadão de bem, que segue e respeita as leis impostas, mas que não conseguiu desarmar os Bandidos, que ainda continuam praticando delitos com um grande poder bélico ilegal vindo das fronteiras do Brasil. Logo, a legítima defesa, estabelecida pelo Código Penal Brasileiro ficou em relativo desuso, já que "repelir injusta agressão"<sup>6</sup> de bandidos bem armados se tornou impossível em nossa sociedade. O Estatuto do Desarmamento conseguiu eliminar o elemento surpresa dos criminosos, ou seja, eles poderão entrar em qualquer comércio, residência, bancos ou qualquer outro lugar viável para a prática de seus crimes com a certeza quase absoluta de que não haverá armas no local, e de que a chance de se darem mal nessa ação será mínima (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p. 48)

DISPARO DE ARMA DE FOGO. LEGÍTIMA DEFESA CONFIGURADA.

Agente que dispara arma de fogo para o alto com a intenção de ameaçar indivíduos que invadiram sua propriedade, visando proteger seu patrimônio. Absolvição impositiva. Apelo provido. Unânime. (TJRS, 4. CAMARA CRIMINAL. APELAÇÃO 0263977-21.2013.8.21.7000, Rel. Des. Aristides Pedroso Albuquerque Neto)

Portanto, se o Estado tira o direito do cidadão de ter sua arma de fogo, estará tirando dele a arma que garante a paz. E o fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta (IHERING, 2009, p. 27).

Na concepção teórica de Estado de Direito, a sociedade participa das decisões políticas, principalmente por meio de audiências e consultas públicas (FILHO, 2011, p.74), e, mais do que isso, defende através das leis todo um rol de garantias fundamentais, baseadas no chamado "Princípio da Dignidade Humana".

O Princípio da Dignidade Humana concebido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1949 pela ONU, possui como base de tal princípio a liberdade, a justiça e a paz. Logo, como já preconiza o art. 3º desta declaração, "Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal." Garantias estas que põe um dever ao Estado de zelar pelos

---

<sup>6</sup> Código Penal Brasileiro:

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

direitos fundamentais do homem, formando "um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática." (BARCELLOS, p.9).

Assim, a luta pelo direito nasce de uma ideia centrada na aquisição de garantias previstas constitucionalmente, mas que, por meras decisões políticas, não estão no plano da eficácia normativa. O que está em jogo são os direitos dos cidadãos, como a sua liberdade, a vida, a proteção dos bens. "Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo." (SILVA, 2014, p.200). E no que concerne o direito de defender a própria vida, explicitado por José Afonso da Silva, o Estado retirou das mãos do cidadão o livre arbítrio de escolher lutar pela sua proteção pessoal, ou até mesmo, patrimonial. Isto é assim pois o Brasil, há 12 anos, retirou o direito que as pessoas tinham de se armar e defender de próprios punhos, as agressões provocadas por marginais desumanos.

O Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003), desarmou o cidadão de bem e legitimou o estopim da marginalidade urbana, criando normas extremamente rígidas para a garantia da proteção pessoal, esta prevista como um direito fundamental pela Constituição Federal brasileira. Ainda assim, um referendo realizado em 23 de outubro de 2005 foi feito para saber a opinião da população quanto ao Estatuto de Desarmamento, levando mais de 90 milhões de eleitores às urnas eletrônica, para responder se "O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?"<sup>7</sup>. O fato é que 63,94% dos eleitores rejeitaram a proposta, enquanto que apenas 36,06% gostariam que fosse proibido o comércio de armas de fogo e munição. Logo, a problemática surge quando se vê a vontade do povo, frente a vontade política, ou seja, mesmo o povo querendo algo, o governo foi lá e, por um simples ato discricionário, proibiu o comércio de armas e munições no Brasil. Assim, "possuir uma arma em casa não deve ser encarado apenas como um direito, mas como uma liberdade que garante outros direitos fundamentais, como a vida, a liberdade de expressão e a propriedade privada" (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p. 122).

Portanto, o objetivo do governo - de esquerda - ao retirar o direito defesa do cidadão de bem, é fazer com que esse povo esteja completamente impotente, para que, "quando todas as armas estiverem sob o comando do governo, ele poderá fazer qualquer coisa com seu povo, sem nenhuma resistência, sem nenhum risco de ser deposto ou combatido." (QUINTELA; BARBOSA, 2015, p. 30).

---

<sup>7</sup> KNAPP. Referendo sobre a venda de Armas.

É de grande importância que os direitos e garantias fundamentais, previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988 sejam garantidos a todo e qualquer cidadão brasileiro. Isto é assim pois a base da sociedade vem retratada nessa Carta Magna, da qual dispõe de todos os fundamentos de um Estado. Tanto é assim que o preâmbulo da Constituição, como um elemento formal de aplicabilidade, vem discorrendo que o Estado Democrático de Direito deve assegurar a liberdade e a segurança do povo brasileiro. Pelo teor do preâmbulo, tem-se que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a **liberdade**, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Visto isso, conota-se que os representantes do povo brasileiro, aqueles eleitos pelo povo para fazer parte do Poder Legislativo, ou até mesmo do Executivo, devem fazer jus as atribuições delegadas a eles pelo povo, a fim de que seja assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais. O que acontece é que os próprios representantes do povo brasileiro retiraram destes a liberdade necessária para viver numa sociedade fraterna e pacificada. Aqueles que deveriam garantir a vontade do povo, acabaram por retirar o direito de proteção que os indivíduos merecem. Thomas Jefferson, um dos maiores estadistas dos Estados Unidos, definiu que nenhum homem livre deve ser impedido de usar armas. Quando o governo impede que seu povo utilize armas para salvaguardar sua vida, está retirando os direitos fundamentais dos cidadãos de ser um "sujeito de direitos".

Logo, quando se fala em segurança, não se pode esperar pelo Estado em zelar pela segurança individual de cada cidadão, pois este é incapaz de estar em todos os lugares e ao mesmo tempo. "Só e somente só o Estado com o seu poder de polícia, jamais será capaz de garantir a defesa do cidadão, de sua família e de seus bens, em nenhum lugar do mundo"(EGOSHI, 2005)

Assim, "a falta de efetividade das normas constitucionais contribui decisivamente para comprometer a credibilidade da Constituição, e impedir a difusão de um genuíno 'sentimento constitucional' entre povo" (SARMENTO, 2010, p. 52).

Portanto, a parêmia de que o governo quer desarmar as pessoas porque se preocupa com elas está, lucidamente, falsa, pois se assim fosse, garantiria o direito das pessoas de terem

a própria escolha de se autodefender e defender sua propriedade. Só o Estado não consegue fazer isso. O sistema de segurança pública é um sistema falido, por conta de políticas mal geridas.

## 9 CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados, concluímos que em meio a uma sociedade vulnerável à criminalidade e a impossibilidade do Estado em garantir a efetiva segurança pública em favor da população, o cidadão, tem o direito de proteger-se por meio da autodefesa, meio pelo qual se possibilita a proteção individual pelo próprio cidadão comum, através da legítima defesa, esta, resguardada legalmente.

A Lei 10.826/03 conhecida como “Estatuto do Desarmamento” entrou em vigor no Brasil com o objetivo de garantir a segurança social e diminuir a violência no país. Para tanto, o Estado usou-se do controle e monopólio das armas que estivessem sobre o domínio do cidadão, privando-o de sua própria defesa e violando sua liberdade individual. O grande problema desta lei foi justamente o desarmamento de toda uma população para conter a criminalidade, o que não se mostrou satisfatório, pois, as armas de fogo nas mãos dos cidadãos de bem que possuem autorização e todos os preceitos de exigibilidade de circulação, evitam diversos tipos de crimes, como homicídios, assaltos, estupros etc.

Deste modo, após a entrada em vigor da Lei 10.826/03, surgiram diversos Projetos de Lei a respeito desse assunto, dando o direito ao cidadão da proteção à própria vida e à de terceiros. Logo, projetos como a PL 3.722/12 e PL 1.102/15, como exemplos, estão em trâmite no Congresso Nacional, e visam resguardar o direito da autodefesa como direito efetivo do povo, possibilitando um controle mais eficaz e integrado sobre a circulação de armas de fogo e munições no Brasil.

De fato, o intuito que trouxe o Estatuto do Desarmamento como uma forma eficaz para diminuição da violência social, não se fez eficiente na regressão da criminalidade e no baixo índice de mortalidade por meio de armas de fogo no país, pois, a retirada de um meio de defesa individual de proteção, fez com que o cidadão ficasse vulnerável diante das injustiças causadas pelo meio em que vive. De modo que, o Estado, ao desarmar este cidadão de bem, o torna impotente diante da violência desleal dos bandidos, que cada vez mais se beneficiam com a incapacidade de defesa da população.

Em vista do que nos foi apresentado, denota-se que o sistema de segurança pública no Brasil é um sistema falho, devido ao controle político precário do nosso país. Logo, não se pode esperar que o Estado zele pela segurança individual de cada cidadão, sendo que não se faz capaz para tanto. Portanto, é imprescindível que o Estado, garanta o direito à liberdade e à segurança pessoal do cidadão, assegurando seus direitos fundamentais, à democracia e às leis vigentes.

## REFERÊNCIAS

BARCELLO, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Cad. da Esc. de Direito, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Paraná volume 1, número 5, ano 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Tradução: Torrieri Guimarães. 6º Ed., Editora Martin Claret: São Paulo, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política.** Brasília: Ed da UNB, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos.** Organizado por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*, 4 vols. (1765-1769; Reimpressão, Chicago, 1979)

BRODBECK, Rafael Vitola. **Legítima defesa: uma questão de dignidade.** Disponível em: <<http://goo.gl/epfvNN>> Acesso em maio de 2016.

BRASIL. **Resultado sobre o Referendo de 2005.** <<http://goo.gl/VH0Ibj>> Acesso em: maio de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Estatuto do Desarmamento.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAROLLO, João Carlos. **Análise da majorante do roubo com uso de arma.** 2011. <<http://goo.gl/70vrBV>> Acesso em: março de 2016.

ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Organização das Nações Unidas, 1948.

EGOSHI, Koiti. **Uma análise de 11 fatores críticos.** <<http://goo.gl/0AyA0W>> Acesso em: maio de 2016.

FRAGA, Alberto. **Estatuto do Desarmamento não cumpriu seu papel.** Produção: EDC na Rede, 02'34. Disponível em: <<https://goo.gl/w4v15a>> Acesso em: maio de 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Aspectos da Teoria do Tipo.** Revista de Direito Penal. Vol. II/74. São Paulo: Saraiva, 1971.

CHANG, David. **Gunman Shot, Killed Inside West Philly Barbershop.** Disponível em <<http://goo.gl/EJgW9C>> Acesso em abril de 2016.

GIACONI, Luiz. **8-anos-do-referendo-que-disse-nao-ao-desarmamento.** 2013. <<http://goo.gl/2A8M8J>> Acesso em: março de 2016.

KNAPP, Eduardo. **Referendo sobre a venda de Armas.** Disponível em: <<http://goo.gl/udhP9z>> Acesso em: maio de 2016.

MORAN, Robert; STRANAHAN Susan Q. **Again, Student Held In Slaying Andrew Wurst Is Accused Of Killing Edinboro, Pa., Teacher John Gillette And Wounding Three.** Disponível em <<http://goo.gl/HST6d4>> Acesso em abril de 2016.

MOTTA, Luiz G. **Imprensa e poder.** Brasília: Editora UnB, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social : princípios do direito político** / tradução Vicente Sabino Júnior. -- São Paulo : Editora Pillares, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 4. CAMARA CRIMINAL. APELAÇÃO 0263977-21.2013.8.21.7000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª edição, 3ª tiragem, Ed. Lumen júris: Rio de janeiro, 2010.

SILVA, De Plácito. **Vocabulário Jurídico.** 2 ed. Rio de Janeiro: LTr, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37ª edição. Malheiros. São Paulo: 2006.

SILVA, José Geraldo da.; BONINI, Paulo Rogério.; LAVORENTI, Wilson. **Leis penais especiais anotada** -- 11. Ed. – Campinas, SP : Millennium Editora, 2010.

QUINTELA, Flavio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento.** Campinas, SP: Vide Editorial, 2015.

ZIEZULEWICZ, Geoff. **Uber driver, licensed to carry gun, shoots gunman in Logan Square.** Disponível em <<http://goo.gl/3F8JrH>> Acesso em maio de 2016.

## ANEXOS – TABELAS E GRÁFICOS

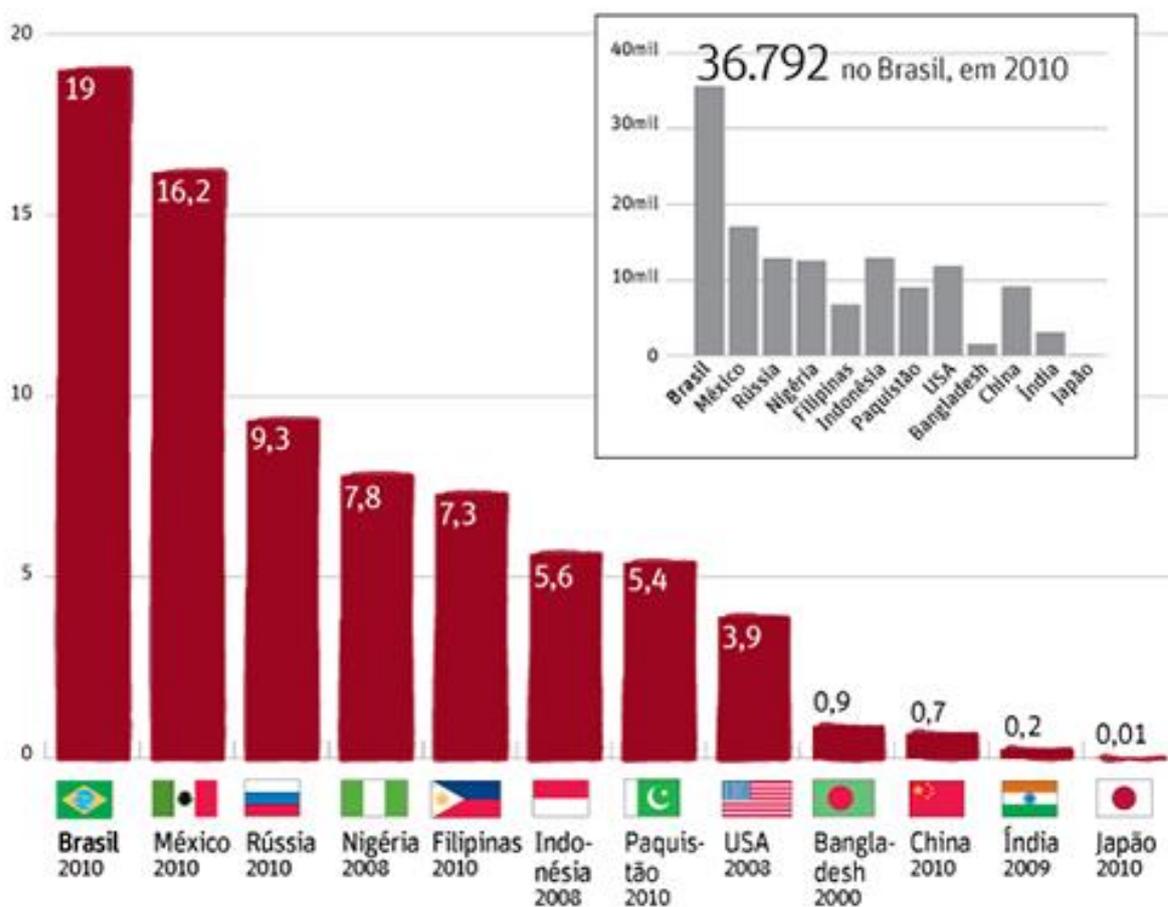
### Anexo A

#### BRASIL VIOLENTO

País tem maior taxa de mortes por armas de fogo dentre os países mais populosos do mundo

■ Taxa por 100 mil habitantes

■ Número total de homicídios por arma de fogo\*



\*Nos anos considerados no estudo. Fonte: Mapa da Violência 2013

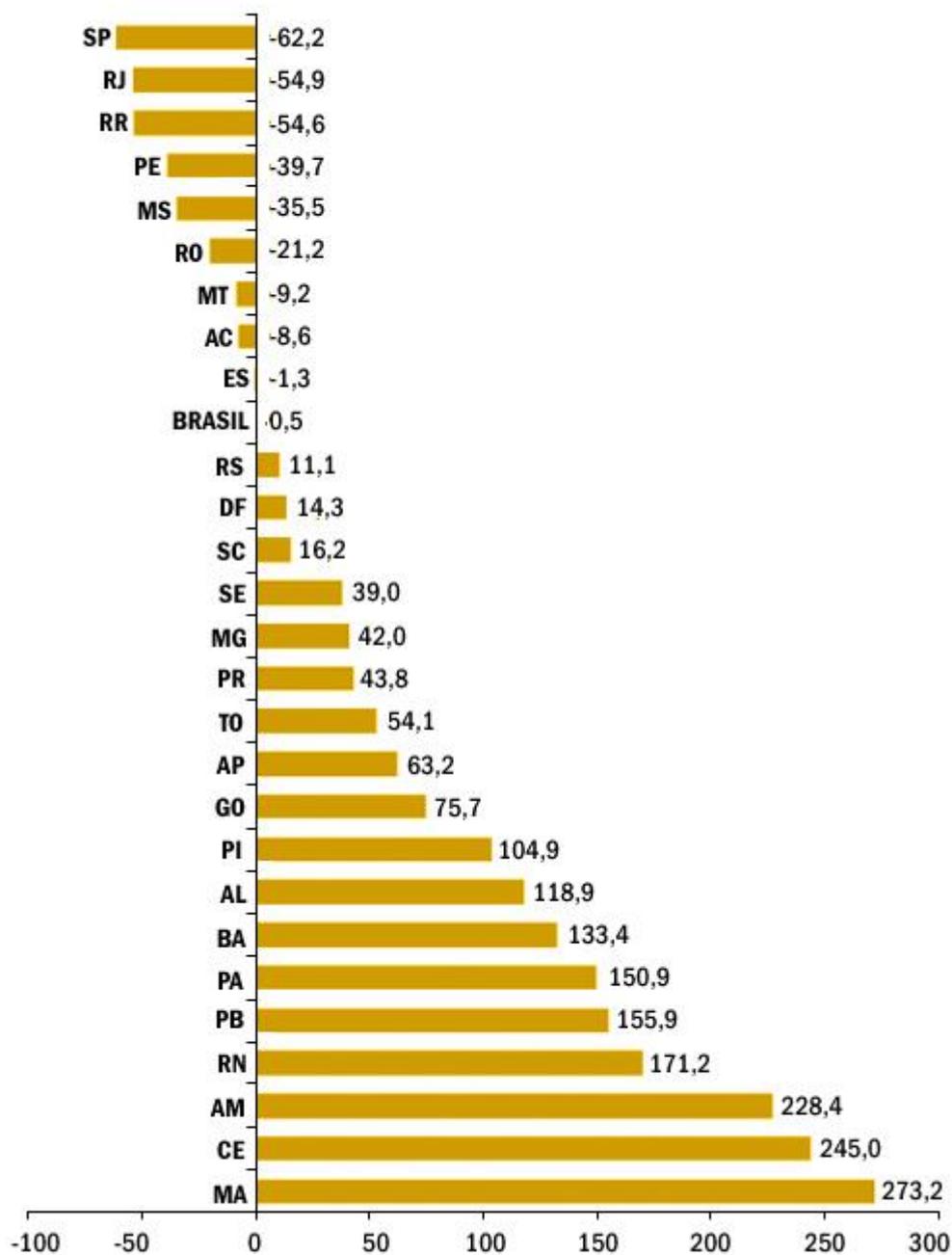
### Anexo B

	Não	Sim	Em Branco	Nulos	Comparecimento	Abstenção
<b>Brasil</b>	59.109.265 (63,94%)	33.333.045 (36,06%)	1.329.207 (1,39%)	1.604.307 (1,68%)	95.375.824 (78,15%)	26.666.791 (21,85%)

## Anexo C

### Crescimento das taxas de óbitos por arma de fogo

População total 2002 / 2012



FONTES: SIM/SVS/MS

Anexo D

ORDEM	TOTAL	PREPOSIÇÃO	ASSUNTO	NATUREZA DA MANIFESTAÇÃO (%)	
				Favorável	Contrário
1	295.680	PL 5476/2001	Extingue a assinatura básica de telefonia fixa.	98,9	1,1
2	6.466	PL 3722/2012	<b>Normatiza aquisição, posse, porte e circulação de armas de fogo e munições.</b>	<b>99,2</b>	<b>0,8</b>
3	3.061	PL 3299/2008	Extingue o fator previdenciário.	99,4	0,6
4	845	PEC 555/2006	Acaba com a cobrança de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos aposentados.	99,9	0,1
5	754	PL 2154/2011	Põe fim à exigência do exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para o exercício da advocacia.	97,3	2,7
6	411	PEC 97/2011	Unifica o piso salarial para os funcionários das entidades públicas que atuam na sanidade animal e vegetal.	100,0	0,0
7	395	PL 7672/2010	Estabelece o direito de a criança e o adolescente serem educados e cuidados sem o uso de castigos corporais ou de tratamento cruel ou degradante.	5,3	94,7
8	340	PL 2295/2000	Fixa a jornada de trabalho dos enfermeiros, técnicos e auxiliares de enfermagem.	99,4	0,6
9	320	PEC 54/1999	Permite que pessoal não aprovado em concurso integre quadro temporário em extinção.	99,7	0,3
10	302	PEC 300/2008	Estabelece o piso salarial de policiais militares dos Estados e do corpo de bombeiros militar e inativos.	99,0	1,0

Fonte: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=541857>

## **ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA LEI 12.619/2012, PELA LEI 13.103/2015 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA SAÚDE DOS MOTORISTAS PROFISSIONAIS.**

Lorena Rodrigues Marques Silva  
Luiza Correa de Oliveira Braz

### **RESUMO**

Pelo presente artigo, busca-se analisar as consequências trazidas pela lei 13.103/2015 na saúde dos caminhoneiros, contudo, antes de se entrar no mérito propriamente dito, há que se fazer um breve relato de histórico de fatos que antecederam a promulgação da Lei 13.103/2015, nesta esteira temos a lei do motorista profissional – Lei 12.619 de 2012, que foi promulgada para corrigir distorções e regularizar a categoria, estabelecendo horários específicos de jornada de trabalho, descansos semanais, entre outros. Com o objetivo principal de minimizar o número de acidentes nas estradas brasileiras, evitar problemas na saúde do motorista e também o consumo de substâncias químicas, dentre elas: anfetaminas entre outras vulgarmente denominadas “rebites”, as quais são utilizadas para evitar o sono e, por via paralela, acelerar o ritmo de trabalho, no entanto, segundo estudiosos, as mencionadas substâncias além de causarem dependência química, ainda traz malefícios a saúde dos motoristas que dela se valem. Porém para os empresários esta lei inviabilizou a lucratividade do negócio, o que motivou bloqueios que impediram a circulação de veículos nas principais rodovias do País. Tal movimentação forçou os legisladores a atender as reivindicações dos empresários do ramo de transporte rodoviário de cargas, com a aprovação da Lei 13.103 de 2015, que introduziu severa modificação na Lei 12.619/12, que segundo os estudiosos da matéria, ocorreu um verdadeiro retrocesso, retirando os direitos conquistados pela categoria de motorista profissional rodoviário, direitos estes previstos na Constituição Federal de 1988, e regulamentados pela Lei 12.619/12, o que poderá submeter os citados profissionais a jornada de trabalho extenuante, sujeitando-os a situação análoga a de escravo. Neste estudo utilizamos pesquisa bibliográfica e documentais, sendo a primeira obtida em bibliotecas, livrarias e acervos digitais na internet e a segunda em legislação nacional e jurisprudência.

Palavras-chave: Motorista profissional. Jornada de Trabalho. Descanso semanal. Retrocesso.

## RESUMEN

Por este artículo se propone analizar las consecuencias producidas por la Ley 13.103/2015 sobre la salud de los conductores de camiones, sin embargo, antes de entrar en los méritos en sí, es necesario hacer un relato del histórico de los acontecimientos que condujeron a la promulgación de la Ley 13.103/2015, según lo dicho tenemos la ley del conductor profesional - Ley 12.619 de 2012, que fue promulgada para corregir las distorsiones y regularizar la categoría, estableciendo horarios específicos de jornada laboral, descanso semanal, entre otros. Con el objetivo principal de minimizar el número de accidentes en las carreteras de Brasil, evitar problemas en la salud del conductor y también el consumo de sustancias químicas, tales como: anfetaminas entre otros trivialmente llamados "*rebites*", que se utilizan para evitar el sueño y, paralelamente, acelerar el ritmo de trabajo, sin embargo, según los estudiosos, las sustancias mencionadas, además de causar adicción, también traen daños a la salud de los conductores que utilizan dichas sustancias. Pero para los empresarios esta ley hizo inviable la rentabilidad del negocio, lo que llevó a los bloqueos que impidieron la circulación de vehículos en las principales carreteras del país. Este movimiento obligó los legisladores a atender las demandas de los empresarios del ramo de transporte de cargas por carretera, con la aprobación de la Ley 13.103 de 2015, que introdujo severos cambios en la Ley 12.619/12, que según los expertos en el campo, ocasionó un verdadero retroceso, eliminando los derechos conquistados por la categoría de conductor profesional vial, previstos en la Constitución Federal de 1988 y regulados por la Ley 12.619/12, lo que podrá someter dichos profesionales a una jornada laboral, sometiéndolos a una situación análoga a esclavitud. En este estudio se utilizó la investigación bibliográfica y documental, la primera obtenida en bibliotecas, librerías y acervos digitales en internet y la segunda, en legislación y jurisprudencia.

Palabras clave: Conductor profesional. Jornada laboral. Descanso semanal. Retroceso.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	6
2 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR FACE À JORNADA DE TRABALHO .....	9
2.1 Enquadramento dos motoristas profissionais como categoria diferenciada .....	12
2.2 Proteção legal da jornada de trabalho dos motoristas profissionais.....	12
3 ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI 13.103/2015 .....	15
3.1 Avanços alcançados pela legislação anterior .....	16
3.2 Retrocessos advindos da legislação atual.....	18
3.3 Aumento da jornada de trabalho face ao princípio da dignidade humana e dano existencial.....	20
3.4 Contrariedade ao código de trânsito brasileiro, à consolidação das leis do trabalho e à constituição federal.....	23
4 POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DA LEGISLAÇÃO ATUAL NA SAÚDE DOS MOTORISTAS PROFISSIONAIS.....	26
4.1 Consequências a curto prazo.....	26
4.2 Consequências a longo prazo .....	27
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	30
REFERÊNCIAS.....	32

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como foco principal a análise da Lei 13.103 de 2015 (BRASIL,2015), o qual introduziu severa modificação na Lei 12.619/12 (BRASIL,2012), configurando verdadeiro retrocesso legal nas conquistas alcançadas pelos motoristas profissionais de transporte rodoviário de carga, e suas consequências devastadoras a saúde do trabalhador de mencionada categoria.

Ao longo dos anos a legislação trabalhista evoluiu no sentido de garantir princípios de ordens públicas e proteção à saúde do trabalhador, o que se verificou com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943 (BRASIL, 1943), a qual organizou e reuniu leis com o objetivo maior da proteção à saúde do trabalhador, princípios estes consagrados na Constituição Federal promulgada em 1988.

Porém, à margem da lei ficou a categoria diferenciada dos motoristas profissionais do transporte rodoviário de carga, que no decorrer do tempo foi cada vez mais sugada em prol do crescimento empresarial, que sob a alegação de “empregados que exercem atividades externa incompatível com a fixação de horário de trabalho”, amparada pelo artigo 62, I, da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), eram exigidas jornadas exaustivas de dezesseis a dezoito horas diárias.

Neste sentido o legislador, preocupado com a incidência exagerada de acidentes provocada pelo cansaço humano, nas palavras do Dr. Paulo Almeida de Moraes (2015), um verdadeiro genocídio rodoviário, e ainda sensibilizado com a infração de normas de ordem pública que visavam a proteção da saúde do trabalhador, editou a Lei 12.619 de 30 de abril de 2012 (BRASIL,2012).

Assim, a pretensão desta Lei 12.619 de 2012 (BRASIL,2012) seria a humanização da exploração da mão de obra do motorista profissional paralelamente a uma distribuição dos custos dos transportes rodoviários, as quais na realidade eram suportados pela sociedade como consumidor final dos serviços de transporte e pelos trabalhadores motoristas profissionais.

Esta nova redistribuição de custos do transporte rodoviário desagradou seriamente às classes que diretamente lucravam com o sistema anterior, inclusive com as extensas jornadas sem a devida contraprestação das horas extraordinárias.

Tudo isto, aliada a falta de infraestrutura para que a lei na prática fosse observada, a inexistência de alojamentos, o que por certo aumentaria a evasão de capital do empregador, a falta de pátios para o devido estacionamento em período de descanso com segurança mínima, a inexistência de subsídios patronais para as despesas com hotéis, entre outros, tudo isso aliada a baixa produtividade imposta pela redução drástica da jornada habitualmente laborada, culminou com a “derrocada” desta, e edição de sua sucessora a Lei 13.103 promulgada em 2 de março de 2015 (BRASIL,2015).

A Lei 13.103 de 2015 (BRASIL,2015) provocou uma enorme discussão entre os doutrinadores e estudiosos do direito do trabalho, o ponto fulcral das discussões girou em torno do visível retrocesso legal onde direitos que ao longo dos anos foram conquistados, desapareceram instantaneamente, transformando uma categoria profissional diferenciada a uma condição análoga a de escravo em pleno século XXI.

Referida lei anuncia, taxativamente ao arripio da Constituição Federal (BRASIL,1988), a qual preconiza uma jornada diária de oito horas, ressalvado os casos especiais de outras categorias diferenciadas, em seu artigo 235-C jornada diária de ate doze horas. Preconiza também que tempo de carga e descarga onde o motorista efetivamente está trabalhando, não será considerado como trabalho efetivo, tais pontuações são apenas alguns exemplos ilustrativos dos pontos questionados pelos doutrinadores e especialistas do direito do trabalho.

Também serão abordadas neste trabalho as consequências diretas da exigência de labor extraordinário para obtenção de uma remuneração digna, o que obrigatoriamente forçou os trabalhadores a buscarem subterfúgios para conseguirem um desempenho além da capacidade humana normal, buscando assim o uso de substâncias químicas entorpecentes e medicamentos para combaterem o cansaço, físico, mental e o sono.

A utilização destas substâncias químicas coloca em risco não só a vida do próprio usuário, in casu, o motorista profissional, quanto a todos que utilizam da malha rodoviária.

Finalmente, será abordado também outro fator de risco à saúde do motorista profissional, o agente físico – vibração, previsto no anexo 8 da Norma Regulamentadora-NR 15 da Portaria 3.214/78, neste sentido o motorista que dirige por longos períodos em operando em pisos asfaltados e/ou irregularidade conforme

as rodovias brasileiras em péssimo estado de conservação, colocam também a saúde e a vida do trabalhador em risco.

## 2 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR FACE À JORNADA DE TRABALHO

Antes do ano de 1943 não havia normatização específica para regulamentar as relações de trabalho, as discussões sobre o tema iniciaram logo após o fim da escravidão em 1888, objetivando o término da exploração da mão de obra gratuita e a solução de conflitos entre empregador e empregado no Brasil (LEITE, 2015).

As primeiras regulamentações objetivando proteger o trabalhador têm como marco o Decreto número 1.313 de 1891, que especificou a respeito do trabalho de menores, e assim, progressivamente, nos anos seguintes surgiram novas regulamentações.

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (BRASIL, 1943) foi originada através de Decreto Lei nº 5.452, de primeiro de maio de 1943. Diversos juristas participaram da criação da CLT, entre eles os juristas José de Segadas Viana, Oscar Saraiva, Luís Augusto Rego Monteiro, Dorval Lacerda Marcondes e Arnaldo Lopes Sussekind, o qual foi sancionada à época pelo presidente Getúlio Vargas.

Nesta, reuniu-se em seu conteúdo todas as legislações pertinentes existentes no país a fim de regulamentar as relações trabalhistas tanto no âmbito urbano quanto no âmbito rural. Diversos especialistas consideraram a CLT o código de vanguarda, visionário, pois antecipou a transformação de um país predominantemente agrária em urbano.

O direito do Trabalho foi criado para regulamentar a relação de trabalho. De acordo com a autora Vólia Bomfim Cassar (2011), existem três correntes a respeito do tema:

A primeira delas é a corrente subjetiva, que prioriza os sujeitos (pessoas) da relação de emprego: o empregado e o empregador. (...) A segunda vertente é a objetiva e realça o conteúdo do Direito do Trabalho e não seus destinatários. (...) A terceira corrente, majoritária na doutrina, é chamado de mista, pois engloba as duas categorias acima, valorando tanto os sujeitos da relação de trabalho quanto o conteúdo do direito do trabalho.

Atualmente o Direito do Trabalho tem sido ponto de grande relevância no que diz respeito ao universo empresarial. A sociedade de hoje alimenta-se da economia, que por sua vez gira em torno da relação: empregado *versus* empregador.

Em uma sociedade capitalista onde o trabalhador sempre foi explorado, a CLT veio para equilibrar as relações entre o capital e a força do trabalho, o que sob o ângulo do olhar patronal havia certo protecionismo. Esse fato chama cada vez mais a atenção da classe empresária, e dessa forma há o aumento da preocupação com a relação empregatícia a qual estão vinculados.

Com o passar dos anos, em virtude das diversas alterações nas relações de trabalho e até mesmo no surgimento de novas atividades pela própria evolução do tempo, neste trabalho serão focadas as modificações atinentes em especial à jornada de trabalho de uma categoria específica, *in casu*, caminhoneiros, e seu reflexo direto na saúde do trabalhador.

Um dos temas polêmicos que ao longo dos anos trouxe diversas alterações na CLT é o conceito de “jornada de trabalho”. Prevista inicialmente na Constituição Federal de 1934, que instituiu a jornada de trabalho de 8 horas, o repouso semanal e férias anuais com a devida remuneração.

Tal conceito também foi pontuado na Constituição Federal de 1988 (BRASIL,1988) através do artigo 7º no seu inciso XIII *in verbis*: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”. Referido artigo ratifica o preconizado na CLT (BRASIL,1943) em seu artigo 58 “A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”. Portanto é especificado em lei o período máximo de jornada de trabalho, devendo este ser cumprido.

Para Mauricio Godinho Delgado (2011) sobre o tema salário e jornada de trabalho, é enunciado que “Salário e jornada sempre foram, de fato, os temas centrais e mais polarizantes brandidos ao longo das lutas trabalhistas que conduziram à construção e desenvolvimento do ramo jus laboral especializado do direito”. O entrave entre tais temas consta nas principais pautas trabalhistas do judiciário brasileiro, buscando equilíbrio entre as demandas de empregados e empregadores.

O doutrinador Américo Pla Rodriguez (2000) em sua obra afirma que o direito do trabalho é um "direito em constante formação", pelo fato de que ele necessita constantemente dos princípios para formar uma estrutura conceitual e também porque as normas continuam em constante modificação e aperfeiçoamento.

Já para Valetin Carrion (2000) os princípios fundamentais do direito do trabalho “são os que norteiam e propiciam a sua existência tendo como pressuposto a constatação da desigualdade das partes, no momento do contrato de trabalho e durante o seu desenvolvimento.”

Com o intuito de proteger o empregado o direito trabalhista é regido por princípios. Dentre eles se destaca o princípio da proteção, o qual visa proteger o empregado. É importante lembrar também que ele sempre será sustentado por outro princípio, o da irrenunciabilidade (BARROS, 2013).

O princípio da irrenunciabilidade para o doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite (2015) é aquele que não permite que os direitos trabalhistas já adquiridos sejam renunciados.

A função básica do direito do trabalho é a de proteger o trabalhador, trazendo assim a igualdade jurídica entre o empregado e empregador, ou seja, protegendo a parte mais frágil da relação (CASSAR, 2011).

Com isso consagrou-se o princípio da proteção ao trabalhador, que para o doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite (2015), “(...)consiste em estabelecer uma igualdade jurídica entre empregado e empregador em virtude da manifesta superioridade econômica deste diante daquele.” Assim tratar igualmente as partes é o mesmo que dizer tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente, na mesma forma de suas desigualdades (NERY JUNIOR, 1996).

O princípio da proteção divide-se em outros três princípios “(...) *in dubio pro operário*; aplicação da norma mais favorável; aplicação da condição mais benéfica” (MACHADO JUNIOR, 1999).

Estes três princípios são definidos por Gustavo Felipe Barbosa Garcia:

O *in dubio pro operário* é quando em um processo jurídico pode ser interpretado de várias maneiras, havendo dúvidas perante a situação deverá ser julgada por aquela que for em prol do empregado (GARCIA, 2015).

O princípio da aplicação da norma mais favorável é quando se tem várias normas vigorando que se encaixa ao caso, prepondera aquela que beneficiar o trabalhador, ainda que esta legislação esteja em colocação hierárquica inferior (GARCIA,2015).

Garantindo ao empregado que os direitos adquiridos não serão retirados dos mesmos, vem o princípio da condição mais benéfica, assim o empregador não poderá modificar nem retirar vantagens obtidas no contrato (GARCIA,2015).

Os trabalhadores são classificados por categorias profissionais, e entre elas existem categorias diferenciadas, neste trabalho abordaremos, especificamente uma categoria profissional diferenciada, in casu, o motorista, as categorias diferenciadas apresentam condições específicas de trabalho.

Assim, esta categoria será apresentada no tópico a seguir.

## **2.1 Enquadramento dos motoristas profissionais como categoria diferenciada**

O artigo 511 da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (BRASIL, 1943) em seu parágrafo terceiro define categoria diferenciada aquela que se forma com empregados que exercem atividades profissionais por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida distintas. E ainda, em seu parágrafo segundo traz o conceito legal de categoria profissional:

A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional (BRASIL, 1943).

Necessário se faz esta conceituação uma vez que objetivamos focar a categoria profissional dos motoristas.

Conforme a Lei 13.103 de 2015 em seu artigo 1º, parágrafo único motorista profissional é aquele que opera veículos automotivos terrestres, na condução de automóveis de passageiros ou de cargas, os quais necessitam de habilitação especial para dirigirem caminhões ou ônibus (BRASIL, 2015).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e a Consolidação das Leis Trabalhista (BRASIL, 1943) normatizam em âmbito geral para todas as classes de trabalhadores, excetuando as classes diferenciadas as quais possuem legislação específica que estabelecem direitos, deveres e condições para o exercício da atividade neste aspecto.

## **2.2 Proteção legal da jornada de trabalho dos motoristas profissionais**

Até abril de 2012 às relações de trabalho entre empresas e motoristas eram regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) e Constituição Federal (BRASIL, 1988), com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Considerando a extensão do território brasileiro, o transporte rodoviário no país ganha destaque face à ausência de investimento em outras modalidades e a maior oferta. Além disso, é rápido e dinâmico, já que permite roteiros alternativos e ainda, chegar a localidades que outras modalidades de transporte não alcançariam. O transporte rodoviário equivale a maioria da movimentação das cargas transportadas no Brasil (BARBOZA, 2014).

Em função do volume de veículos de carga na malha rodoviária do Brasil e ainda em função da enorme ocorrência de acidentes de trânsito, envolvendo motoristas que dormem ao volante em face da extensa jornada de trabalho e uso abusivo de substâncias químicas anfetaminas, surgiu a necessidade da criação de lei específica para regulamentar a profissão bem como o descanso, surgindo assim, em 30 de abril de 2012, a lei 12.619 (MORAES,2015).

O cenário jurídico sofreu amplas e drásticas movimentações em torno da referida lei, uma vez que estabeleceu: jornada de oito horas por dia, com intervalo de uma hora para refeição; descanso de onze horas de intervalo interjornadas; e ainda paradas de descanso, de pelo menos trinta minutos, a cada quatro horas de direção contínua.

Contudo, as estradas brasileiras não possuem infraestrutura adequada para propiciar referidas paradas em segurança, contrariando o princípio da dignidade humana, posto que parar um veículo em local ermo, embaixo de sol é exigir algo impossível frente a realidade de insegurança no país (BARBOZA, 2014).

Para o ramo empresarial, estes descansos determinados pela lei inviabilizam a lucratividade do negócio, e a realidade factual continua na inobservância de tais preceitos, ou seja, os motoristas mantêm-se laborando em jornada extenuante e com salário reduzido, pois a lei retira do cenário a possibilidade de remuneração através de comissão, já que considera que a remuneração comissionada incentiva e justifica as jornadas de largadas.

As jornadas habitualmente laboradas pelos motoristas ultrapassam as dezesseis horas diárias, com o intuito de obterem uma remuneração digna, aumentam em demasia a jornada, este foi um dos fatores da proibição na lei, de pagamento de comissões, o que flagrantemente piorou a situação do trabalhador que continuou laborando em jornada dilargada, sem o recebimento da contraprestação.

A realidade desta situação desencadeou um movimento de greve geral dos caminhoneiros ocorrida em fevereiro de 2015, que paralisou as rodovias, ocasionando o bloqueio nas diversas estradas brasileiras. A pressão foi tamanha que forçou a criação de uma nova lei para regulamentar tal situação, surgindo então a Lei 13.103 de 02 de março de 2015 que revogou vários dispositivos da Lei anterior.

Esta lei, para diversos juristas, representa verdadeiro retrocesso no campo do direito do trabalho, fixando inclusive trabalho sem remuneração, o qual pode ser equiparado ao trabalho escravo. Segundo o autor Paulo Douglas Almeida de Moraes (2015) é caracterizada como a “lei do descaso”, ampliando a jornada de trabalho e diminuindo as horas de descanso do motorista, entrando assim em confronto com a Constituição Federal de 1988, com a Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) e com o Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997).

A nova lei contém vinte e dois artigos e define a profissão de motorista profissional, e também viagens de longa distância e retira o direito às horas relativas ao tempo em que tais profissionais aguardam carga e descarga bem como tempo gasto nos postos de fiscalização, já que tais períodos não serão mais computados como jornada de trabalho, muito menos como horas extras. Estas e outras alterações serão discutidas no capítulo subsequente.

### 3 ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI 13.103/2015

Em fevereiro de 2015, capitaneado por empresas que exploram o ramo de transportes rodoviários em conjunto com setores do agronegócio, com o objetivo de conseguir alteração da Lei 12.619 de 2012, a qual reduziu drasticamente a lucratividade das transportadoras e aumentou os custos dos setores de agronegócio, alcançaram êxitos em suas investidas, com o surgimento da nova Lei 13.103, que foi publicada dia 02 de março de 2015, que alterou, substancialmente, a Lei 12.619/12.

A Lei anterior surgiu com o intuito de proteção da categoria de motorista profissional, baseada em três pilares: i) o controle da jornada de trabalho; ii) a restrição ao pagamento por comissão; iii) a garantia de remuneração digna ao profissional. Porém com as alterações propiciadas pela nova lei, ocorreu uma destruição desta proteção (MORAES, 2015).

Dessa forma, a notória alteração foi na jornada diária de trabalho, com o possível aumento de até quatro horas extraordinárias por dia, totalizando doze horas diárias, provocando a sobre jornada, existindo diversos trabalhos científicos no sentido de que a mesma causa risco para o motorista e também para a sociedade.

Ressalta-se ainda que com a jornada de doze horas diárias o risco de acidente de trabalho dobra em relação às dez horas anteriormente estabelecida. Com isso, viola - se o direito à saúde previsto no artigo 6º cumulado com o artigo 196, da Constituição Federal (MORAES, 2015).

A Lei 13.103 de 2015 também estabeleceu a jornada 12x36, através do artigo 235-F, com esta alteração o legislador aboliu a obrigatoriedade de explicação para tal, sendo necessário apenas que seja feito acordo ou convenção coletiva (NETO, 2015).

Tal jornada na prática somente será possível nos casos em que a empresa possua alojamentos em circuitos que abranjam esse período laboral, o que na maioria dos casos não acontece na realidade, e, a lei simplesmente ignorou tal fato, assim o referido artigo novamente andou na contramão de direção do direito fundamental à saúde revisto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL,1988).

O motorista profissional de acordo com o artigo 235-C parágrafo 2º da Lei 13.103/15 (BRASIL, 2015), possui direito a intervalo de no mínimo uma hora, que será destinado a repouso, alimentação, higiene e atividade de lazer.

Com as alterações que a nova Lei trouxe, o tempo de espera, que é quando o empregado continua trabalhando à espera da carga ou descarga do veículo, deixou de ser computado na jornada de trabalho, e não sendo consideradas também horas extras, prevista no artigo 235-C, parágrafo 8º.

Devido a essas mudanças, no artigo 235-C parágrafo 9º teve uma diminuição na remuneração de 30% do valor que era estabelecido para tais períodos, sendo que estes não têm natureza salarial, sendo assim indenizatório.

As jornadas extenuantes, a diminuição do descanso e da remuneração, colocam em risco todos os que passam pelas rodovias e os motoristas. Sendo assim a Lei entra em conflito não somente com a CLT e o CTB, mas também com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho humano.

A lei retirou vantagens anteriormente adquiridas pelos motoristas com a lei 12.619/12, esta que veio para melhorar a categoria do motorista. No tópico a seguir serão apresentados direitos e os avanços trazidos pela lei anterior.

### **3.1 Avanços alcançados pela legislação anterior**

Na data 30 de abril de 2012, foi promulgada a Lei 12.619 (BRASIL, 2012), publicada no Diário Oficial da União de 2 de maio de 2012, denominada Estatuto do Motorista, cuja finalidade além da regulamentação da atividade de motorista profissional. Expressamente, disciplinou a obrigatoriedade do controle da jornada de trabalho dos motoristas empregado do transporte rodoviário, cuja obrigação incumbe ao empregador, independentemente do número de funcionário.

A Lei entrou em vigor dia 17 de junho de 2012, após quarenta e cinco dias da sua publicação.

Segundo José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva

A Lei n. 12.619 tem como objetivo central regular e disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional, de modo que estes são os dois aspectos principais da lei: 1º) a jornada de trabalho, com a preocupação de definir o tempo de trabalho efetivo, limitado pelos tempos de descanso, para os motoristas empregados; e 2º) o tempo de direção, estabelecendo-se um limite geral, tanto para os empregados quanto para os motoristas autônomos, porquanto previsto para integrar o CTB – Código de Trânsito Brasileiro –, não a CLT. (SILVA, 2012)

O artigo 2º da Lei 12.619 de 2012 proporcionou à categoria do motorista profissional alguns direitos além dos previsto na Constituição Federal de 1988.

A doutrinadora Adriana Calvo (2013) descreve alterações importantes tanto para a CLT quanto para o Código Brasileiro de Trânsito, com o intuito não só de proteger o motorista profissional, mas sim como todos que transitam pelas rodovias. Uma das alterações ocorreu na jornada de trabalho do motorista profissional, com a criação dos novos artigos 235-C e 235-D da CLT, aceitando prorrogação de duas horas extraordinária, e em caso de viagens longas motorista tem o direito a intervalo de trinta minutos a cada quatro horas de viagem continua.

Outra alteração importante, segundo Adriana Calvo (2013), foi o artigo 235-B da CLT, que obriga motorista a submeter-se à avaliação do uso de drogas e bebidas alcoólicas.

Assim, as alterações trazidas pela Lei 12.619 com relação à jornada de trabalho do motorista estavam em consonância com o Código Brasileiro de Trânsito.

A Lei trouxe também a criação do artigo 235-G da CLT com o intuito de proibir o pagamento por meio de comissões (MORAES, 2012).

Conforme Narciso Figueiroa Junior (2013), o artigo 67-A do Código de Trânsito Brasileiro proíbe o motorista profissional dirigir por mais de quatro horas ininterruptas, com intervalo mínimo de trinta minutos para descanso. No parágrafo 2º é permitido, em situações atípicas sem comprometimento da segurança, o aumento de uma hora da viagem, objetivando a chegada segura da carga e do condutor. O parágrafo 3º ressalta que o motorista, no período de um dia, possui o direito de descansar onze horas, podendo ser dividida em nove horas, mas duas no mesmo dia.

Uma inovação que esta lei trouxe à categoria em questão foi a melhoria das condições sanitárias e conforto nos locais de espera, com locais para repouso e descanso, com pontos de parada, alojamentos e refeitórios.

A relevância do tema pode ser observada pelo fato de que já em 1964, o Decreto 53.831 enquadrou o motorista de caminhão como categoria especial para se aposentar, devido aos riscos físicos e ergonômicos ao profissional, o que poderia complicar de maneira incisiva à sua saúde.

Simploriamente notável perceber que os motoristas de caminhão, de ônibus, bem como seus ajudantes, merecem desde cedo ter a sua garantia do mínimo

existencial no que tange ao desempenho de sua profissão, fato este que contribui para a diminuição de acidentes nas rodovias brasileiras e traz maior segurança para aquele que labora em extensas horas de jornada de trabalho. Assim a lei atual se torna um retrocesso, que será exposto no item subsequente.

### **3.2 Retrocessos advindos da legislação atual**

Neste capítulo faremos um breve histórico para compreensão do retrocesso advindo da Lei 13.103/2015, assim vejamos:

A CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), no seu artigo 62, inciso I, dispõe: “Não são abrangidos pelo regime (...) I- os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados”.

Utilizando o mencionado preceito, as empresas do ramo de transporte rodoviário se esquivavam da obrigatoriedade do controle de jornada e, por consequência, impunha aos seus funcionários jornadas extremamente longas, extenuantes, sempre com a argumentação da impossibilidade de controle da jornada, uma vez que o serviço era executado longe dos olhos do empregador.

Todavia, o ponto fulcral do inciso I, está na expressão “atividade externa incompatível”, o que autoriza afirmar que o profissional da atividade de transporte rodoviário além de exercer suas atividades externamente as mesmas tem de apresentar como condição “sine qua non” a incompatibilidade de fiscalização por parte do empregador, ou seja, impossibilidade completa de controle e fiscalização da jornada, acrescente-se ainda que “ O TST entende que o tacógrafo é insuficiente para controle de jornada para afastar a incidência do inc. I do art. 62 da CLT ao empregado motorista que exerce atividade externa (SBDI-1 OJ 332).” (LEITE, 2015).

Entretanto o próprio colegiado relativizou a aplicação da citada OJ – Orientação Jurisprudencial nos casos em que o tacógrafo vem acompanhado de outros equipamentos tecnológicos que permitem aferir a jornada de trabalho. (TST – AIRR 26040-64.2008.5.05.0134- 6ª T. – Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DEJT. 25.06.2010). (LEITE, 2015).

Desse modo, até o ano de 2012, antes do advento da Lei 12.619/2012, os motoristas de transporte rodoviário sob o ângulo empresarial não tinham a jornada

de trabalho controlada, haja vista, que os empregadores utilizavam da exceção contida no artigo 62, inciso I, da CLT (BRASIL, 1943), enquadrando a atividade dos motoristas rodoviários como sendo atividade externa e incompatível com controle de jornada de trabalho.

Ressalte-se, que há ainda outra imposição para o enquadramento na exceção prevista pelo artigo 62, incisos I, da CLT, qual seja, a anotação expressa da referida condição na CTPS do empregado. A título de exemplo pode-se citar como abrangidos por essa exceção os vendedores praticistas e os motoristas de transporte de cargas, cujas viagens se estendem por todo território nacional, cujos veículos não possuam equipamento de rastreamento.

A referida exceção provocou enorme distorção e, conseqüentemente, exploração acentuada da referida categoria de trabalhadores, expondo-os as jornadas fatigantes, e, como consequência grave e direta na incidência do aumento exagerado de acidentes fatais nas estradas brasileiras, uma vez que as empresas ancoradas nessa exceção exigiam jornadas exaustivas de seus motoristas.

A Lei 12.619 de 2012 veio para corrigir estas distorções e exagero nas jornadas sempre sob a roupagem de “proteção” dada pela exceção contida no art. 62, da CLT, contudo, com as alterações dadas pela Lei 13103/2015, houve um claro e evidente retrocesso, quando retira direitos adquiridos após longo período de discussões entre classes.

A sociedade empresarial, industrial e sobretudo o agronegócio, unidos, possuem fator real de poder e, através de fortíssima pressão, agiram diretamente na redução da proteção e dos direitos dos trabalhadores com a edição da retrógada Lei 13.103 de 2015.

Nicoladelli (2015) em sua opinião vê claramente um retrocesso aos direitos já adquiridos pelos motoristas profissionais, com a edição da Lei 13.103/2015 “Os retrocessos e flexibilizações inseridos na lei desafiam os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da promoção do trabalho decente, além de conter possíveis inconstitucionalidades.”, já que aumentou sobremaneira a jornada diária, reduziu drasticamente a remuneração, face a proibição do pagamento de comissões, e ainda, exige trabalho sem pagamento, como é o caso dos períodos de carga e descarga, e ainda, períodos de aguardo em postos fiscais.

Em igual posicionamento, o Dr. Paulo Douglas Almeida de Moraes (2015) assim posicionou: “O direito do trabalho vem sofrendo sucessivos ataques que colocam à prova a capacidade do Direito prosseguir na sua trajetória de garantia da dignidade humana e de elevação do patamar civilizatório da sociedade”. Já que esta trajetória vem sofrendo constantes mudanças que nem sempre favorecem o trabalhador.

Neste sentido, entende-se que a lei 13.103/15 trouxe retrocessos não somente em relação à lei anterior como também em contrariedade às outras normas já existentes. Porém, estes não são os únicos problemas enfrentados pela lei, eis que o reflexo direto está intimamente ligado à higidez dos motoristas profissionais rodoviários.

A referida Lei afronta diretamente o preceituado pelo artigo 3º da Constituição Federal de 1988 que estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; afronta também, em claro retrocesso, o artigo 6º da CF/88 que estabelece o caráter fundamental do direito ao repouso, posto que se trata de direito humano básico, inscrito inclusive no artigo 24 da Declaração Universal do Direitos Humanos.

Finalmente, a Lei 13.103 de 2015 caminhou na contramão da diretriz expressa contida no artigo 196 da CF/88, já que a determinação é no sentido de garantir a redução dos riscos de doença do trabalhador e não promover exageradamente o aumento deste risco (MORAES,2015), conforme será abordado no próximo capítulo.

### **3.3 Aumento da jornada de trabalho face ao princípio da dignidade humana e dano existencial**

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º inciso XIII estabelece que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais duração do trabalho normal não superior à oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais.

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2015) em sua obra Curso de Direito do Trabalho, as razões para a limitação da jornada de trabalho são de ordem biológica, social, econômica, religiosa e familiar. Segundo o autor, a jornada de trabalho:

(...) possui sentido mais restrito que o de duração do trabalho, abrangendo especificamente o tempo que o empregado esteja não só efetivamente trabalhando como também colocando a sua força de trabalho à disposição do tomador de seu serviço, por um período contratual ou legalmente fixado, tal como ocorre com o tempo de prontidão de sobre aviso ou de deslocamento (LEITE, 2015).

Nesse sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) disciplina no seu artigo 74 a obrigatoriedade do quadro de horários em local visível, assim como, o efetivo controle da jornada de trabalho para as empresas que contam com mais de dez funcionários, por meio da “anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso”.

Tal fato levou o Legislador Constituinte a estabelecer na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), especificamente, no artigo 7º, XIII, jornada de trabalho máxima a ser suportada pelos trabalhadores, fixando-a no capítulo II - dos direitos sociais, elevando a condição de cláusula pétrea, por força no disposto no artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal de 1988.

A fixação de jornada máxima pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) deriva da preocupação do Poder Estatal a proteção a higidez física e mental do empregado, proporcionando períodos de lazer e convívio social.

A Constituição Federal de 1988 preza pela justiça, conforme artigo 3º inciso I, que enuncia como um dos objetivos fundamentais: “Constituir uma sociedade livre, justa e solidária”, obedecendo assim a Declaração Universal do Direito do Homem em seu artigo 23 inciso III:

Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

De igual modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, preconiza que "ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas" (art. IV).

Além disso, "toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego" (art. XXIII, item 1).

Logo, percebe-se que desde os primórdios do Século XX havia enorme preocupação no combate à exploração do trabalhador.

De igual sorte, a Convenção n.º 29 da OIT - Organização Internacional do Trabalho de 1930 em seu artigo 2º, preceitua o labor forçado aquele em que se exige trabalho ao alvedrio de sua vontade “todo aquele exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente”.

Nos exatos termos da Convenção n.º 105 da OIT - Organização Internacional do Trabalho de 1957, orienta no sentido de extirpar o trabalho forçado (ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n.º 58.822, de 14.07.1966):

Art. 1º Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar esta Convenção compromete-se a abolir toda forma de trabalho forçado ou obrigatório e dele não fazer uso: a) como medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente; b) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico; c) com meio de disciplinar a mão-de-obra; d) como punição por participação em greves; e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Art. 2º. Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar esta Convenção compromete-se a adotar medidas para assegurar à imediata e completa abolição do trabalho forçado ou obrigatório, conforme estabelecido no Art. 1º desta convenção. (1957)

A Lei 13.103/2015 admite o trabalho extraordinário sem o justo pagamento, se assemelhando ao trabalho forçado, taxativamente proibido por nossa Legislação Pétrea, CLT, Convenção nº 105 da OIT.

Finalmente, acrescente-se que a jornada imposta pela Lei 13.103/2015, provoca como consequência o dano existencial, a propósito vejamos:

“DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento

profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido. ” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho, RO 105-14.2011.5.04.0241, Relator Des. José Felipe Ledur)

O Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Quarta região, vem corrigindo estas distorções provocada pela jornada de trabalho exagerada imposta à categoria diferenciada dos motoristas.

### **3.4 Contrariedade ao Código de Trânsito Brasileiro, à Consolidação das Leis do Trabalho e à Constituição Federal**

Conforme anunciado nos tópicos anteriores a Lei 13.103/2015 confronta com diversos diplomas legais, dentre eles CTB, a CLT e a Constituição Federal/88, conforme se explanará a seguir:

O Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997) em seu artigo 67-C proíbe que o motorista trabalhe por mais de cinco horas e meia ininterruptas, e a cada 6 horas, sendo obrigatório o descanso de 30 minutos.

E, ainda referido código no capítulo III – DAS NORMAS GERAIS DE CIRCULAÇÃO E CONDUÇÃO, em seu art. 65 estabelece a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança: “É obrigatório o uso do cinto de segurança para condutor e passageiros em todas as vias do território nacional, salvo em situações regulamentadas pelo CONTRAN”, em flagrante contrariedade o parágrafo 5º do art. 235-D:

§ 5o Nos casos em que o empregador adotar 2 (dois) motoristas trabalhando no mesmo veículo, o tempo de repouso poderá ser feito com o veículo em movimento, assegurado o repouso mínimo de 6 (seis) horas consecutivas fora do veículo em alojamento externo ou, se na cabine leito, com o veículo estacionado, a cada 72 (setenta e duas) horas. (BRASIL, 2015)

Ocorre que na cabine leito não há cinto de segurança, colocando em risco a saúde do segundo motorista que com o veículo em movimento, estaria em “repouso” sem o devido cinto de segurança, o que demonstra a flagrante contrariedade ao Código de Trânsito.

No Brasil, a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, já disciplinava no artigo 58 – “A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade

privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”, com obrigatoriedade do efetivo controle por parte das empresas com mais de dez funcionários, o que se depreende da expressa norma contida no § 2º, do artigo 74 do mesmo Diploma Legal.

O objetivo da Lei nº 12.619/2012 era claro no sentido coibir o elastecimento da jornada de trabalho do motorista e tinha como objetivos a preservação saúde do trabalhador e a diminuição dos acidentes automobilísticos na malha rodoviária brasileira.

Pois bem a Lei nº 13.103/2015 maculou o espírito da norma que a precedera ao autorizar a remuneração do motorista à base de comissões ao permitir o elastecimento de jornada em até 4 horas por dia de trabalho; ao reduzir os intervalos intra e interjornada; ao referendar a gozo de intervalos cumulativamente.

Assim a Lei 13.103/2015 contraria portanto, os direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição de 1988, principalmente o contido no inciso XIII “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”, e seu inciso XXII “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” são direitos adquiridos e salvaguardados pela Lei Maior, os quais contém normas de caráter principiológico e ainda estão intimamente ligados a uma decisão jurídico-objetiva agregada pela Lei Pétrea.

Contraria principalmente os valores e princípios contido no art. 1º, III e IV da CF, onde está assegurado o exercício dos direitos sociais, art 6º, o direito à liberdade e ao bem-estar, o direito à saúde, ao trabalho, ao lazer e à segurança, e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana.

Contraria fundamentalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme explana o Desembargador José Felipe Ledur, nos autos do RO 00105-14.2011.5.04.0241,

“Do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo dos direitos fundamentais em geral, decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele abarcado o desenvolvimento profissional mencionado no art. 5º, XIII, da Constituição, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores. Finalmente, esses valores e princípios vinculam não só o Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), mas também o empregador/organização

econômica (eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia em face dos particulares). Especificamente no que diz respeito ao direito à duração do trabalho normal não superior a oito horas deriva a conclusão de que o trabalho em condições anormais (em jornada extraordinária) deve atender os parâmetros em que a legislação infraconstitucional estabelece a restrição à garantia jus fundamental.” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho, Relator Des. José Felipe Ledur)

Diante da análise acima exposta, restou evidente a contrariedade ao Código de Trânsito Brasileiro, à Consolidação das Leis do Trabalho e à Constituição Federal, contrariedades estas que possuem direta influência na saúde do motorista profissional, conforme se declinará no capítulo seguinte.

## **4 POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DA LEGISLAÇÃO ATUAL NA SAÚDE DOS MOTORISTAS PROFISSIONAIS**

Os motoristas profissionais estão mais propícios a consequências na sua saúde, devido ao seu estilo de vida proporcionado pela rotina de trabalho, causando má alimentação, estresse entre outros danos. Com a cobrança excessiva a jornada de trabalho, os motoristas não possuem tempo suficiente para descanso, levando a utilização de drogas para acelerar seu ritmo de trabalho, também não praticam atividades físicas causando o sedentarismo.

Com o excesso da jornada sob a alegação de impossibilidade de controle de jornada, os motoristas rodoviários são obrigados por seus empregadores, a cumprir jornadas extenuantes, levando 30% (trinta por cento) dos mesmos fazer uso de substâncias químicas, com isso colocando em risco a vida de todos que transitam pelas rodovias (MORAES, 2012).

Os acidentes de trânsito fatais ocorrem, na maioria das vezes, pelo uso de bebidas alcoólicas. Em pesquisas, 24% dos motoristas afirmam que consomem bebidas alcoólicas diariamente e 61% consome duas vezes por semana. Devido ao cansaço e sonolência o “rebite” é uma das substâncias químicas mais usadas para driblar o excesso da jornada de trabalho (PRATA, 2012).

Ao desempenhar sua função, o motorista fica exposto a diversos agentes nocivos físicos, dentre eles as vibrações de corpo inteiro, as quais constituem fator responsável por doenças advindas da exposição diária, habitual e permanente, não ocasional nem intermitente, como algumas disponíveis no Decreto 3.048 de 06 de maio de 1999. Assim, essa profissão traz ao profissional do transporte rodoviário consequências a curto e longo prazo que veremos a seguir.

### **4.1 Consequências a curto prazo**

Conforme pesquisa efetuada por José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2012): “houve no Brasil, em 2008, 755.980 acidentes do trabalho (como gênero), dos quais apenas 551.023 com CAT - Comunicação de Acidente do Trabalho emitida. Destes, 27.456 aconteceram apenas no transporte coletivo de passageiros e no transporte de cargas”. Estes acidentes ocorrem devido ao excesso de jornada de trabalho, a qual causa estresse e cansaço extremos ao motorista.

Diante deste excesso o motorista se vê obrigado a buscar recursos para manter-se acordado durante seu trajeto, que além de longo, é cobrado a entrega de sua carga o mais rápido possível, assim os mesmos se utilizam de drogas e medicamentos para preservarem-se vigilantes.

Um recente estudo da SOS Estradas coordenado por Rizzotto (2014) sobre o uso de drogas pelos motoristas “(...)apesar de haver registros de acidentes com caminhoneiros alcoolizados, a grande maioria ocorre(...) por cansaço, excesso de velocidade para atender o cliente e(...)o uso de drogas.” Demonstrando que o grande número de acidentes envolvendo caminhões nas rodovias brasileiras ocorrem devido ao uso de drogas.

Rizzotto (2014) apresenta estatísticas feita pela operação acorda caminhoneiro, que demonstram que as drogas não são as únicas consequências que a extra jornada traz:

Mais de um terço dos motoristas abordados (35,97%) estava obeso e outros 40,53% apresentavam sobrepeso. Mais de 15% sofrem com hipertensão e 28% apresentam colesterol alto. Completam o quadro dados sobre glicemia e triglicérides: 39% possuem glicemia alta e 17% registram triglicérides acima dos níveis considerados ideais.

Demonstrou também que a partir da entrada em vigor da lei 12.619/12, em apenas seis meses da aplicação da mesma ocorreu uma baixa considerável de acidentes com veículos comerciais (Rizzotto, 2014).

O uso de drogas, a hipertensão e outros danos da saúde citados acima são apenas as consequências que são visíveis a curto prazo. No item seguinte é possível notar que esse excesso de jornada traz consequências para a vida toda e que demoram ser percebidas.

## **4.2 Consequências a longo prazo**

Na atividade de motorista, destacam-se como importantes aspectos a serem analisados quando do estudo das condições de trabalho: a carga de trabalho, o posto de trabalho, o ruído e as vibrações, a temperatura, as posturas forçadas e os movimentos repetitivos de membro superior.

O artigo 235-C da Lei 13.103 de 2015, em seu parágrafo 4º, menciona que o empregador pode impor ao empregado que o intervalo seja feito no interior do veículo.

Contudo, Paulo Douglas Almeida de Moraes (2015) discorre sobre os prejuízos causados a saúde e a dignidade dos motoristas profissionais, já que é impossível o repouso absoluto dentro do veículo em movimento, assim temos que o descanso regular é essencial para a higidez do trabalhador, e sua ausência contribui diretamente para o agravamento e consequências sérias na saúde do motorista e quanto ao aumento do risco de acidentes.

O mesmo cita o renomado cientista Dr. Marco Túlio de Mello, afirma que com a ausência do sono as repercussões quanto à capacidade de vigília dos motoristas são diminuídas, o estudioso aponta “que repouso em descompasso com o ciclo circadiano possui baixa qualidade e, por consequência, um efeito reparador muito menor do que o repouso realizado em conformidade ao ‘relógio biológico’.” (MORAES, 2015)

Com relação ao risco de acidentes ocorrerem durante a jornada de trabalho estendida, o estudo do referido cientista é assustador:

“Quando a análise para o risco de acidente tem por base o número de horas trabalhadas (intercaladas por pausas), o estudo demonstra que com cinco horas de trabalho o risco já aumenta, com dez horas quase duplica e com doze horas o risco chega a ser duas vezes e meia maior do que o observado com apenas duas horas de trabalho.” (MORAES, 2015)

E continua, “Se o trabalho é ininterrupto (sem pausas) a evolução é ainda mais rápida e acentuada, pois, após cinco ou seis horas de trabalho contínuo o risco para acidentes do trabalho triplica.” (MORAES, 2015).

Como já demonstrado, os motoristas têm, por característica, uma jornada extensa de trabalho, o que os leva à privação crônica de sono. Chama a atenção a alta prevalência de vida sedentária, hábitos alimentares inadequados e obesidade, assim como o grande número de fumantes e de hipertensos.

As alterações trazidas pela Lei 13.103/2015 acarretaram sérias consequências à saúde do trabalhador seja quanto à ausência de descanso regular, seja pelo aumento da jornada e, conseqüentemente aumento à exposição às vibrações.

Além das vibrações, o profissional que dirige veículos de carga pesada fica exposto a riscos ergonômicos, e sobre o tema, Ribeiro (1999):

Embora algumas pessoas consigam sentar-se confortavelmente e relaxarem muitas posições sem grande incremento na atividade dos músculos, as pessoas tensas exibem um aumento pronunciado na atividade muscular em várias posturas e durante a realização de tarefas, não relaxando completamente em mais do que umas poucas posições. Quando os músculos espinhais se contraem, apresentam um efeito compressivo sobre os discos intervertebrais; conseqüentemente, contrações musculares excessivas durante solicitações corriqueiras podem ter um efeito prejudicial sobre a nutrição dos discos, uma vez que este é dependente da embebição de fluido que ocorre quando a compressão é reduzida.

Portanto, as alterações trazidas pela Lei 13.103/20105 acarretaram sérias conseqüências à saúde do motorista profissional, seja a curto ou a longo prazo, face ao aumento exagerado da jornada e ausência de descanso regular.

Com o aumento da jornada em posição ortostática inapropriada o que ocasiona lesões lombares e na cervical (hérnia de disco), e ainda o desencadeamento de doenças depressivas face ao uso de substâncias entorpecentes e o afastamento do convívio social, houve um maior índice de afastamento por doença ocupacional sobretudo aumentando o déficit da previdência social.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o fim da escravidão, começou as discussões para a criação do Direito Trabalhista. Este veio com o objetivo de regulamentar a relação entre empregado e empregador, estabelecendo direitos e deveres.

Com a criação da CLT, trouxe regulamentação para os trabalhadores, estabelecendo jornada de trabalho, descanso semanal, entre outros os direitos, porém não especificando a quem se aplica, assim em seu artigo 511 conceitua categoria diferenciada, a qual será aplicada para os motoristas profissionais.

Após percorrer pela evolução do direito trabalhista, com a luta dos motoristas profissionais em ter uma lei que irá regulamentar seus direitos foi promulgada a Lei 12.619 de 2012, beneficiando os trabalhadores.

Porem esta lei ocasionou discussões e prejuízo para os empresários, com isso passaram a não cumprir a lei. Assim os motoristas profissionais fizeram uma paralização em todo o país, causando assim o surgimento da Lei 13.103/2015.

Com este trabalho, resta demonstrado que a lei 13.103 de 2015 representa uma afronta direta a evolução do direito do trabalho, sobretudo quanto às conquistas relativas à no sentido da proteção da dignidade humana e à saúde do trabalhador

Referida norma desmantelou, para o motorista profissional, diversos avanços e conquistas normatizadas conquistado ao longo da evolução no direito do trabalho e como consequência ela contribui consideravelmente o aumento do uso de drogas, aumento dos acidentes de trânsito em rodovias e os afastamentos pelos danos causados na saúde do trabalhador.

Pois bem, em se tratando da atividade do motorista profissional, as razões de ordem biológica assumem destacada importância, uma vez que, a maioria dos acidentes de trânsito ocorrem devido à fadiga ou sono ao volante, de tal sorte as alterações trazidas pela Lei 13.103 de 2015 representam gigantesco retrocesso jurídico que por certo afetará sobremaneira e negativamente a sociedade brasileira.

Os bens jurídicos outrora tutelados pela Lei nº 12.619 de 2012, quais sejam: maior segurança nas estradas brasileiras e a saúde do motorista profissional foram aviltados pelas alterações trazidas pela norma sucessora. Os avanços outrora conquistados sequer puderam frutificar, uma vez que as alterações subsequentes retiraram alguns avanços e jogaram fora qualquer possibilidade de evolução das normas que pudessem trazer ao trabalhador e à sociedade a almejada paz social.

Acredita-se na inconstitucionalidade da Lei 13.103/2015, haja vista, que fere o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além de afrontar, diretamente, com o artigo 7º, XIII, da Constituição Federal de 1988. Entra em conflito também com os direitos já adquiridos pela categoria de motorista diferenciada determinados pela Lei 12.619/2012 e pela CLT. Esta lei coloca o motorista profissional a condição análoga de escravo.

O Código de Transito Brasileiro, estabelece que é dever do motorista e passageiros utilizarem sinto de segurança, enquanto o automóvel estiver em movimento, porem a Lei 13.103/2015 entra em conflito, já que estabelece que nas jornadas de turnos ininterruptos de revezamento, o descanso deve ser feito nas cabines dos caminhões onde não possuem sinto de segurança.

Trata-se de uma problemática nova, com isso o tema ainda não foi discutido pelo Superior Tribunal Federal – STF.

Concluimos que esta lei é um verdadeiro retrocesso, pois ela retira os direitos já adquiridos, e traz consequências grave a saúde do motorista.

## REFERÊNCIAS

- BARBOZA, Maxwell Augusto Meireles. **A ineficiência da Infraestrutura do Brasil**. 23 de setembro de 2014. Disponível em: <http://goo.gl/qyxp87> Acessado em 09 de março de 2016
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Edição. Editora LTR-ano 2013.
- BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Decreto Lei n 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em : <http://goo.gl/iborYp> Acessado em 08 de setembro de 2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://goo.gl/GhQFwM> Acessado em 08 de setembro de 2015.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Disponível em: <http://goo.gl/Zb6UDK>. Acesso em 20/10/2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei n. 12619, de 30 de abril de 2012**. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: <http://goo.gl/VYaUOd> Acessado em 08 de setembro de 2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei n. 13.103, de 2 de março de 2015**. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: <http://goo.gl/hkBE9B> Acessado em 08 de setembro de 2015.
- CARRION , Valentin. **“Comentários à Consolidação das leis do trabalho”** 25º Ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª Ed., Niterói, RJ, Impetus, 2011.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Manual de Direito Do Trabalho**. 7 Ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 Ed. – São Paulo, Saraiva, 2015.
- JUNIOR, Narciso Figueirôa. **A Lei n. 12.619, de 30.4.2012, e a regulamentação da profissão de motorista**. Disponível em: <http://goo.gl/loJFgk>. Acessado em 11 de abril de 2016.
- MORAES, PAULO Douglas Almeida De. **Momento decisivo para o sistema de transporte brasileiro e para o Brasil: desenvolver-se ou não? Salvar vidas ou não? Atender a sociedade ou não?** Disponível em: <http://goo.gl/oTPXd2> Acessado em 11 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. **Impactos da Lei N.13103/2015 sobre a proteção jurídica ao motorista profissional.** Revista LTr. 79-06/666, junho de 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **“Princípios do processo Civil na constituição federal”.** 3ºed., São Paulo : revista dos tribunais 1996.

NETO, Celio Pereira Oliveira. **A jornada do motorista profissional diante da Lei 13.103.** Disponível em: <http://goo.gl/Quwh6R> Acessado em 11 de abril de 2016.

NICOLADELLI, Sandro Lunard. **Nova Lei dos Motoristas (13.103/2015): retrocesso e precarização.** Disponível em :<http://goo.gl/FO37qI> Acessado em 11 de abril de 2016.

PRATA, Marcelo Rodrigues. **Teste e programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica para os motoristas profissionais: constitucionalidade da Lei nº 12.619/2012.** Disponível em: <https://goo.gl/TGDVRR> Acessado em 11 de abril de 2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho. **“DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido.”.** Relator Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, Data do julgamento: 14 de março de 2012, data da publicação 19 de março de 2012. Disponível em: <http://goo.gl/ed55eN> .Acessado em 17 de maio de 2016

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** Tradução de Wagner D Giglio. 3. ed. atual. São Paulo:LTr, 2000. Disponível em: <https://goo.gl/TXWzqw> Acessado em 08 de setembro de 2015.

RIBEIRO, Jose Antônio. **Lei do Motorista Profissional: tempo de trabalho, tempos de descanso e tempo de direção.** Disponível em: <http://goo.gl/N1CJGz> Acessado em 11 de abril de 2016

RIZZOTTO, Rodolfo Alberto. **As drogas e os motoristas profissionais: dimensionando o problema e apresentado soluções.** Disponível em: <http://goo.gl/fLiCM> Acessado em 02 de maio de 2016.

# Cláusulas Exorbitantes frente aos princípios da Supremacia do Interesse Público e da Boa Fé Objetiva

Lucas Lasmar Pires<sup>1</sup>  
Vinicius de Paula Rezende<sup>2</sup>

## Resumo

Esta pesquisa se destina a estudar os contratos administrativos, analisar as cláusulas exorbitantes sob a óptica do princípio da supremacia do interesse público, bem como, verificar a aplicabilidade do princípio da boa-fé nos negócios jurídicos com a Administração Pública. O trabalho utiliza o método dedutivo, pois analisa casos gerais a fim de explicar situações específicas e desenvolve as pesquisas bibliográfica e documental, pautando-se em fontes, primária e secundária, de metodologia científica.

Palavras-Chaves: Cláusula exorbitante; Supremacia do Interesse Público; Boa-fé.

## Abstract

This research is intended to study administrative contracts, analyze exorbitant clauses from the perspective of the supremacy of the public interest, and verify the applicability of the principle of good faith in legal business with the Public Administration. The work uses the deductive method, as it analyzes general cases in order to explain specific situations and develops bibliographical and documentary research, based on primary and secondary sources of scientific methodology.

Key words: Exorbitant clause; Supremacy of Public Interest; Good faith.

## Introdução

As cláusulas exorbitantes segundo Di Pietro (2014, p. 280) podem ser caracterizadas como prerrogativas da Administração Pública, estas cláusulas estão dispostas no ordenamento jurídico para conferir poderes a uma das partes, a Administração, de forma que a coloque em uma posição de superioridade na relação pactuada. Esta disparidade típica do contrato de natureza pública é justificada pelo princípio da supremacia do interesse público.

Segundo Diniz (2015, p.31) o contrato, em uma abordagem ampla, é uma espécie de negócio jurídico, que pode ser caracterizado como um acordo de duas ou mais vontades e, estando este em conformidade com a ordem jurídica, possui a finalidade de regulamentar os interesses das partes de forma a estabelecer a aquisição, modificação ou extinção das relações jurídicas pelas partes propostas. Os contratos são norteados por princípios gerais que juntamente com leis postas definem a regulamentação desse negócio jurídico, segundo reflexão de Alexy (1997, p. 162) os princípios são como mandados de otimização, sua abrangência ampla permite que um princípio seja identificado em diversas situações jurídicas concretas.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da Faculdade ESAMC Uberlândia.

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade ESAMC Uberlândia. Mestre em Direito. Vinicius.Rezende@esamc.br

O princípio chave do presente estudo é o chamado princípio da boa fé objetiva que de acordo com Diniz (2015, p.51) está relacionado com o princípio da probidade, ambos agregam a teoria geral do contrato e são instrumentos para garantir a segurança jurídica das relações pactuadas entre as partes, objetivo este essencial para garantir uma sociedade estável do ponto de vista sócio, político e econômico. Junto com a parte doutrinária pode-se observar que, de acordo com a Lei 9.784 (1999) que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal no art. 2º, a Administração Pública deverá obedecer ao princípio da segurança jurídica.

A questão a ser debatida neste trabalho é a seguinte: Como estão sendo ponderados os princípios da segurança jurídica e da supremacia da coletividade considerando o modo que foi estabelecido as cláusulas exorbitantes na legislação vigente?

## **1. Contrato administrativo**

Os atos da Administração Pública consistem nas diversas formas de condutas dos entes estatais, dentre os quais destacam-se os atos administrativos (unilaterais e impositivos) e os contratos administrativos (bilaterais e consensuais).

Segundo Justen Filho (2010, p.403) o contrato administrativo em sentido amplo define-se por ser um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, de modo que esteja caracterizada como uma das partes a função administrativa. De acordo com Di Pietro (2014, p.263) o contrato administrativo “são os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.

Para Di Pietro (2014, p.266) o contrato administrativo é formado através de atos administrativos unilaterais, que caracterizam a utilização do poder de império pela Administração para criar obrigações, independente da concordância da outra parte. O que caracteriza ato unilateral é sua produção, esta leva em conta apenas os anseios de uma das partes, no caso do contrato administrativo, ramificação do direito público, o ato unilateral deverá sempre ter a finalidade do bem estar da coletividade.

É importante ressaltar que o ato unilateral fixado, vinculado pelo contrato administrativo, apenas surtirá efeitos se a outra parte consentir com o que foi proposto. Por

isso, é possível concluir que apesar do ato ser unilateral, este poderá produzir efeitos somente quando houver consentimento entre as partes, justificativa esta para classificar o contrato administrativo como um subgrupo da teoria geral do contrato. Somado a isto Justen Filho (2010, p.404) pondera que as atividades como desapropriação, tributação ou punição não são considerados contratos administrativos, pois são casos em que a lei dispensa concurso de vontade de terceiro, portanto como a cobrança não depende do consentimento das partes tais situações não serão caracterizadas contrato administrativo.

Para Di Pietro (2014, p.267) o contrato administrativo inicia-se com uma oferta, geralmente por meio de um edital de licitação, de modo que alcance toda a coletividade e tenha a condição de elencar as melhores condições de preço e/ou técnica do mercado, para que na seleção das propostas a Administração tenha meios de selecionar a condição mais conveniente. De modo geral a Administração não visa o lucro na negociação, ao contrário da parte contratada, a Administração deve sempre visar uma prestação de serviço adequada que atenda os anseios da coletividade. Após a seleção das propostas realizadas na licitação, cada uma das partes adquirirá direitos e deveres que serão pactuados por meio do contrato administrativo.

Como já mencionado no tópico anterior, a regra geral é que o contrato administrativo deva ser negociado por meio de licitação. Tal preceito está devidamente previsto na Carta Magna no artigo 37 inciso XXI. Para Justen Filho (2010, p.427):

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Justen Filho (2010, p.438) afirma que o ato convocatório da licitação define o modo que esta será realizada, as cláusulas do futuro contrato administrativo e como será o procedimento licitatório. Este ato convocatório é um ato administrativo unilateral e poderá ser feito por meio do convite ou do edital, ambos deverão disciplinar sobre o procedimento a ser adotado na licitação, são eles: as condições de participação para os interessados; os critérios para seleção da proposta mais vantajosa e a futura contratação; o anexo da minuta do contrato. Deste modo, o terceiro poderá ter compreensão sobre a viabilidade do negócio proposto pela Administração, bem como não poderá alegar surpresa quanto às exigências que serão feitas no momento da contratação.

Preliminar a esta etapa de publicação do convite ou edital, necessita-se da fase interna da Administração para regularidade da licitação, o Tribunal de Contas da União (TCU) define como ato preparatório, este delimita e determina os aspectos da licitação antes de trazê-las ao conhecimento do público. O TCU elenca os procedimentos para a abertura do processo licitatório da seguinte forma:

- solicitação expressa do setor requisitante interessado, com indicação de sua necessidade;
- elaboração do projeto básico e, quando for o caso, o executivo;
- aprovação da autoridade competente para início do processo licitatório, devidamente motivada e analisada sob a ótica da oportunidade, conveniência e relevância para o interesse público;
- autuação do processo correspondente, que deverá ser protocolizado e numerado;
- elaboração da especificação do objeto, de forma precisa, clara e sucinta, com base no projeto básico apresentado;
- estimativa do valor da contratação, mediante comprovada pesquisa de mercado;
- indicação dos recursos orçamentários para fazer face à despesa;
- verificação da adequação orçamentária e financeira, em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal, quando for o caso;
- elaboração de projeto básico, obrigatório em caso de obras e serviços;
- definição da modalidade e do tipo de licitação a serem adotados.

Após promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF o gestor público terá que observar novos aspectos caso queira promover licitação pública, são eles:

- estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor a despesa e nos dois subsequentes;
- declaração do ordenador de despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual (LOA) e compatibilidade com o plano plurianual (PPA) e com a lei de diretrizes orçamentárias (LDO).

## **2. Cláusulas Exorbitantes**

Para Meirelles (2008, p.203) as cláusulas exorbitantes são aquelas “que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à administração ou ao contratado”. Para Di Pietro (2014, p.280) é possível identificar tais cláusulas como aquelas que seriam ilícitas em outro contrato entre particulares, pois atribui a uma das partes, a

Administração, prerrogativas que a colocam em uma posição de superioridade em relação ao terceiro.

As referidas condições contratuais de prerrogativas da Administração Pública materializam o princípio da Supremacia do Interesse Público justamente por conceder posição de superioridade ao Estado. Neste diapasão, a consensualidade resta mitigada visto que os direitos exorbitados não dependem da aquiescência da parte contratada. Serão analisadas a seguir algumas cláusulas exorbitantes, elencadas por Di Pietro (2014, p.280-286) e embasadas na Lei nº 8.666/93:

1- A Lei nº 8.666/93 no seu artigo 56 possibilita que a Administração exija daqueles interessados em participar da licitação, logo no início do processo licitatório, uma garantia para assegurar que o contrato será adimplido como negociado. Neste caso todos os participantes deverão arcar com um recurso de até 5% do valor do contrato para que possam participar da licitação. A modalidade do calção fica a critério do contratado que pode ser por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária. Aqueles eliminados no processo licitatório receberão o dinheiro de volta, aquele contratado pela licitação receberá o dinheiro de volta depois de concluído o contrato administrativo, caso não cumpra este na íntegra, o dinheiro poderá ser retido para o ressarcimento de prejuízo.

Para exemplificar uma situação prática na qual a licitação tem valor estimado do contrato administrativo de R\$500.000,00. A Administração poderá exigir do contratado a garantia, real ou fidejussória, no valor de R\$ 25.000,00 para que seja ressarcido possível prejuízo no caso de um futuro inadimplemento da obrigação pela empresa prestadora do serviço, fornecedora de bens ou construtora da obra pública.

2- A alteração unilateral, prevista na Lei 8.666/93 artigo 58, I, possibilita que somente a Administração faça mudanças no contrato administrativo. Estas mudanças podem ser de cunho qualitativo e quantitativo. As mudanças qualitativas são feitas quando a Administração entende que há necessidade de modificação do projeto ou das especificações de modo que haja melhor adequação quanto à técnica. Já as mudanças quantitativas podem ser impostas quando a Administração julgar que haverá modificação do valor contratual provocado por uma alteração quantitativa do objeto do contrato, no caso de obras, serviços ou compras o valor poderá ser alterado no limite de 25% tanto no sentido de acréscimos como supressões. No caso de reforma de edifício ou equipamento o valor poderá ser apenas acrescido no limite de 50%.

A alteração unilateral poderá ser imposta desde que respeite os seguintes requisitos: comprovado interesse público, que seja respeitada a natureza do contrato e que seja respeitado o equilíbrio econômico e financeiro.

Para exemplificar uma situação prática cuja licitação tem valor estimado de R\$500.000,00. A Administração terá prerrogativa nos casos de obras, serviços e compras de alterar unilateralmente o valor até R\$ 125.000,00 a maior ou a menor do preço acordado no processo licitatório.

3- A Lei 8.666/93 nos artigos 58, II, 78, I e 79, I estabelecem que a Administração terá condição de rescindir unilateralmente e por escrito, nos casos de inadimplemento por culpa do contratado, cabendo responsabilização civil em benefício do Poder Público.

Deste modo, constitui dever da Administração a fiscalização na execução do contrato por um servidor público que deverá fazer anotações próprias, registrando todas as ocorrências observadas durante a execução da obrigação contratada. Caso as determinações dos fiscais não sejam atendidas, o contrato administrativo poderá ser rescindido unilateralmente.

Caso seja constatada a inexecução parcial ou total do contrato administrativo, a Administração poderá aplicar sanções de natureza administrativa, previstas na Lei 8.666/93 artigo 87, são elas: advertência; multa conforme disposto no contrato; impedimento para o contratado celebrar novo negócio jurídico com a Administração (por no máximo dois anos) e declaração de inidoneidade.

O direito de defesa é constitucionalmente previsto para o contratado, neste caso a parte tem o prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato para apresentar recurso exceto para o caso de inidoneidade que o prazo é de dez dias úteis. Mister salientar que o contraditório e ampla defesa materializam a face substancial do princípio do devido processo legal e constituem diretrizes normativas a serem observadas antes de qualquer decisão sancionadora.

Embasado no princípio da legalidade a Administração deve exercer constante controle sobre seus próprios atos, de forma que caso encontre algum ato em desacordo com a lei este deverá ser invalidado, caso a convalidação não seja possível. Eis o princípio da autotutela, ou seja, a Administração embasada na Súmula 473 STF não depende do Judiciário para declarar nulo nem para anular ato que apresente vício insanável. O mesmo raciocínio é aplicado ao contrato administrativo, visto que caso seja encontrada alguma irregularidade insanável,

mesmo que no processo licitatório, o contrato deve ser invalidado. Caso o contrato já estiver sendo executado, o contratado terá direito de receber proporcionalmente pelo serviço ou bens fornecidos, mesmo com a invalidação decretada.

O Código Civil de 2002 prevê que, no contrato entre particulares, caso uma parte não cumpra o que foi pactuado, a parte oposta tem o direito de alegar a *exceptio non adimpleti contractus*, a fim de que a exigência de uma obrigação só ocorra caso a parte que a exige tenha cumprido seus deveres negociais. No caso do contrato administrativo, a parte não poderá alegar tal instituto caso a Administração não cumpra sua parte no acordo por até 90 dias. Neste caso, devido ao princípio da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público, o contratado terá que cumprir o contrato e somente após o decurso de 90 dias, contados da falta de pagamento, poderá judicialmente pleitear rescisão do contrato.

O dispositivo em comento vincula a rescisão do ajuste administrativo aos atrasos de pagamentos devidos pela Administração os quais sejam superiores a 90 (noventa) dias, o que permite a formação da presunção de que, ao se deparar com atrasos inferiores a 90 (noventa) dias, o particular não pode invocar a *exceptio non adimpleti contractus*, devendo, durante esse período, cumprir todos os seus deveres contratuais, inclusive a manutenção das condições de habilitação (SANTOS, 2016, p.1)

### **3. Princípio da Supremacia do Interesse Público**

Parte da fundamentação que justifica a existência das chamadas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos é decorrente do Princípio da Supremacia do Interesse Público. Para Di Pietro (2014, p.65) tal princípio tem guarita no aspecto da formação das normas e também na sua implementação, pois o objetivo primordial do direito público é a proteção ao interesse público, ao bem estar coletivo.

Para Di Pietro (2014, p.67) o legislador deve ser norteado pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público, na confecção das leis deverá ter sempre como foco o bem coletivo. Porém Justen Filho (2010, p.60) alerta que o princípio abordado pode servir como “margem de arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais”, ou seja, nos dias atuais o excedente do poder político pode ter como justificativa o Princípio da Supremacia do Interesse público para evitar o “controle ou o desfazimento de atos defeituoso, violadores de garantias constitucionais”.

Segundo Ferreira (2012) pondera, ao invocar o interesse público a Administração protegerá aos interesses particulares, não no sentido de direito individual, porém no sentido daquilo que a sociedade defende ser interesse público no caso concreto, dessa forma a política

do governo deverá ser estabelecida de acordo com as políticas públicas preestabelecidas. As cláusulas exorbitantes são uma tentativa que o legislador encontrou para garantir o interesse público, de forma a estabelecer à Administração um nível hierárquico maior que a outra parte, através de prerrogativas que concede à uma parte poderes não encontrados nos demais contratos particulares. Porém pode-se observar que tal interesse público pode esbarrar no princípio da boa fé objetiva, mas, a ponderação é justificada nos moldes do princípio da Supremacia do Interesse Público que deve ser garantia da sociedade.

As cláusulas exorbitantes materializam a posição de superioridade da Administração Pública face ao administrado. Contudo, em razão da eficácia vertical dos direitos fundamentais, estas condições contratuais excepcionais não podem lesar direitos humanos inatos, cuja verve repousa na dignidade da pessoa humana.

#### **4. Princípio da boa fé objetiva**

Para Diniz (2015, p.53) o princípio da boa fé objetiva está notoriamente ligado aos contratos pactuados em geral, pois esse princípio é inerente à interpretação do contrato e também ao interesse social de segurança das relações jurídicas. A autora prossegue ao afirmar que a aplicação do princípio da boa fé objetiva é necessária para gerar uma relação de confiança entre as partes, sem abusividade de modo a gerar o equilíbrio necessário entre as prestações do contrato. Deste modo é correto afirmar que o respeito ao princípio da boa fé objetiva é indício de uma relação com probidade. Logo se alguma das partes estiver inadimplente, este estará ofendendo o princípio da boa fé objetiva.

Segundo Di Pietro (2014, p.899) a probidade administrativa está relacionado com a ideia de honestidade e deve ser observada a rigor no funcionamento da Administração Pública. A improbidade administrativa é um ato ilícito, refere-se a uma lesão da moralidade administrativa, enquadrando-se entre os crimes de responsabilidade. O fato é que o contrato, quando observados o princípio da boa fé objetiva e da probidade, gera para as partes a segurança jurídica. Figueiredo (2011, p.85) apresenta dois significados para segurança jurídica, o objetivo: que relaciona com a estabilidade do direito e o significado subjetivo que é a relação de confiança dos administrados nos atos do poder público.

Para Di Pietro (2014, p.85-90) os princípios da boa fé e da segurança administrativa estão presentes norteando o Direito Administrativo, este garante que a conduta da

Administração esteja correta enquanto aquele deve estar presente ao lado da Administração e do lado do administrado. Assim é possível constatar que as cláusulas exorbitantes, de certa forma por conceder poderes a Administração, afetando o equilíbrio contratual previamente estabelecido, fere o princípio da boa fé objetiva, da probidade administrativa e da segurança jurídica.

Outra demonstração da natureza geral da boa-fé decorre da vedação ao abuso de direito. Constitui pressuposto de toda relação jurídica, seja de direito material, seja de direito processual, que as pessoas envolvidas se comportem lealmente. Esta conduta leal não convive com o exercício anormal e desmedido de algum direito. Deste modo, o parâmetro, que diferencia o comportamento regular do abusivo, repousa na boa-fé esperada das pessoas, conforme as circunstâncias fáticas do momento vivido.

El ejercicio de un derecho subjetivo puede no incurrir en abuso – al estar dentro de los límites impuestos por los criterios morales y sociales dimanantes en la época en que se ejercita – y, sin embargo, infringir el principio de la buena fe, al traducirse en actos que no son los que cabría esperar cumplidamente de un hombre normal y corriente, en la correcta relación jurídica en que se produce. (PÉREZ, 2009, p. 44)

Neste sentido, a boa-fé na teoria do direito administrativo compõe-se das noções de confiança, lealdade, transparência e moralidade administrativa. O ato administrativo, resultado inofismável do processo administrativo, deve ser claro, preciso e assegurar previsibilidade de situações e relações jurídicas que envolvam o Poder Público, com o escopo de se tutelar segurança ao tráfego jurídico. “El principio de seguridad supone garantía de la certeza del derecho, certidumbre en las relaciones con el Poder público.” (PÉREZ, 2009, p. 76) Tanto o legislador quanto o administrador devem velar pela segurança jurídica, garantida pela boa-fé por meio da confiança, a qual sustenta a vida contemporânea.

A confiança consiste na expectativa que se pode ter em relação à outra pessoa. Na seara administrativa, a confiança repousa na crença depositada na Administração Pública participativa, em razão das exigências da legalidade democrática. Neste sentido, é razoável esperar, por imposição constitucional, que o Poder Público permita a participação, respeite o administrado e não coadune com abusos de direito nem com atos arbitrários. Assim, a confiança exige que a Administração Pública aja sempre corretamente, lícitamente e pautada na razoabilidade e proporcionalidade.

A lealdade materializa-se pela colaboração e cooperação. Administração Pública e administrado constituem sujeitos complementares na busca e no alcance do interesse público. O fim maior do Estado e da sociedade, servida pelo Leviatã, repousa na solidariedade (art. 3º,

I, CR/88). Logo, os agentes estatais devem contribuir para fornecerem melhores condições de vida aos cidadãos, agindo em parceria ente si, independentemente, se na hierarquia encontram-se em cargos superiores ou subordinados. Os súditos, no mesmo sentido, devem buscar auxiliar o ente público na consecução de suas competências legais e constitucionais.

A transparência compõe a boa-fé, tendo em vista que “[...] constituye, efectivamente, uno de los principios éticos que deben regir la vida pública.” (PÉREZ, 2009, p. 95) Este valor exige que o Estado informe o cidadão sobre quaisquer assuntos que estão sendo tratados na seara governamental, bem como, sobre decisões administrativas, com antecedência prévia sempre que possível, desde que estas comunicações não causem perturbações à ordem pública. Com o intuito de tutelar a boa-fé, por meio da transparência, o segredo constitui exceção no regime jurídico administrativo.

Por derradeiro, o quarto componente da boa-fé, repousa na moralidade administrativa. “Em breve síntese, sustenta-se que a moralidade administrativa impõe a atuação proba, razoável e cooperativa da Administração Pública [...] quer em relações internas [...] quer em relações externas [...]” (MARRARA, 2012, p. 177) Neste diapasão, a boa-fé se preenche pelo conteúdo valorativo da probidade, razoabilidade e cooperação. O primeiro componente vincula-se à vedação de condutas que lesem o erário e que acarretem enriquecimento ilícito à custa da Administração Pública, bem como, exige respeito ao regime jurídico administrativo. A razoabilidade, como já analisado, concede bom senso ao agir administrativo, materializando substancialmente o devido processo legal e a cooperação se concretiza pelo auxílio mútuo entre cidadão e Estado.

Neste diapasão, imprescindível aceitar que a moralidade administrativa invoca a ética, alicerçada na legalidade. “Em contraposição à ética do bom rei, senhor do interesse coletivo e do patrimônio estatal, surge uma ética da legalidade.” (FERRAZ JÚNIOR, 2012, p. 987) O administrador público e o cidadão, sobremaneira, na relação processual, devem agir com a consciência de que o Estado persegue o bem comum, submisso ao interesse público. Logo, as condutas em sede de direito administrativo devem se pautar pela tutela dos direitos fundamentais e pela obediência cega à dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, nem o administrado nem o Poder Público poderão escapar ao alicerce ético do sistema administrativo.

Ademais, considerando que a presença da boa-fé afasta a invalidação de qualquer ato da Administração Pública faz-se mister discorrer sobre o plano da validade, visto que não basta a ingerência da norma sobre o fato fazendo-o existir para o direito. Alguns destes fatos

terão que ultrapassar o plano da validade, pois além de existirem, deverão ser reconhecidos pelo sistema jurídico. O plano da validade afasta a deficiência do fato jurídico *lato sensu*. Logo, neste âmbito verifica-se a adequação do fato aos elementos complementares do suporte fático da norma. Ademais, cumpre perceber que a invalidade tem como pressuposto a existência, mas não impede necessariamente a eficácia do fato jurídico.

Por conseguinte, necessário analisar qual fato jurídico conforme o direito submete-se ao plano da validade. Os fatos ilícitos não podem ser nulos ou anuláveis, visto que seria desarrazoado invalidar um ato contrário ao direito ao invés de buscar a responsabilização pela prática do mesmo<sup>3</sup>. Ademais, os fatos jurídicos *stricto sensu* lícitos, por constituírem eventos da natureza destituídos de conduta humana, também não podem ser invalidados. O próprio ato-fato lícito não pode ser inválido. Ele advém da conduta humana, entretanto, não exige consciência, em razão de seus efeitos serem decorrentes da norma.

Portanto, o único fato jurídico, que pode ultrapassar o plano da validade e que se não o fizer será nulo ou anulável, consiste no ato jurídico *lato sensu* lícito, o qual se revela dotado da consciência em obter resultado permitido pelo sistema jurídico. Desta forma, tão somente este ato jurídico lícito possui pressupostos de validade, que devem ser preenchidos para que o ato seja acolhido pela ordem positivada. Caso ocorra a ausência destes pressupostos, relativos ao sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade<sup>4</sup>, não acontece a passagem pelo plano da validade e, por consequência, o ato existente não adquire o *status* de válido sob a óptica dos direitos constitucional, administrativo e processual<sup>5</sup>.

Os pressupostos de validade, referentes ao sujeito do ato jurídico, no âmbito do direito público, repousam na competência, capacidade e ausência de vícios da vontade<sup>6</sup>. Deste modo, o agente que pratica, sobremaneira, o ato legislativo, administrativo e processual deve possuir competência, isto é, atribuição legal para poder agir. Por exemplo, se a Emenda Constitucional não é aprovada por deputados federais, este ato jurídico revela-se inválido. Ademais, o agente deve ter capacidade, o que abarca sanidade mental e aptidão técnica (no caso da capacidade postulatória para atos processuais). Por último, não podem estar presentes os vícios de vontade denominados de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e

---

<sup>3</sup> Embora o ato inválido sempre seja ilícito, por receber uma sanção, o ato contrário ao direito não se constitui necessariamente como ato nulo ou anulável.

<sup>4</sup> A lei federal n.º 4.717/65 prescreve em seu art. 2º, que existe nulidade no caso de incompetência, vício de forma, ilegalidade de objeto, inexistência de motivos e desvio de finalidade.

<sup>5</sup> Os atos regradados pelo direito penal consistem, regra geral, em ilícitos e, pois, não passam pelo plano da validade.

<sup>6</sup> Se o ato for vinculado, ou seja, se a lei não permite escolhas (discricionariedade conforme oportunidade e conveniência) para o administrador em relação a atuação, a incapacidade civil do agente público não cria invalidade.

fraude contra credores, previstos no art. 171, II, CC, bem como, a simulação, regida pelo art. 167, CC<sup>7</sup>.

Caso a Administração Pública ou o magistrado pratique, respectivamente, o ato administrativo ou a sentença, decorrente de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude ou simulação, quaisquer destes atos não possuem o pressuposto subjetivo de validade. Logo, não podem ser aceitos pela ordem jurídica. Neste sentido, correto afirmar que a boa-fé representa a cláusula *stand by* da validade, tendo em vista que o dever objetivo de cooperação revela-se imprescindível.

A boa-fé representa fidelidade à vontade expressa no ato jurídico e permite o cumprimento da promessa feita. Ela consiste em dever, não com o sentido de imposição, mas concebido como fator de união, elemento aglutinador que retira os homens da escuridão do umbral e eleva-os a magnitude da luz. Desta maneira, a boa-fé abandona a técnica eminentemente formal, para valoração do que é legítimo e justo, buscando o alcance da finalidade do ato diante das legítimas expectativas dos envolvidos, de forma cooperada e solidária. Enfim, a boa-fé se forma dos deveres de lealdade e probidade.

Em relação aos pressupostos objetivos, o ato jurídico deve ser lícito (observar os princípios da legalidade e da moralidade), possível (realizável fisicamente e legalmente) e determinável (possuir prestação quantificável). Não por coincidência a sentença deve ser certa, mesmo que a relação jurídica for condicional.

Quanto às formalidades, mister salientar que vige no sistema brasileiro de direito público, o princípio do formalismo moderado. Neste sentido, as formas são necessárias na medida em que garantem segurança jurídica, sobremaneira, se procedimentais. A elaboração do ato jurídico, denominado lei, exige solenidades próprias<sup>8</sup> que devem ser respeitadas para se cumprir o devido processo legal legislativo<sup>9</sup>. Contudo, as formalidades não podem servir para deturpar os fatos e permitir situações sem razoabilidade. Assim, se o interesse público foi alcançado, em que pese o descumprimento da forma, não nasce a invalidade.

O ato de exoneração do servidor público exige solicitação como motivo. Os códigos são elaborados com uma exposição de motivos. O veto do Chefe do Executivo é acompanhado de motivo. Desta maneira, o ato praticado deve possuir consonância com estes fundamentos fáticos e legais que o motivaram. Em relação à finalidade, o ato jurídico deve

---

<sup>7</sup> Nesta hipótese o direito privado empresta o fundamento legal para o direito público.

<sup>8</sup> A lei é válida, quanto a forma, por exemplo, por estar em conformidade com sua norma superior.

<sup>9</sup> O STF na ADI 2.135-4, em decisão cautelar, suspendeu os efeitos do *caput* do art. 39, CF, com a redação estipulada pela EC n.º 19/98, em razão de suposta invalidade quanto a solenidade de elaboração do mencionado dispositivo.

cumprir o interesse público. O desvio de finalidade consiste na ausência da perseguição ao bem comum por quaisquer atos legislativo, administrativo e processual. Por conseguinte, se a lei, o decreto ou o acórdão não correspondem à consecução do interesse público, não foi observado o pressuposto de validade quanto à finalidade.

Quando o ato sentença é praticado por pessoa sem jurisdição, isto é, pessoa que não foi investida na função jurisdicional e não entrou em exercício, este evento não avança pelo âmbito da existência, tendo em vista que o elemento nuclear não foi preenchido. Nesta situação, não há discussão de validade nem de eficácia. Ao inverso, se o magistrado está impedido, é suspeito, está afastado, perdeu a capacidade civil ou não possui competência para a causa, a sentença proferida existe e produz efeitos, embora carregue a tintura da invalidade.

Neste diapasão, a invalidade possui graus que variam conforme o alcance da ofensa. Por consequência, a ausência de lesão à ordem pública impede a invalidação, conforme napoleônica regra francesa *pas de nulité sans grief*. Se o pressuposto de validade não cumprido é prescrito em norma cogente com preponderante interesse público acarreta-se nulidade. Ao contrário, se o fato não transpassa o plano da validade por desrespeito à norma dispositiva, com interesse público mitigado, ocorre uma anulabilidade<sup>10</sup>.

A declaração de nulidade (invalidade mais grave) pode ser *ex-officio* ou após alegação de qualquer pessoa (inclusive do Ministério Público na qualidade de *custos legis* no processo civil), não sofrendo preclusão<sup>11</sup>. A anulação (invalidade menos grave) somente pode ser decretada após alegação da parte interessada, desde que esta não a tenha causado, submetendo-se ao regime da preclusão<sup>12</sup> (arts. 243 e 245, parágrafo único, CPC).

Em observância às súmulas nº 346 e nº 473, STF, tão somente a Administração Pública e o Poder Judiciário podem decretar a invalidade do ato jurídico (inclusive do ato jurídico denominado lei<sup>13</sup>). Todavia, o art. 54 da lei federal nº 9.784/99 prescreve o prazo

---

<sup>10</sup> Parcela da doutrina classifica as invalidades em nulidades absolutas e relativas.

<sup>11</sup> A nulidade advém de ação e sentença declaratórias, as quais, regra geral, possuem efeitos *ex tunc*.

<sup>12</sup> A anulação advém de ação e sentença desconstitutiva, as quais, regra geral, possuem efeitos *ex nunc*.

<sup>13</sup> A ação declaratória de inconstitucionalidade—ADI e a ação declaratória de constitucionalidade—ADC, por possuírem como objeto, o ato jurídico lei, discutem o plano da validade, ou seja, a compatibilidade da norma infraconstitucional com a Carta Magna de 1988, seja quanto aos sujeitos que elaboraram a lei, o objeto (lícito, possível e determinável), as formas necessárias ao processo de elaboração, ao motivo que ensejou a elaboração e a finalidade da lei. Por outro lado, a ação de descumprimento de preceito fundamental—ADPF analisa a existência da lei, promulgada antes de 1988, quanto a sua recepção pelo novo ordenamento. Logo, a discussão, neste caso, limita-se ao plano da existência da lei na ordem constitucional iniciada em 1988, isto é, nesta ação se verifica a incidência da Constituição (norma) na lei (fato) anterior a 1988 para se verificar se a lei continuou existindo sob a égide da Constituição Cidadã. Não obstante esta constatação, na ADPF também se revela possível discutir atos infra-legais e legislação municipal posteriores à Carta Magna, sendo que, nesta situação,

decadencial de 05 (cinco) anos para o Poder Público, no exercício de função administrativa, anular os atos que acarretem para os administrados efeitos favoráveis (benéficos), inclusive se patrimoniais. Logo, caso que o erário esteja praticando o ato de pagamento de empenhos indevidos, poderá invalidá-los (mas não poderá reaver os valores pagos após o transcurso do quinquênio legal).

## **Conclusão**

As cláusulas exorbitantes foram criadas com a importante incumbência de garantir o cumprimento do princípio da supremacia do interesse público, a Administração utiliza uma série de prerrogativas para ocupar uma posição de superioridade do contrato administrativo. Porém, da forma proposta pelo legislador, as cláusulas exorbitantes referente a alteração unilateral e restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*, por proteger a Administração de falhas da sua função administrativa, gerou uma agressão ao princípio da boa fé objetiva.

Foi possível constatar no presente estudo que, *a priori* a formação do contrato administrativo deve ser feito por meio de uma licitação, a qual será precedida de um estudo de viabilidade orçamentária, técnica e social que deve proporcionar à Administração condições, antes de pactuar o contrato administrativo, de analisar se o preço e a técnica serão adequados para o serviço. Outro ponto a destacar foi a intenção do legislador em não ferir o equilíbrio do contrato, porém uma determinação de difícil compreensão, visto ser um termo jurídico indeterminado que pode gerar insegurança jurídica para o contratado.

## **Referências**

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2.ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Ética administrativa num país em desenvolvimento in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Fundamentos e princípios de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2012.

FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: Thiago Marrara. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, v. , p. 441-451.

FIGUEIREDO, Nelson. **Direito Administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação in MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PÉREZ, Jesús González. **El principio de la buena fe en derecho administrativo**. 5. ed. Madri: Civitas, 2009.

SANTOS, Marcelo Sales. **A exceção do não adimplemento do contrato administrativo**. <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9962/A-excecao-do-nao-adimplemento-do-contrato-administrativo>

TCU – Tribunal de Contas da União. Disponível em <[http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes\\_contratos/15%20Fase%20Interna.pdf](http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/15%20Fase%20Interna.pdf)> Acessado em 30 de julho de 2015.

# **JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE MENTAL: (IM) POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO DE PSICÓLOGO VINCULADO AO QUADRO FUNCIONAL DO EXECUTIVO**

Cristiano Faria de Sá

## **RESUMO**

O artigo em questão retrata e aborda um tipo de situação que tem gerado problemas de Judicialização na Saúde Mental. Profissionais da Psicologia vinculados ao Poder Executivo tem-se deparado com alguma frequência com demandas do judiciário incompatíveis às atribuições de seus cargos. Por meio de legislações dispostas e pesquisas teóricas buscou-se efetivar este trabalho como ferramenta viável para trazer um pouco de luz ao tentar clarear sobre a (im) possibilidade de tal situação. Para tanto, foi preciso discorrer sobre a regulamentação da profissão e o código de ética ao definir os limites possíveis do exercício profissional. Também, tornou-se preciso evidenciar as atribuições funcionais, a independência e inexistência de hierarquia funcional entre os poderes. Com o mesmo raciocínio, delineou a função jurisdicional e o exercício do “psicólogo forense/jurídico”, para então, abordar sobre o abuso de poder dos magistrados em exigir dos psicólogos de quadros funcionais estranhos ao judiciário atuar em demandas, no presente caso, laudos técnicos, que está para além de suas atribuições e não pertinentes às suas funções e/ou formação profissional – enquanto especialidade. O artigo aponta o contexto e reflete sobre uma alternativa de paradigmas de atuações possíveis para consecução de laudos técnicos de psicólogos.

Palavras-chaves: Judicialização, Psicólogo, Laudos, (Im) possibilidade.

## ABSTRACT:

The article in question portrays and discusses a kind of situation that has generated Judicialization problems in Mental Health. Psychology professionals linked to the executive branch it has been met with some frequency with demands of justice incompatible to the duties of their office. Through willing legislation and theoretical research we sought to carry out this work as a viable tool to bring a little light to try to clear on the (im) possibility of such a situation. Therefore, it was necessary to discuss the regulation of the profession and the code of ethics to define the possible limits of professional practice. Also, it became necessary to demonstrate the functional competence, independence and lack of functional hierarchy between the powers. With the same reasoning, outlined the judicial function and the exercise of "forensic / legal psychologist" to then address the abuse of power of judges to require psychologists foreign staffs to legal act on demands, in this case reports technical, which is beyond its powers and not relevant to their functions and / or vocational training - as a specialization. The article points out the context and reflects on an alternative of possible actions paradigms to achieve technical reports from psychologists.

Keywords: Judicialization, psychologist, reports, (im) possibility.

## SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO .....	09
2 – REGULAMENTAÇÃO PROFISSIONAL DO PSICÓLOGO .....	11
2.1 – <b>Considerações Gerais</b> .....	11
2.2 – <b>Conceito</b> .....	11
2.3 – <b>Evolução Histórica</b> .....	13
2.3.1 – Até a Década de 1960 .....	13
2.3.2 – Lei nº 4.119/62 da Regulamentação, Formação e Atuação em Psicologia .....	15
2.3.3 – Dos Decretos e Outros Atos Específicos .....	17
2.3.4 – Criação dos Conselhos de Psicologia .....	17
3 – ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO PSICÓLOGO .....	19
3.1 – <b>Algumas Considerações</b> .....	19
3.2 – <b>Regulamentação da Profissão – Autarquia</b> .....	20
3.3 – <b>Autonomia na Atuação</b> .....	21
3.4 – <b>Psicologia, Políticas Públicas (Saúde) e Atribuições</b> .....	22
3.5 – <b>Código de Ética Profissional</b> .....	23
4 – ATUAÇÃO DO PSICÓLOGO NA FUNÇÃO JURISDICIONAL .....	26
4.1 – <b>Novas Considerações</b> .....	26
4.2 – <b>Dos Auxiliares da Justiça – Formas de Vinculação</b> .....	27
4.2.1 – Permanente .....	28
4.2.2 – Eventual .....	28
4.2.3 – Perito e Assistente Técnico .....	29

<b>4.3 – Atuação no Âmbito Forense</b> .....	29
4.3.1 – Normas Processuais .....	29
4.3.1.1 – Código de Processo Civil – Lei nº 5.869/73 .....	30
4.3.1.2 – Código de Processo Civil (NCPC) – Lei nº 13.105/15 .....	31
4.3.1.3 – Código Processo Penal .....	33
4.3.1.4 – Código (Processual) Trabalhista .....	33
<b>4.4 – Limites da Imposição do Judiciário na Atuação do Psicólogo do Executivo</b> .....	34
4.4.1 – Recorte de uma Realidade de Conflitos – Judiciário e Psicologia .....	34
4.4.2 – Do Abuso (de Poder) da Função Jurisdicional nas Demandas aos Psicólogos do Executivo .....	35
4.4.3 – Divisão e Inexistência de Hierarquia entre os Poderes Estatais como Limite de Atuação .....	37
<b>4.5 – Normas Constitucionais</b> .....	38
4.5.1 – Princípio da Isonomia .....	39
4.5.2 – Valor: da dignidade da pessoa humana .....	39
<b>5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	41
<b>6 – REFERÊNCIAS</b> .....	43

## 1 – INTRODUÇÃO

A partir da evolução histórica da humanidade podemos depreender e trabalhar sobre o pensar do homem que, abriu caminhos e norteou suas produções, tal como, o conhecimento, fundamental para o progresso humano em prol de melhoria na sua condição de vida. Dessa percepção à respeito da produção de conhecimento faz-se mister para o presente trabalho destacar e desenvolver algo naquilo que hoje compreendemos como ciência, ou melhor, uma ciência enquanto profissão, no caso, a Psicologia, suas balizas éticas, regulamentações, atribuições, competências e impasses.

Ao se falar em psicologia enquanto profissão faz-se relevante destacar que no trabalho em tela não se pretendeu desenvolver ou se quer aprofundar a ideia de teorias psicológicas e, sim, abordar seus campos de atuação no intuito de atender ao próprio desenvolvimento desta atividade e ao fazer as amarras necessárias em que se verifica a presença do Direito, entendido como ciência que cuida da aplicação das normas jurídicas, como suporte maior e constantemente percebido neste artigo.

Decorre que, nessa mesma linha de raciocínio, observa-se ao longo da história da psicologia enquanto ciência e profissão (que mantém um laço íntimo com o Direito), conquistas significativas: tanto sua independência, sua autonomia e seu progresso percebidos também em sua inserção no âmbito do quadro do funcionalismo público, como também, o imperativo em delinear sua função ao dar ênfase em relação a sua atuação no exercício do cargo público ao abordar demandas distintas e incompatíveis às suas atribuições e cargos, oriundos dos magistrados, afunilando ainda mais a discussão que é objeto desse estudo.

Para tanto, em seu primeiro capítulo, o artigo aborda questões que perpassam a própria fundação da profissão ao tornar possível discorrer sobre sua regulamentação profissional, percebido por meio de movimentos de pessoas e instituições que de alguma forma estavam ligadas à categoria e que reivindicavam espaço, assim como outros atores que entraram em cena até a promulgação de lei específica que autorizou sua regulamentação e posteriormente outras normas que instituíram a criação dos Conselhos de classe.

No capítulo seguinte, coloca em destaque a profissão enquanto uma autarquia profissional e sua relação com a Administração Pública e ao fazê-lo, torna

evidente sua independência e autonomia, ao passo que apresenta suas atribuições e funções. Logo, identificada a importância de ações interdisciplinares, interveio o Conselho Nacional de Saúde no intuito que a psicologia integrasse o quadro funcional da saúde pública. Posto o código de ética, cabe ao profissional observar seus preceitos sob previsão de aplicações de penalidades por parte do Conselho ao perceber transgressões dessas normas.

No último capítulo, voltou-se o olhar à atuação do psicólogo na função jurisdicional, suas formas de vinculação – servidor público e agente colaborador – atribuições do cargo pertinentes ao presente trabalho, normas em geral que sustentam seu lugar na função pública. Buscou demonstrar a inexistência de hierarquia funcional entre os poderes, para então, perceber como se configura o abuso de poder dos magistrados nas suas demandas aos psicólogos em quadros funcionais estranhos ao judiciário e assim, se verificar novas alternativas de paradigmas de atuações possíveis do profissional da psicologia para consecução de laudos técnicos que atendam e se conciliem com a demanda do judiciário.

De forma alguma este artigo objetivou esgotar o assunto ou mesmo constituir-se como fonte definitiva. Ao contrário, visa colocar-se apenas como uma perspectiva, uma ferramenta a mais a ser utilizada pela categoria em questão. Para tanto, o instrumento de pesquisa baseou-se em legislações e normas, referências bibliográficas (doutrinárias), artigos científicos e diretrizes da área da saúde mental (políticas públicas). Também, foi introduzida a contextualização dos direitos humanos pertinentes à dignidade da pessoa humana, bem como os direitos profissionais desde que vinculados ao próprio Conselho.

## 2 – REGULAMENTAÇÃO PROFISSIONAL DO PSICÓLOGO

A partir da lei nº 4.119/62 efetivamente surgiu a psicologia como profissão regulamentada. Para que essa lei fosse promulgada foi necessário uma história de luta daqueles que de alguma forma atuavam como classe e reivindicavam seus status de autonomia e independência. Outros atores surgiram ao longo do percurso como apoio em favor de seu reconhecimento. Após sua regulamentação que estipulou sobre a formação e atuação profissional, surgiram cursos em diversas instituições e com a criação dos Conselhos assentou-se em bases definitivas.

### 2.1 – Considerações Gerais

Tem-se em mente que a fundação de uma profissão está em sua regulamentação, ainda que não seja sua única base. De início, é mais que viável entender um pouco melhor sobre seu conceito e apoio legal desenvolvidos nesta etapa.

Outro passo dado liga-se ao contexto histórico da profissão, sua evolução enquanto conquistas e compreensão da natureza de seu ofício ao longo do tempo como promotores de sua regulamentação.

Percebida enquanto profissão regulamentada alcança status de independência e autonomia com atribuições próprias. Portanto, tem-se a formação profissional reconhecida de forma institucionalizada em cursos de diversas universidades, o que veio no auxílio a configurar-se como acontecimento decisivo. Decorre aqui, em relação ao profissional, sua autorização e designação em área permitida a atuar.

Por sua vez, faz-se importante destacar a criação dos Conselhos da profissão dotados de funções, tais como, instituir código de ética, zelar pela orientação, disciplina e fiscalização do exercício da profissão de Psicólogo. Ao que couber, impor sanções pela sua violação e, manter atualizada a relação de profissionais inscritos.

### 2.2 – Conceito

Entende-se, por óbvio, como fonte mais segura como auxílio neste momento do trabalho ao tentar uma definição sobre o termo regulamentação a utilização da Constituição Federal de 1988. Encontramos assim no art. 5º, XIII da referida norma,

como direito fundamental, o acesso ou mesmo o direito ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, condição *sine qua non*, em que se faz necessário as qualificações profissionais estabelecidas em lei própria. Assim, ao passo que burocratiza o ingresso no ramo ou atividade, institui requisitos mínimos de qualificação enquanto normas regulatórias. (BRASIL, 1988)

Desta forma, a Constituição refere-se às profissões legalmente regulamentadas, quer dizer, criadas por lei. Disposta em seu diploma legal verificam-se estabelecidas as condições, prerrogativas, atribuições para o exercício de suas atividades, o que torna indispensável ao candidato para o alcance do exercício da profissão a formação acadêmica e o registro do diploma em seu respectivo Conselho. A profissão de psicologia, como veremos, situa-se entre elas.

Nova acepção a ser expressa sobre o termo encontra-se em FERREIRA (2001, p. 592) que refere ao “ato ou efeito de regular. Norma ou conjunto de normas. Disposição oficial que elucida a execução duma lei”. Significa dizer ao mesmo tempo tratar tanto de lei como também ao agir conforme o regramento.

Nesse passo, outro termo a ser abordado no ensaio de seu conceito é profissão. (FREIDSON, 1996, *apud* PEREIRA E PEREIRA NETO, 2003, p. 20)

O conceito de *profissão* remete, essencialmente, a um tipo específico de trabalho especializado, teoricamente fundado. No seu entender... por um lado, a *profissão* deve deter um conhecimento delimitado, complexo e institucionalizado. Por outro, ela tem que organizar seus interesses em associações profissionais que padronizem a conduta dos pares, realizando uma auto regulação. O controle interno da profissão é feito através da fiscalização das condutas profissionais com dispositivos formais, entre os quais se destacam os códigos de ética. A profissão deve empenhar todos os esforços para ser reconhecida como fundamental pelo Estado e pela sociedade. Uma das expressões deste reconhecimento é a regulamentação legal de seu exercício profissional.

Novamente, FERREIRA (2001, p. 560) apresenta uma definição, agora para profissão: trata-se de “atividade ou ocupação especializada, da qual se pode tirar os meios de subsistência, ofício”. Parece que o autor visa expressar um trabalho percebido socialmente por pessoa com conhecimentos particularizados e habilidades práticas e ainda, da qual, retira seu sustento.

Estas apreciações dos termos, ainda que bastante sintéticas, parecem suficientes para trazer um pouco de luz neste segmento deste artigo, ao menos no que guarda relação com a proposta deste trabalho.

### **2.3 – Evolução Histórica**

Para que se compreenda melhor a regulamentação da psicologia enquanto profissão faz-se preciso percebê-la dentro de seu contexto histórico. Assim, movimentos intensos antes e em prol de sua regulamentação deram força e corpo à sua ‘emancipação’. Com a entrada em cena de novos atores como políticos e o interesse do executivo pelo reconhecimento de classe a atender demanda emergente teve-se sua regulamentação. Contudo, outros fatores mesmo que posteriores assentam-se como base, no caso a criação dos Conselhos. A partir de então, novos caminhos surgiram tanto do lado da psicologia quanto do lado das pessoas que se utilizam do serviço.

#### **2.3.1 – Até a década de 1960**

Desde seus primórdios a psicologia esteve entranhada em vários campos do conhecimento e somente a partir de uma maior caracterização de sua especialidade, concebida em meio aos fenômenos econômicos, políticos e sociais nos diferentes períodos da história, assim como em seu interior, percebidos com os movimentos da categoria que se colocou a reivindicar seu espaço, conquistou sua inauguração enquanto Profissão para então alcançar o status de independência e autonomia.

Para MUELLER (1978), na história de seu desenvolvimento, a psicologia surgiu, a partir de uma ruptura de dentro da filosofia, seguindo uma perspectiva racionalista e abandonando a filosofia metafísica. Isso ocorreu nos séculos XVIII e XIX, influenciada pelas hipóteses transformistas, principalmente pelos ensinamentos de Charles Darwin. Por isso, percebe-se se tratar de uma época conveniente para o surgimento de uma psicologia que reivindicasse seu lugar no mundo científico.

Com a evolução histórica da profissão Psicologia, em contexto geral está a necessidade aqui, em situar a construção de sua regulamentação enquanto profissão e, no momento mais oportuno, discorrer sobre seu código de ética.

Tarefa difícil de percorrer, pois, a regulamentação da psicologia foi contada ao longo do tempo de forma parcial e fragmentada. Porém, o contato com a

pesquisa e obra de BAPTISTA (2010), por um lado expõe o intrincado e complexo trabalho de investigação e, por outro, nos auxilia ao concatenar os pontos soltos permitindo uma visão do conjunto. Em seu trabalho, a autora promove um resgate do processo histórico que regulamentou a profissão de psicologia. Ao seguir esse raciocínio a fim de fundamentar e organizar sua construção entendeu a autora que seria preciso:

Analisar como se deu esse processo histórico, descobrir o que pensavam os profissionais que participaram do processo de regulamentação da profissão... como se organizavam para defender seus ideais, quais atividades exerciam como psicólogos e como elas repercutiam na sua forma de considerar a psicologia... a relação com participantes de outros grupos que se opunham à ideia de regulamentação... assim como sua relação com os políticos que pudessem abraçar a causa. (BAPTISTA, 2010, p. 171)

Ao se propor mapear os fatos ao longo da história da psicologia no Brasil, na tentativa de entrar em contato com um número satisfatório de dados que influenciaram a sua regulamentação, constata-se que em seu processo de desenvolvimento muitas foram as conexões, aproximações e desdobramentos inerentes à própria profissão e mesmo com outras áreas do conhecimento.

Assim, nos detemos por um momento sobre a trajetória da perspectiva funcionalista e genético-funcional ocorrido no território pátrio considerada uma das forças no movimento que resultou no processo de regulamentação. Tal denominação refere-se a análise das funções adaptativas dos seres humanos ao ambiente e tinha como suporte as ideias darwinistas. (CAMPOS, et al, 2004)

Para os autores supracitados, a evolução do funcionalismo deu-se em períodos. Assim, no primeiro período, até nos anos de 1930, em que, poucos pioneiros, preocupados em explorar áreas e instituições de saúde mental e educação fizeram divulgações das teorias psicológicas. No segundo período, entre 1930 e 1940 – aconteceram as primeiras tentativas de aplicação dos conhecimentos da psicologia nos campos da educação, empresas e saúde mental. Daí, o terceiro período – 1940 e 1960 – teve-se o ingresso ou início da formação universitária em psicologia no Brasil.

Para BAPTISTA (2010) a movimentação em torno da problemática nesse período aconteceu em vários lugares. Em São Paulo, por exemplo, existia entre outras a Sociedade de Psicologia de São Paulo, fundada em 1945 que se propôs em instituir uma comissão de carreira do psicólogo com objetivo de produção com fins de caracterizar a profissão. No Rio de Janeiro, uma das forças, Associação Brasileira de Psicotécnica, promoveu em 1953 uma comissão para estudar o problema. Criadas no final da década de 1950, duas sociedades de psicologia se implicaram na causa, a fim de discutir sobre a regulamentação, Rio Grande do Sul e Minas Gerais.

Existiram inúmeros movimentos espalhados pelo Brasil ao longo do tempo, contudo, aqui foram apresentados superficialmente, a título exemplificativo e, todos visaram ao delinear sobre a profissão, aos seus tipos de atividades e o conhecimento produzido, o alcance da regulamentação da profissão.

Para a mesma autora, com o ingresso de outros atores, como políticos, tornou-se inevitável a entrada em cena do Ministério da Educação e Cultura que, devido a interesses em atender uma demanda emergente que surgia com o processo de industrialização requisitou a regulamentação da profissão de psicologia e a partir daí, novos caminhos foram desenhados.

### 2.3.2 – Lei 4.119/62 – Da Regulamentação, Formação e Atuação em Psicologia.

Em 27 de agosto de 1962 foi aprovada a Lei nº 4.119, que regulamentou a profissão de psicólogo. Aqui, começou de forma efetivamente legal a ser reconhecida como uma profissão independente e autônoma com atribuições próprias. Quanto à disposição da referida Lei, (CONSELHO FEDERAL de PSICOLOGIA), pode-se verificar, no caso, que o curso de formação em Psicologia ficaria, então, a ser realizado nas Faculdades de Filosofia, diferenciados em bacharel (pré-requisito), licenciatura e Psicólogo, o que seria conferido ao aluno o diploma em específico ao final do curso, assim como, designação em área permitida a atuar.

Ademais, para seu exercício regular, fica obrigado o profissional a registrar-se no órgão competente do Ministério da Educação e Cultura. Nota-se que com a regulamentação, ou seja, o estabelecimento de um currículo mínimo e sua

institucionalização em curso universitário configurou-se como marco para profissão, constituindo-se em acontecimentos decisivos. (CONSELHO REGIONAL de PSICOLOGIA).

A mesma Lei também dispôs sobre as condições de funcionamento dos cursos, prevendo autorização em funcionar, a partir de decreto federal, em outras Faculdades, tais como, Letras e Ciências desde que provada a possibilidade em manter corpo docente habilitado. Tratou de assegurar a revalidação do diploma aos estrangeiros, nos termos da legislação em vigor. (CONSELHO REGIONAL de PSICOLOGIA, 2015).

Também, foi concedido aos cursos de Psicologia vigentes autorizados, o período de um ano para adaptação. Profissionais da Psicologia com formação autorizada, sob condições de tempo e formação, adquiriam o direito ao registro daquele título em particular de atuação e formação. Isto, após um exame efetuado por uma comissão de professores da área designados pelo MEC, a qual deveria emitir, então, um parecer, o qual, poderia concluir pela concessão do registro ou pela denegação ou mesmo por um registro condicionado à aprovação em provas teóricas-práticas. (CONSELHO REGIONAL de PSICOLOGIA).

Regulamentada a profissão da Psicologia pela Lei supracitada, fica atribuído ao psicólogo o direito de utilizar privativamente métodos e técnicas psicológicas com os objetivos de: diagnóstico psicológico, orientação e seleção profissional, orientação psicopedagógica e solução de problemas de ajustamento. (CONSELHO FEDERAL de PSICOLOGIA).

Vale, ainda, destacar que a Lei vigente que regulamenta a profissão de Psicólogo permanece, Lei 4.119/62 ao levar em consideração todas as reformas efetivadas levando em conta as exigências reivindicadas e as necessidades inerentes da profissão. (CONSELHO REGIONAL de PSICOLOGIA, 2015).

Contudo, faz-se preciso lembrar, ainda que a regulamentação tenha sido um marco decisivo para a profissão, não significa dizer que sua aprovação tenha sido o último acontecimento o ponto final do processo de profissionalização da Psicologia. O momento fim desse processo, como aponta Pereira & Pereira Neto (2003) ser provável verificar em meados de 1970, ter a psicologia, alcançado todos os requisitos exigidos para ter o fulcro de profissão. Mais precisamente, em 1975 com a aprovação do código de ética e a instalação dos Conselhos.

### 2.3.3 – Dos decretos e outros Atos Específicos

Referente à Lei 4.119/62 que trata sobre Regulamentação, Formação e Atuação em Psicologia, diferentes normas foram constituídas como avanços e conquistas no decorrer do tempo e do processo de profissionalização devido inúmeros embates acerca da insatisfação por não atender a certas necessidades e pelo progresso da classe com intuito de reajustar a oficialização da profissão e suprir as carências que se faziam presentes.

Em dezembro do mesmo ano, foi aprovado o Parecer nº 403, elaborado pelas Comissões de Ensino Superior e de Legislação e Normas do Conselho Federal de Educação, que estabeleceu o currículo mínimo e da duração do curso de Psicologia. “O Parecer propunha quatro anos para a formação do bacharel e licenciado, e o quinto, para a formação de psicólogo”. (BAPTISTA, 2010, p. 187).

O Decreto nº 53464/64 regulamentou a Lei 4119 – Decreto nº 53464/64 – CÂMARA DOS DEPUTADOS] – dispostos no Título referente ao exercício profissional, fulguraram novas categorias ainda não contempladas no texto da Lei, assim como, ampliação das funções da classe, tais como, dirigir serviços de psicologia em órgãos e estabelecimentos públicos, autárquicos, paraestatais, de economia mista e particulares; ensinar as cadeiras ou disciplinas de psicologia nos vários níveis de ensino, observadas as demais exigências da legislação em vigor; supervisionar profissionais e alunos em trabalhos teóricos e práticos de psicologia; realizar perícias e emitir pareceres sobre a matéria de psicologia.

Com o Decreto-Lei nº 706/69, estendeu aos portadores de certificados de curso de pós-graduação em psicologia e psicologia educacional, matriculados até 1967, o direito ao registro no que prevê o art. 19 da Lei 4119/62 compreendendo sua especificidade. CAMPANHOLE & CAMPANHOLE (1996).

Contudo, outras questões permaneceram abertas, ainda por resolver, uma delas, abordada nas linhas a seguir, trata-se da instalação dos Conselhos da categoria que se concretizou em meados de 1970.

### 2.3.4 – Criação dos Conselhos de Psicologia

CAMPANHOLE & CAMPANHOLE (1996) compilaram uma série de informações referentes à temática das regulamentações profissionais, tornando viável pinçar de seus esforços para que seja abordada aqui a Lei nº 5.766/71, a qual

instituiu a criação do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Psicologia. A partir de então, fica instituída, de acordo com o texto de seu art. 1º a criação dos Conselhos supracitados, dotados de características, atribuições e funções.

Portanto, cabe ao Conselho Federal, elaborar e aprovar regimentos e código de ética, zelar pela orientação, disciplina e fiscalização do exercício da profissão de Psicólogo, quando necessário expedir as resoluções no que concerne às atribuições do profissional, delimitar a competência do exercício profissional, dispor-se de órgão consultivo em matéria de Psicologia, publicar, anualmente, a relação de todos os psicólogos registrados, etc. (CONSELHO REGIONAL de PSICOLOGIA, 2015).

Percebe-se em sua estrutura a composição de nove membros efetivos e nove suplentes, definidos por eleição. São eles: Presidente; Vice-Presidente; Secretário de Orientação e Ética; Tesoureiro; cinco secretários regionais. A Lei supracitada estabelece que as eleições se constituem por delegados eleitores dos CRPs. Ainda, no cumprimento das diversas atividades de responsabilidade legal do CFP, foram instituídas comissões permanentes, vigilantes em suas atribuições, como a Comissão de Direitos Humanos. Também, integra entidades como União Latino-Americana de Entidades de Psicologia (Ulapsi) e Fórum Nacional de Entidades da Psicologia no Brasil (FENPB). (CONSELHO FEDERAL de PSICOLOGIA).

Por sua vez, tem-se como atribuições dos Conselhos Regionais a organização do regimento (submetendo-o à aprovação do Conselho Federal), orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão em sua área de competência, zelar pela observância do código de ética profissional, impondo sanções pela sua violação, remeter, anualmente, relatório ao Conselho Federal, nele incluindo relações atualizadas dos profissionais inscritos e cancelados, etc. Os CRPs tem suas sedes nas capitais de Estado e escritórios setoriais instalados em diversas cidades pelo Estado. (CONSELHO FEDERAL de PSICOLOGIA).

Em CAMPANHOLE & CAMPANHOLE (1996) busca-se novamente informações, agora referente ao Decreto nº 79.822/77 que regula a Lei 5766/71. Ainda que se possa observar aspectos confirmados ou corroborados no texto da Lei, percebe-se pontos acrescidos. Os Conselhos permanecem como autarquia, mas passaram a manter vínculos com o Ministério do Trabalho. Ao exercício profissional de psicólogo somente será permitido com porte da Carteira de Identidade Profissional.

### 3 – ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO PSICÓLOGO

Nessa etapa, apresentou sua constituição enquanto autarquia profissional, para a partir daí tratar de sua função precípua, fiscalização de seus profissionais cadastrados. Uma de suas características retirada a partir de sua constituição é sua autonomia que dá contornos à profissão e destaca suas atribuições e campos de atuação. Ao se insinuar na rede pública de atenção, após reconhecimento do Conselho Nacional de Saúde, a psicologia, por meio dos Conselhos instala-se em seu meio, como órgão auxiliar o CREPOP como referência técnica em políticas públicas. Ao término dessa etapa, discorre sobre o código de ética profissional, ou seja, normas orientadoras para o exercício da psicologia.

#### 3.1 – Algumas Considerações

Como vimos, mesmo antes de ser constituída legalmente, a psicologia se insinuava e se fazia notar através dos movimentos a ela ligados. Fica mais evidente sua evolução e a ampliação da profissão após seu desentranhamento de emancipação das outras profissões, efetivado há mais de meio século e que apresenta apropriações hoje inquestionáveis ao ponto de reger-se como uma categoria independente. Em sua constituição vale a menção de sua fundação como pessoa jurídica para melhor entendimento enquanto autarquia.

Enquanto profissão, a Psicologia atua nos mais diferentes espaços e em cada qual delimitada por suas funções, competências e atribuições. Em alguns casos, precisa ser observado pelos profissionais no exercício de suas atividades se compatível ao cargo e em conformidade com sua capacidade profissional e responsabilidades. Haja visto, ter instituído o Código de Ética e a criação dos Conselhos para somente então, alcançar a posição autônoma.

Perpassa várias áreas do conhecimento humano, como o Direito, ao vincular-se com proposições jurídicas e legais, inclusive em sua própria fundação. Percorre campos da sociedade humana em seus mais diversos aspectos de modo que se insinua pelo setor público, uma vez reconhecida e requerida pelo próprio Conselho de Saúde.

Ademais, sua dimensão se estende para mais além, ao perceber a construção de seus valores éticos com alicerce nos direitos fundamentais conferidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Posto que, considerado a partir do

reconhecimento que a dignidade é inerente a todos, homens e mulheres, com direitos iguais e inalienáveis, liberdade de/na expressão seja por meio da palavra, crença e no valor da pessoa humana sem qualquer forma de distinção.

Do exposto, fez-se necessário resgatar alguns temas ao passo em que se efetua determinados contornos na tentativa de delinear-los, visto se constituírem como base e desenvolvimento da Psicologia que norteiam o labor profissional e que foram abordados com a perspectiva de lançar um pouco de luz sobre a presente proposta.

### **3.2 – Regulamentação da Profissão – Autarquia**

Constituída como profissão e sob legislação federal – Lei nº 5.766/71 a Psicologia fundou-se como pessoa jurídica de direito público, uma autarquia. No dizer de MEIRELLES et al (2014, p. 68) no que se refere ao conceito de autarquias encontramos, “criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que a criou. Funcionam e operam na forma estabelecida na lei instituidora e nos termos de seu regulamento”.

Sob o cuidado de ampliar o melhor juízo ou mesmo em apresentar outra compreensão sobre o conceito de autarquia encontra-se na leitura seguinte a consideração:

As autarquias têm sua própria fisionomia, apresentando algumas particularidades que as distinguem das demais. Basicamente, são elementos necessários à conceituação das autarquias os relativos à personalidade jurídica, à forma de instituição e ao objeto... pode-se conceituar autarquia como a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado (CARVALHO FILHO, 2014, p. 473, 474).

O mesmo autor, logo acima citado, classifica, neste caso, a psicologia enquanto profissão, como espécie de autarquia corporativa ou profissional, distinguida por seu objeto e identificada por se encarregar da inscrição profissional e fiscalizar sua atividade. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 478).

O Decreto-Lei nº 200/67 dispõe em seu inciso I, Art. 5º: “Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios,

para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Assim, conferida sua atividade quando da sua aprovação pela entidade estatal e ao observar que entre ambas não há a presença nem de subordinação e nem de hierarquia, ao que cabe a autarquia sujeita ao controle finalístico no que tange a questões administrativas e de condutas. Portanto, goza de autonomia administrativa e financeira, em seu bojo apresenta disposições e organizações que promovem regimentos e funcionamentos pertinentes à sua composição nos mais diversos aspectos, técnica-administrativo-financeiro-ético. MEIRELLES et al (2014)

No caso disposto, como entidades, destinam-se de forma privativa a orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de Psicólogo. (CONSELHO FEDERAL de PSICOLOGIA).

Isto se verifica ao observar inserido no contorno e fundamento da profissão a presença imprescindível de seu código de ética que, consubstanciada em seus princípios, na responsabilidade profissional e ao prever a aplicação de penalidades quando da sua transgressão, o intuito, entre outros, em manter-se vigilante no exercício da fiscalização, por estabelecer, visto aqui de forma exemplificativa, que os profissionais se atentem, para questões como práticas inapropriadas passíveis de sanções.

### **3.3 – Autonomia na Atuação**

Nesta etapa do trabalho fez-se preciso circunscrever sobre a autonomia da profissão, ao delinear ou traçar contornos mais ou menos definidos sobre seu campo profissional. Como já assinalada anteriormente, considera-se a partir das legislações que regulamentam e disciplinam a profissão como ponto fundante de sua independência e autonomia.

Anteriormente exposto, até a década de 1960 a psicologia estava radicada em outras ciências, profissões e áreas do conhecimento e, somente com esforços de pessoas vinculadas à categoria que se mobilizaram foi que se conseguiu enfim sua emancipação e status de independência. A partir da Lei nº 4.112/62 a qual se deu a regulamentação, teve-se o ponto nodal de inauguração enquanto marco decisivo, seguido por decretos e outros atos específicos até a aprovação da Lei nº 5.766/71

ao instituir o Código de Ética e a criação dos Conselhos para somente então, alcançar a posição autônoma.

Desta forma, ao percorrer a evolução da Psicologia torna-se viável destacar algumas de suas conquistas para fins de dar contornos à profissão. De uma forma ou outra, em todas as áreas é possível a confecção de documentos diversos, tais como, relatórios, laudos, atestados... provenientes e pertinentes das atribuições de cargos ou funções. Deste modo, aqui, foram apenas abordadas sem maiores profundidade determinadas áreas de atuação do profissional.

Os testes psicológicos são instrumentos de uso privativo da categoria, sua atuação em contexto de trânsito e para a obtenção de porte e/ou uso de arma de fogo; profissionais, alocados no judiciário em que efetivam práticas psicológicas nos tribunais; vinculados aos quadros funcionais do executivo como no caso a área da saúde pública com atribuições também pertinentes; a psicoterapia ou psicologia clínica como prática do profissional liberal por quesitos que lhes são próprios; na área escolar acompanha o processo ensino/aprendizagem. (BASTOS; et al, 2010).

Do exposto, circunscrita de forma a atender o propósito, vale o acréscimo no tocante à prática que cabe ao profissional da Psicologia, seja qual área for, se orientar de acordo com o disposto com regulamentos da profissão e do cargo para que possa prestar serviços abarcados pela capacitação ou requisitos funcionais para o exercício. (CONSELHO REGIONAL de PSICOLOGIA, 2015).

### **3.4 – Psicologia, Políticas Públicas (Saúde) e Atribuições**

Vale aqui mencionar um órgão do Conselho de Psicologia por sua pertinência no contexto. O CREPOP – Centro de Referência Técnica em Psicologia e Políticas Públicas compõe o sistema Conselhos que atua orientado a estabelecer balizas com intuito de promover a qualificação para atuação profissional no campo das políticas públicas. Representa um importante recurso, pois, coloca-se em diálogo com constante entre gestores públicos e a categoria. (CONSELHO REGIONAL de PSICOLOGIA, 2015).

Ao mesmo tempo faz progresso ao consolidar o compromisso com um eixo político central em prol do amparo da garantia dos Direitos Sociais, com previsão legal do artigo 196 ao artigo 200 da Constituição Federal, por meio da implementação de políticas públicas, que se verifica sob responsabilidade do

Estado, e a defesa da presença da Psicologia nessas políticas de forma a contribuir para o avanço do SUS. (CREPOP)

Outro ponto de discussão conexo ao âmbito da saúde pública é o Plenário do Conselho Nacional de Saúde (CNS), que, no ano de 1997 no uso de suas competências e atribuições conferidas pela Lei nº 8.080/90 e pela Lei nº 8.142/90 ao afirmar a saúde como “direito de todos e dever do Estado” e atuar no sentido de identificar a importância da ação interdisciplinar e ser indispensável as ações realizadas pelos diferentes profissionais de nível superior, reconheceu, por meio da Resolução 218, que entre outras profissões a Psicologia integrasse o quadro funcional da Saúde. (CONSELHO REGIONAL de PSICOLOGIA, 2015).

Dessa normativa e da participação do Conselho, entre outros atores, se desdobram as obrigações do psicólogo na qualidade de profissional do campo da saúde pública. Sua vinculação às diretrizes públicas, seja de forma direta ou indireta, determina a atuação quando a serviço da administração pública. Atualmente, o termo que melhor caracteriza a atribuição do psicólogo com algum vínculo na saúde pública é matriciador.

Por sua vez, matriciar designa um espaço lógico de trabalho ocupado por algum profissional da saúde de nível superior que se coloca como apoio para equipes de saúde da atenção básica naquilo que tange sua área de conhecimento em relação às demandas, assim como, na medida do suporte prestado promover a autonomia das equipes para que possam apropriar-se de conhecimento e segurança na realização do processo de trabalho. (BRASIL, 2014).

Uma vez abordada a atribuição do psicólogo na saúde pública e com olhar em seu código de ética faz-se relevante o questionamento objeto desta pesquisa referente à (im) possibilidade por parte dos magistrados de exigir laudo técnico de psicólogo vinculado a quadros funcionais estranhos ao Judiciário. No entanto, a resposta não se dará aqui.

### **3.5 – Código de Ética Profissional**

As normas éticas para o exercício da psicologia, sustentadas por um complexo de preceitos que fundamentam a prática da profissão, guiam ou mesmo circunscrevem condutas profissionais enquanto estabelecidas à toda categoria.

Como princípios fundantes da atuação ética do profissional, percebe-se os valores expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sua prática deve se assentar sobre os trilhos da dignidade, liberdade, na proteção da vida e dos direitos. Todos tem o mesmo direito e, portanto, deve o profissional da psicologia abandonar qualquer distinção no sentido de discriminação entre as pessoas, por não ser admissível o preconceito e a segregação. (CONSELHO REGIONAL de PSICOLOGIA, 2015).

Nos dizeres de ROMARO (2009) uma profissão se define ao levar em conta um conjunto de práticas sustentadas por altos padrões técnicos no intuito de atender demandas sócias e “pela existência de normas éticas” postas a orientar e disciplinar a atuação profissional. Em essência, um código de ética profissional traduz-se em princípios e normas assegurados por valores relevantes para a sociedade e para as práticas desenvolvidas pautadas nos direitos fundamentais da humanidade.

Nessa linha de pensamento o psicólogo colocará seus esforços orientados na busca do melhor resultado possível, ainda que a natureza da profissão não seja finalística. Os meios empregados sempre voltados para o melhor de seu empenho. Ao mesmo tempo como parte de seu trabalho contribuirá para a eliminação de qualquer forma de discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Portanto, acompanha ou deve acompanhar as transformações socioculturais de seu tempo, para que possa, assim, expressar uma concepção de homem e sociedade pautados nas relações do homem com seu meio. ROMARO (2009) continua ao pontuar que o atual código de ética dos psicólogos é reflexo da necessidade, sentida pela categoria de atender à evolução do contexto institucional legal do país, marcadamente a partir da promulgação da denominada constituição cidadã, em 1988 e das legislações decorrentes.

De acordo com PASSOS (2007) o compromisso ético da psicologia está em seu próprio objeto, o respeito e fortalecimento dos direitos humanos. A coerência como propósito básico ao contribuir para que as “pessoas possam ser livres, cidadãos e fraternas”. Aqui, vale dizer a título de exemplo ao que tange a solidariedade e tolerância em relação às minorias, atuar por sua emancipação. Demonstra desta forma ser um dever de “categorias profissionais organizadas”.

Uma vez observado o código de ética, verifica-se que é da responsabilidade do psicólogo assumir atividades somente pelas quais esteja qualificado com o dever

de levantar considerações de ordens pessoais, teóricas, técnicas. Contudo, cabe ao profissional observar as legislações de seu cargo. Ainda, o dever de abster-se de situações em que o vínculo com a pessoa atendida possa prejudicar a qualidade do trabalho realizado ou vir a sê-lo ou mesmo, que o serviço exigido possa vir a ser prejudicial ao vínculo profissional, que por sua vez torna possível incorrer em grave risco na relação psicólogo-paciente, considerado a partir da perspectiva de seu cargo. (CONSELHO REGIONAL de PSICOLOGIA, 2015).

Do que dispõe sobre a responsabilidade do Psicólogo, encontram-se a título ilustrativo, os deveres, arrolados como, zelar pelo Código de Ética; atuar somente naquilo em que se tenha qualificado ou em que esteja apto, entre outros. (CONSELHO FEDERAL de PSICOLOGIA).

Ainda, o referido código veda ao psicólogo violar seus os princípios fundantes ao fazer clara menção sobre as práticas de atos que se caracterizem como exploração, violência, crueldade e opressão; induzir a convicções diversas quando do uso de suas funções; colocar seus conhecimentos a serviço de práticas de violência; exercício ilegal da profissão; divulgação indevida de informações do paciente não atendendo o caráter confidencial;

Naquilo que decorre das disposições gerais, há previsão de aplicações de penalidades por parte do Conselho ao perceber transgressões de normas éticas que pode variar de advertência, multa, censura pública, suspensão do exercício profissional e até mesmo a cassação do exercício da profissão. (CONSELHO REGIONAL de PSICOLOGIA, 2015).

Para tanto, na estrutura do Conselho integra uma Comissão de Ética que é um órgão assistente no caso de aplicação na prática. Suas atribuições são receber e conduzir as denúncias, enquanto processos éticos. Cabe a esta Comissão verificar as responsabilidades éticas do psicólogo em sua atuação profissional e recomendar ao Plenário o arquivamento ou a instauração de processo ético-disciplinar apontando os preceitos éticos infringidos. O Plenário terá a decisão conclusiva pelo arquivamento ou pela instauração do processo ético-disciplinar. (CONSELHO FEDERAL de PSICOLOGIA).

Percebe-se dessa forma um compromisso que parte da profissão em atender da melhor forma possível àqueles que a ela se submetem. Por outro lado, atrela a profissão à normas norteadoras da conduta ética-técnico profissional.

## 4 – ATUAÇÃO DO PSICÓLOGO NA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Assentados em bases legais estão o cargo e as atribuições do psicólogo forense que compõem o quadro de auxiliares do judiciário reconhecido como perito. Também, pode o juiz nomear psicólogo para atuar como se perito fosse, coberto da função pública no processo em que atuar. Contudo, fez-se um recorte referente a exigência dos magistrados nas demandas aos psicólogos do executivo com se do judiciário fossem, o que então, tornou possível discutir a partir da perspectiva do abuso por parte dos juízes.

### 4.1 – Novas Considerações

Para que a atividade jurisdicional seja possível é necessário um corpo de pessoal atuante de forma auxiliar em relação aos processos. Compete aos tribunais em organizar cargos e funções conforme a necessidade judiciária, isso, no exercício da função normativa que, ao compor seus órgãos, elabora regimento interno e dispõe sobre atribuições de seus serviços auxiliares. O perito figura entre eles.

Ao tratar sobre perito, faz-se preciso observar normas processuais para melhor entender sobre sua atuação. O termo perito designa um profissional nomeado por juiz e, a este ligado, a atuar no processo. Neste caso vê-se revestido da função pública. Outro termo e que também refere-se a auxílio é o assistente técnico, sem o desígnio de função pública, ligar-se às partes. Ademais, outras diferenças processuais entre os termos estão disposta no capítulo.

Na prática, muitos são os casos em que juízes exigem do profissional psicólogo vinculado ao executivo atuação em demandas características da psicologia forense. Para o Conselho de Classe, tal postura do judiciário fere o código de ética profissional. Ademais, discute-se a presença de abuso de poder dos magistrados na forma em que se faz a demanda, assim, como excede sobre garantias fundamentais e da divisão e inexistência de hierarquia entre os poderes estatais.

Não há como fazer um estudo desse porte sem levar em conta o texto constitucional. Abordado no parágrafo anterior – garantias fundamentais e independência e harmonia entre os poderes –, aqui, deter-se-á um pouco mais sobre o postulado na Carta Magna e pertinente a essa atividade. Princípio da

atividade econômica, Isonomia e Dignidade da Pessoa Humana fazem parte desta lógica.

#### **4.2 – Dos Auxiliares da Justiça – Formas de Vinculação**

Para que o judiciário seja possível é necessário funcionários que participem na movimentação do processo sob comando do juiz, portanto, auxiliam sem exercer a atividade jurisdicional, exclusiva do magistrado. (GONÇALVES, 2014)

Destarte, expõe MARINONI et al (2015) tratar-se daqueles que se propõem a prestar suporte às atividades jurisdicionais e, portanto, gozam de presunção de veracidade e lisura.

Reporta ALMEIDA (2006) a competência privativa dos tribunais, assegurada pela Carta Maior – (art. 96, I, *b* e *e*) – em organizar seus serviços auxiliares de forma a estabelecer em conformidade com a lei, os cargos necessários a administração da Justiça. Completa o autor ao lembrar que além da função de julgar, desempenha função normativa ao que refere à organização e composição de seus órgãos, elaborar regimentos internos e as atribuições de seus serviços auxiliares.

Para tanto, por meio de Lei Complementar 59/01 e posteriores reformas, estabelece, o Tribunal do Estado de Minas Gerais a organização e a divisão judiciária. Prevê em seu art. 250 relativo aos órgãos auxiliares do juízo, quadro de pessoal de servidores da justiça com lotação e atribuições dos cargos estabelecidos em ato normativo de regimento interno e seu ingresso, far-se-á por meio de concurso público. No art. 256 dispõe como auxiliares de encargos, ente outros, o perito, nomeados pelo juiz da causa, para nela servirem, quando necessário. (LEI COMPLEMENTAR 59/01)

Decorre, então, a apresentação da Resolução nº 367/2001 de origem do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, Justiça de Primeiro Grau, na qual regulamenta matéria referente ao quadro efetivo de pessoal (sistema permanente). Inclusa, está a profissão de psicologia (judicial) e seu cargo dar-se-á por provimento de concurso público. Para tanto, o profissional deverá estar devidamente habilitado e inscrito em órgão de classe. Entre suas atribuições compreende: avaliação de ordem psíquica e confecção de laudos técnicos na função de perito. (MINAS GERAIS)

Em plano processual, o art. 149 do NCPC dispõe sobre os auxiliares da justiça - arrola uma série de contingente de modo exemplificativo ao passo que

determina suas atribuições a partir das normas jurisdicionais. No dispositivo similar no código de 1973 não apresentou alteração.

Entre os artigos 156 a 158 do NCP, tem-se expresso como auxiliar da justiça o perito. Este assistirá ao juiz quando a prova de fato depender de conhecimento técnico específico. Serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados. (BRAGA, 2015).

Assim, o trabalho de perícia aparece em litígios que escapam ao conhecimento dos operadores do direito e exigem auxílio profissional para que se coloque como suporte no processo aos interessados ao permitir melhores condições de tomada de decisão. (AMORIM; MARTINS, 2009).

THEODORO Jr. (2016), entende ao se balizar na legislação a presença no judiciário por parte dos auxiliares da justiça, dividir-se em duas categorias, a saber:

#### 4.2.1 – Permanente

Para o mesmo autor, os serventuários, auxiliares dos órgãos jurisdicional, classificam-se em permanentes, pois pertencem ao quadro de funcionários permanentes da justiça. Estes, relacionados com disposição em todos os processos que tramitam em juízo. São eles o escrivão, distribuidor entre outros, que realizam suas funções ao acompanhar o andamento processual.

GONÇALVES (2014) percorre pensamento semelhante ao qualificar como permanentes àqueles que reconhecidos como funcionários, devido ao caráter de permanência no cargo.

#### 4.2.2 – Eventual

Outra classificação dada por THEODORO Jr. (2016), também em relação aos auxiliares da justiça, são os eventuais, pois não integram o quadro de funcionários, mas sim, são pessoas estranhas a ele e que se fazem presente quando da solicitação do juiz para desempenhar tarefas especiais, como exemplo, peritos que participam ocasionalmente de um processo devido à necessidade técnica exigida por questão de prova.

GONÇALVES (2014) acompanha essa leitura e pontua o mesmo termo, eventual, por referir-se à pessoa chamada pelo judiciário e que seu trabalho incidirá em processo específico. O perito é um exemplo.

#### 4.2.3 – Perito e Assistente Técnico

Outras terminologias de relevo referem-se ao perito, entendido como aquele nomeado pelo magistrado devido as suas qualidades para a atividade, o assistente técnico que é o profissional indicado pelas partes, sem vínculo com o juízo e que acompanhará a perícia para posteriormente oferecer seu parecer. (AMORIM, MARTINS, 2009)

Na mesma linha de raciocínio, THEODORO Jr. (2014, p. 527) explana “o técnico que deve servir no processo como perito é escolhido pelo juiz”. E continua “uma vez nomeado, passa a exercer a função pública de órgão auxiliar da justiça, com o encargo de assistir o juiz”. Assim, a o termo aqui empregado refere-se a uma qualidade especial, ligado ao exercício da função pública. Por sua vez, as partes, por meio de seus assistentes técnicos podem participar da perícia. Significa dizer que não haverá ao assistente técnico a mesma qualidade dada ao perito.

#### 4.3 – Atuação no Âmbito Forense

Durante o desenvolvimento deste trabalho, ficou evidente que há necessidade em melhor desenvolver sobre a perícia no plano processual. Reporta ALMEIDA (2006), no entanto, esses cargos estão apoiados pelos Códigos Processual Civil, Penal e Trabalho, em que, dispõem sobre a perícia como pode-se observar:

##### 4.3.1 – Normas Processuais

Por normas processuais tem-se a definição como o conjunto de regras e princípios próprios que norteiam ou disciplinam tal método de trabalho, quer dizer, autônoma e de ordem pública visto governar a atividade jurisdicional do Estado ao exercer de forma conjugada a jurisdição pelo Estado-juiz, a ação pelo demandante e da defesa pelo demandado. Assim, tem como objetivo precípua resolver lides entre os indivíduos, por meio da justiça ao caso concreto. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2013).

Afirma GUERRA FILHO (2007) a Constituição possuir fundamentos processuais, pois, na verdade, na medida em que as normas materiais fornecem modelos para que se realize o controle e ordenação da conduta pelo direito,

assentam-se as realizações em seus trilhos que é o próprio processo. Portanto, a atividade jurisdicional ocorre compreendida em um conjunto de normas, as quais, dirigem a ordem dos acontecimentos de seus atos.

#### 4.3.1.1 – Código de Processo Civil – Lei nº 5.869/73

Ainda que não esteja mais em vigor o código supracitado, vale seu registro para fins de conhecimento e apreciação. Compreendido entre os arts. 145 ao 147 relativo ao perito e entre os arts. 420 ao 439 apresentava-se sob denominação – da prova pericial.

Discorre no art. 145, o perito escolhido precisa demonstrar registro em órgão de classe e comprovar conhecer da matéria a qual procederá ao trabalho. Em locais em que não exista profissional que especificidade, a escolha ficará a cargo do juiz.

O texto da lei trás no art. 421 ser o perito nomeado pelo magistrado e, desde logo, estabelece o prazo de entrega do laudo. O perito imbuí-se da função pública ao dar suporte ao juiz. Às partes é facultado como auxílio assistência técnica para acompanhar a perícia, com disposição a questionamentos. (THEODORO Jr., 2014).

Nota-se diferença na nomenclatura que por sua vez carrega significado diverso. Está disposto de forma inteligível no art. 422 ligar-se o perito ao juiz, nomeado a uma função pública com encargos legais, enquanto os assistentes técnicos ligam-se às partes, sem vínculo com função pública e não estão sujeitos às arguições de impedimento ou suspeição. (MONTENEGRO FILHO, 2014).

Traça algumas linha THEODORO Jr. (2014) ao que refere-se sobre a escusa do perito (art. 423). Cabe a esse por motivo legítimo a dispensa em prazo legal. Ou mesmo, as partes podem recusar e outro técnico será nomeado.

No estudo de GAIO Jr. (2013), adverte disposição legal (art. 436) no qual, mesmo com laudo o magistrado não se restringe à perícia para seu julgamento, pois, alcança sua convicção por diversos elementos.

De forma corrente, dispõe AMORIM e MARTINS (2009) os direitos e deveres do perito (nomeado), a saber: respectivamente, escusar-se do encargo por motivo legítimo, prorrogação do prazo, honorários fixados pelo juiz; respeitar os prazos, agir de acordo com a lei.

#### 4.3.1.2 – Código de Processo Civil (NCPC) – Lei nº 13.105/15

Este estudo incidiu de forma específica naquilo que trata do perito. Foram abordados, no entanto, os artigos 156 ao 158, como matéria nessa etapa. Demais auxiliares foram desprezados a fim de priorizar o que é objeto de estudo.

Ao observar o código processo civil em seu art. 156 § 1º tem-se em relação à nomeação pelo juiz do perito que, este deve estar inscrito em cadastro mantido pelo tribunal do qual o juiz esteja vinculado. Contudo, no § 5º do mesmo art. se isso não for possível, caso não haja profissional qualificado cadastrado para que se efetue a perícia, pode o juiz, de livre escolha fazer indicação, desde que o profissional domine o conhecimento exigido pela perícia.

No que diz respeito ao perito escolhido pelo juiz, art. 156 do NCPC detalhou a fundo os critérios e os requisitos para sua escolha, tendo em vista os imperativos de imparcialidade e de igualdade de oportunidade entre os profissionais habilitados... os peritos somente poderão ser nomeados entre profissionais... inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz esteja vinculado (Wambier e Wambier, 2016, p. 249)

Sobre a formação do cadastro, prevê o art. 156, § 2º que cabe aos tribunais realizar consultas para indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados. O referido dispositivo aponta para a questão de dar oportunidade aos possíveis interessados através da publicidade (ampla), para que esses ao tomar conhecimento e identificado o interesse busque efetuar seu cadastro junto ao tribunal, sob condição informada em seu § 3º de avaliações e reavaliações periódicas em relação à atualização dos conhecimentos e experiência profissional.

O código atual determina que se organize lista de peritos nas varas ou nas secretarias, com disponibilização dos documentos exigidos para habilitação à consulta de interessados, para que a nomeação seja distribuída de modo equitativo, observados a capacidade técnica e a área de conhecimento (art. 157, § 2º). Essa determinação evita que se privilegie um profissional em detrimento de outros, de modo que todos os cadastrados tenham oportunidades iguais de participação dentro de suas competências técnicas (THEODORO Jr., 2016, p. 446).

Vale dizer, a partir do disposto no código (art. 156, § 4º) sobre o perito, algumas considerações. Este está sujeito a não participar do processo por suspeição ou impedimento.

É importante dizer, disposto no art. 157, há possibilidade em se escusar da nomeação, desde que observado o prazo legal e motivo legítimo. Uma vez que o perito seja nomeado, ele não está necessariamente obrigado, vinculado ao encargo, como se poderá identificar no presente estudo. (MARINONI et al, 2015)

Contudo, ao aceitar o encargo, o perito “investe-se, independentemente de compromisso, em função pública e assume o dever de cumprir o ofício no prazo que lhe designar o juiz, empregando toda a sua diligência”. (THEODORO, 2016).

Com o olhar no NCPC, há de se levantar outras considerações. Dispõe o art. 95 sobre a remuneração do auxiliar da justiça (perito ou assistente técnico), que ficará a encargo das partes. Também, ao se ver investido na função, deve o perito (art. 158), colocar à disposição da atividade seus serviços e conhecimento da melhor maneira possível, como profissional de atividade meio. Caso haja em sentido contrário (dolo e culpa) ficará responsável por estas e lhe poderá ser aplicada sanções de diversas ordens.

Para MARINONI et al (2015) o perito será responsabilizado caso atue de forma a prestar informações ciente em ser falsa e arcará com prejuízo causado à parte. Sofrerá sanções como permanecer inabilitado a novas perícias pelo tempo legal, responder nas searas do direito pertinentes e comunicado do juízo ao órgão de classe.

De acordo com CONCEIÇÃO (2016), o “NCPC trouxe relevantes alterações no que toca à produção da prova pericial”. Uma delas é percebida em relação às partes que podem escolher entre elas o auxiliar da justiça (perito ou assistente técnico). Previsto no art. 471, as partes podem, em consenso, optar pela substituição do perito, por um profissional devidamente habilitado para que se realize a perícia.

#### 4.3.1.3 – Código Processo Penal

Versa sobre a prova pericial SILVA e SILVA (2013) reconhecida em matéria de processo penal como prova técnica, realizada em órgãos oficiais, indispensável devido vestígios deixados pelas infrações, mesmo se houver confissão. Realizar-se-á por perito oficial e, se não for possível, procederá ao exame por duas pessoas idôneas, graduados e preferencialmente com habilitação técnica relativa à natureza do exame. Os peritos oficiais estão dispensados de prestar compromisso por seu vínculo de funcionário público investido no cargo.

Sobre o perito considera NORONHA (1992, p. 149)

“Nem sempre se pode contar com peritos *oficiais*, podendo então, o juiz nomear pessoas idôneas para o exame e questão, buscando como é natural, aliar à idoneidade delas a capacidade. Servirão estes sob compromisso, pois aqueles já o prestaram ao assumir o cargo”.

No passo seguinte, MIRABETE (2003) considera tratar-se, a perícia, de um elemento subsidiário, em resposta à nomeação do juiz, no intuito de valorar ou comprovar se seu objeto destina a trazer em si a verdade. É fato que o sistema de apreciação do laudo pelas leis pátrias é liberatório, o juiz não está vinculado ao laudo, pode aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte. (art. 182)

Um ponto bastante controverso e encontrado com o aporte do Código por JESUS (2003) refere-se ao que trata o art. 277 ao dispor como dever do perito em atuar no processo logo de sua nomeação, pois, fica obrigado a aceitar o encargo. Partir do princípio de estar obrigado. Assim, o perito não poderá abdicar do auxílio jurisdicional.

#### 4.3.1.4 – Código (Processual) Trabalhista

Na leitura de MARTINS (2014) abrange a narrativa, na qual, o juiz indicará um técnico qualificado para exame do objeto da causa submetido a um prazo para confecção do laudo e nomeado passará a atuar em caráter de função pública no processo, portanto, atrelado ao juízo e não às partes. A estas, é permitido indicar assistente técnico.

Em seus estudos sobre a matéria, assegura SAAD (2002) caber ao magistrado nomear profissional a realizar a perícia e, a este, comprovar estar regularmente habilitado na matéria que deverão opinar.

O mesmo autor apoiado pelo código expressa ser da natureza da função de perito prestar integridade de caráter, sujeito a sanções, enquanto o assistente técnico serve de suporte e confiança às partes, não sujeitos a impedimentos ou sujeição.

#### **4.4 – Limites da Imposição do Judiciário na Atuação do Psicólogo do Executivo**

Ao identificar no trabalho profissional, em meio às suas demandas, uma em específico, que se coloca no mínimo de forma conflitiva com sua atividade, é de se esperar por uma movimentação reativa em busca de soluções. Isso foi exatamente o que se objetivou fazer neste presente estudo, tornar-se ferramenta, em prol de uma plausível alternativa que atenda à questão provocada. Nesse sentido, aqui apresentou-se e na medida do possível se discutiu sobre uma prática (tida como) abusiva que colide com o lugar profissional e questiona sobre a independência na organização dos Poderes do Estado.

##### **4.4.1 – Recorte de uma Realidade de Conflitos – Judiciário e Psicologia**

Na prática, muitos são os casos em que o judiciário vai além de solicitar apoio dos profissionais psicólogos e muitas vezes passam a requisitar com caráter de exigência que tais profissionais, alocados em cargos funcionais do executivo, sem vínculo com o Judiciário, atuem a serviço deste.

Tantos são que, o Conselho Federal de Psicologia e os Conselhos Regionais se mobilizaram para atender a demanda dos psicólogos (vinculados ao executivo) que denunciaram essa prática por parte dos magistrados no País a fora. (CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA, 2015)

Para os Conselhos, essas situações ferem o código de ética do psicólogo. Estes, somente devem desenvolver atividades compatíveis para as quais estejam qualificados, visto a amplitude da profissão e exigência de emprofundar seus estudos e conhecimentos, o que torna impossível ao profissional se fazer presente ou desempenhar em toda e qualquer área ou atividade. (CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA, 2015)

Também, cabe ao psicólogo observar as atribuições de suas funções e cargos e constatar a (in) compatibilidade com o que lhe é exigido. A natureza da atividade da psicologia forense é diversa da do profissional da saúde pública. Determinar aos psicólogos que atuam no poder executivo a realização de atividades pertinentes ao psicólogo forense, como laudos periciais é incompatível, entende os Conselhos. ((CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA, 2015))

Demonstrar como se configura o abuso de poder dos magistrados em exigir laudo técnico de psicólogo vinculado a quadros funcionais estranhos ao judiciário e assim, se verificar novas alternativas de paradigmas de atuações possíveis do profissional da psicologia para consecução de laudos técnicos que atendam e se conciliem com a demanda do judiciário é tarefa complexa e nova no campo de pesquisa. Por isso, constituiu-se imensa dificuldade em reunir literatura, esta, escassa, o que exigiu um trabalho dedicado e exigente na busca de informações.

No entanto, esforços foram efetuados no intuito de confeccionar este artigo como ferramenta viável a atender toda uma categoria profissional que busca por instrumentos que sirvam como balizas ou mesmo soluções que possam apaziguar essa questão.

#### 4.4.2 – Do Abuso (de Poder) da Função Jurisdicional nas Demandas aos Psicólogos do Executivo

As relações humanas são, entre outras coisas, relações de poder. Isso fica mais evidente a partir de instituições, ou seja, do poder instituído por vezes ao representar um papel social e outras a partir de perspectiva política-jurídica.

Contudo, nem sempre seu uso é utilizado de forma adequada. Aqueles, imbuídos e, portanto, atuantes, devem sujeitar-se aos parâmetros legais, pois, a conduta abusiva não pode merecer aceitação no mundo jurídico e, deve ser reconhecida e logo, corrigida. A utilização do poder, portanto, deve guardar conformidade com o que a lei dispuser.

Para CARVALHO FILHO (2014) é passível, então, dizer que, abuso de poder é a conduta ilegítima, ao atuar fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei. Também, entende como gênero, que apresenta duas espécies, a seguir:

- Excesso de poder: ocorre quando o agente efetivamente atua para além dos limites, extrapola, sua competência. Aqui, ou o agente invade atribuições cometidas a outro agente, ou se apropria do exercício de atividades que a lei não lhe conferiu.

- Desvio de poder: o agente, embora dentro de sua competência busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu – interesse público – e, então, atua em descompasso com esse fim, pratica, assim, conduta ilegítima.

Apresenta semelhante raciocínio BOLZAN (2012) ao apresentar quadro identificador de gênero e espécies, em que, suas utilizações pelo agente foram reconhecidas como desproporcional ou diversa da lei, o que se percebe a presença de vício.

Outro autor que também tece seus comentários e na mesma direção é FARIA (2007), ao propor que os atos realizados com abuso de poder são ilegais, por ir além das fronteiras da discricionariedade. E mais, constatar tal irregularidade é tarefa difícil o que tem provocado a adoção da teoria dos motivos determinantes que, não cuida da intenção do agente e sim, captar o fato originário do ato e se o mesmo é suficiente para justificá-lo.

Como ocorre com todos os ilícitos, o abuso de poder se reveste das mais diversas formas, ostensivo e truculento ou dissimulado e encoberto como se ato legal fosse. Ao depreender essa percepção da realidade, nota-se também, reação para reprimi-la pelo seu mau uso. Assim, a teoria do abuso do poder visa desarmar quem investido de poder para realizar determinados fins, age no sentido de se apartar dessa conduta que contraria a lei e comete ato(s) abusivo(s) ou arbitrário(s), ilegítimo. (MEIRELLES, 2014).

O mesmo autor aponta duas espécies de abuso de poder ao reconhecer estes como gênero:

- Excesso de Poder: agente investido de determinado poder – competência – para o ato, extrapola o que lhe foi designado, sua alçada e, então, age fora do permitido, o que configura como ato inválido, nulo.

- Desvio de Poder: agente, em sua competência age com propósito diferente do estabelecido em lei. Deve-se observar indícios e circunstâncias que revelam do desvio final da legalidade, substituído de forma ardil por um fim ilegal e imoral. Tais elementos podem ser reconhecidos pela falta de motivo ou a discordância dos mesmo com o ato praticado.

#### 4.4.3 – Divisão e Inexistência de Hierarquia entre os Poderes Estatais como Limite de Atuação

Em plano constitucional, em seu artigo 2º estabelece: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” não à toa, como nos orienta MORAES (2003, p 137), pois com o intuito em evitar

arbitrariedades reparte as funções estatais, percebidas também como teoria da separação dos poderes, além de ser percebida numa orientação em que privilegia “a cooperação e lealdade institucional”.

Comunga da mesma lógica TAVARES (2014, p. 925), em sua leitura entende por, a constituição, consagrar o princípio da separação de poder ao dizer que “deve haver, pois, grande prudência na análise da cláusula constitucional da separação dos poderes, para que se construa e preserve a necessária harmonia, fator crucial para a existência de mais de um poder.

Desdobra em seus estudos MORAES (2010) características da divisão dos poderes. Na própria estrutura percebe dois conceitos: a independência orgânica, ou seja, os órgãos são independentes e coordenados, sem a presença de hierarquia entre eles; e a especialização funcional, por sua vez, compete a cada Poder o exercício de sua função principal, essencial.

Para tanto, está em SANTOS (2011, p. 84) que “o Estado, cujo objetivo é a consecução do bem público, detém os poderes de administrar, de criar o direito e de dizê-lo e aplicá-lo aos casos concretos”. Posto dessa forma, o autor aponta em qual direção está seu pensamento, qual seja, o Estado pátrio é juridicamente estruturado/organizado como Estado Democrático de Direito, composto pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cada um com suas funções típicas, respectivamente, administrar, legislar e julgar.

Ao se falar em função típica, tem-se em conta a Competência. Assim, continua o mesmo autor ao se referir sobre as atribuições estatais (poderes) com funções e características distintas, portanto, não se confundem nem se conflitam uma com a outra. Isso, nos leva a pensar que, em regra, cada poder deve agir de acordo com sua função específica. Há, também, a presença atípica de funções, porém, irrelevante ao propósito.

Inscrito na Constituição sob a égide dos Princípios Fundamentais temos a independência e harmonia entre os poderes. A primeira reflete funções distintas a partir da própria natureza e, para exercê-las, é irrelevante a vontade dos outros, desnecessária a consulta ou autorização e livre para organizar seus serviços, o que por óbvio, descarta a presença de subordinação. A segunda emana da doutrina o entendimento do sistema de freios e contrapesos, em prol de um equilíbrio

necessário à manutenção do bem comum e imprescindível para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro. (SILVA, 2013).

#### 4.5 – Normas Constitucionais

Com olhos na Constituição de 1988, expresso na ordem dos princípios da atividade econômica verifica-se a notícia no texto do art. 170 – “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”. Pode depreender daí que a lei maior assegura o livre exercício da atividade econômica para que se alcance em sua finalidade uma vida digna. (BRASIL, 1988)

Também prevê a Constituição em seu art. 1º, IV ter como princípio fundamental entre outros os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Ora, para se compreender melhor o sentido das palavras acima citadas basta um exame a partir da frase já dita outrora “as palavras trazem em si o segredo de seu significado”. (BRASIL, 1988)

Depreende, assim, princípio como um valor ético, intrínseco do homem e do qual ele parte como norte, guia em seu juízo perante os fatos da vida. O segundo termo, fundamental, retrata aquilo que está na base, na origem e o qual é por excelência, indispensável.

Parece, então, razoável a compreensão de que o trabalho ocupa um lugar relevante na sociedade justamente pelo sentido ético e indispensável por tratar-se de gerador de autonomia/independência pessoal que, por meio da remuneração provê o próprio sustento.

Para tanto, depreende-se do texto constitucional servir como aporte ao destacar que a valorização do trabalho humano recebe tratamento peculiar, pois, diz respeito ao seu caráter social e mais além, ao ser percebido como inerente à natureza humana, ao instinto de autopreservação e também o progresso pessoal. Por sua vez, o instituto da livre iniciativa permite criar e explorar uma atividade econômica a título privado e não se sujeitar ao Estado senão em virtude de lei. (ÂMBITO JURÍDICO)

#### 4.5.1 – Princípio da Isonomia

A tratativa sobre isonomia aparece em vários aspectos na vida, seja numa atividade cotidiana em que alguém simplesmente busca um tratamento aproximado a partir de um parâmetro, ou no próprio direito, em que se nota de antemão sua presença enquanto princípio, assegurado e conclamado nos mais diversos ramos e textos normativos, em que busca sua concretização ao propor de plano que aqueles pertencentes a mesma sociedade recebam tratamento comum.

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. (MORAES, 2003, p. 129).

Nesse sentido, espera-se justamente do direito enquanto norma assegurar pelo tratamento isonômico no plano concreto entre seus membros, garantido também em texto Constitucional em seu art. 5º que dispõem pela igualdade de todos, sem distinção. (BRASIL, 1988)

Observa-se ainda, ao perpassar pelos ramos do direito, o princípio da isonomia desponta-se na ordem econômica ao reconhecer a valorização do trabalho enquanto atividade remunerada no intuito do homem prover seu próprio sustento que de tal sorte a assegurar sua existência de forma digna. Portanto, não há trabalho que não deva ser reconhecido em sua sociedade, assim como, não há trabalho que não deva prover o sustento de quem o faz.

#### 4.5.2 – Valor: da dignidade da pessoa humana

O trabalho é aqui apontado como um direito, entre outros, consagrados pela dignidade da pessoa humana, enquanto valor, garantido nos direitos fundamentais da Constituição pátria. Nas palavras de MORAES (2003, p. 130), encontra-se:

Somente por meio do trabalho o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalhador... a garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado, mas também o autônomo e o empregador.

Assim, constitui-se como parte do passaporte à dignidade da pessoa humana o acesso ao trabalho remunerado que garanta a quem o executa o seu sustento, esteja ele em qual papel social estiver, seja numa relação hierarquizada de trabalho ou mesmo de livre iniciativa.

Fundamenta SARLET (2003) ao tecer considerações sobre princípio da dignidade humana (art. 1º, III - CF), leva em alta conta sua eficácia jurídica que, no caso, pertinente ao estabelecer nexos entre a ordem econômica com finalidade de assegurar existência digna.

O autor acentua seu pensamento em pauta ao chamar atenção para o fato de que a dignidade da pessoa humana não reflete somente à natureza do homem, visto este ser efeito e causa da cultura o que resulta em complementação e interação mútua. Como consequência a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais.

Nesse sentido SARLET (2003, p. 111) afunila seu pensamento ao expressar:

Não se admite, em princípio, o sacrifício da dignidade pessoal em favor da comunidade, já que a dignidade, como qualidade inerente a cada ser humano, deste não pode ser retirada, perdendo-a apenas quando lhe faltar a vida, sem prejuízo dos – já reconhecidos – efeitos *post mortem* da dignidade.

Deduz em última análise, onde não se considera a essencialidade humana, a vida, a liberdade, integridade, entre outros, sem a possibilidade do mínimo existencial em que o indivíduo sofra ingerências abusivas e indevidas, sem a garantia de igualdade entre a coletividade e a falta de limites do poder sobre o indivíduo, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e em consequência esta decairá de seu status e passará a ser reconhecido como objeto de arbítrio e injustiça (SARLET, 2003).

## 5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, configura-se abuso de poder (excesso) por parte dos magistrados em exigir que os psicólogos vinculados aos quadros do executivo atuem em demandas do judiciário como se psicólogos forenses fossem. Cabe aos psicólogos do executivo observar as atribuições de seus cargos, assim como, seu código de ética. Os juízes, ao realizarem tal conduta, atuam para além do previsto na lei e extrapolam sua competência.

Destaca-se não haver hierarquia nem subordinação entre os poderes na medida garantida pela própria Constituição Federal. Destarte, não há nesse sentido como atrelar pessoal do quadro funcional de um dos poderes a qualquer outro, que por sua vez, evita arbitrariedades. Reflete funções distintas a partir da própria natureza e, para exercê-las, é irrelevante a vontade dos outros e livre para organizar seus serviços, o que por óbvio, caracterizam-se como independentes.

Compete ao poder jurisdicional ao fazer uso de sua função normativa, prevista em texto constitucional, organizar seus serviços auxiliares de forma a compor seus órgãos, elaborar regimentos internos e as atribuições de seus serviços auxiliares, entre os quais, o perito, com lotação e ingresso ao quadro funcional por meio de concurso público.

Decorre como alternativa à função pública a nomeação no processo do perito, o que ainda não obriga definitivamente o profissional ao exercício da atividade. Como se observa em Código Processual, o profissional deve estar inscrito em cadastro mantido pelo tribunal do qual o juiz esteja vinculado. Cabe aos tribunais realizar consultas para indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados. Assim, atende ao princípio da publicidade ao dar oportunidade aos possíveis interessados para que esses ao tomar conhecimento e identificado o interesse busque efetuar seu cadastro junto ao tribunal. Aqui, deve realizar avaliações e reavaliações periódicas em relação à atualização dos conhecimentos e experiência profissional.

Nota-se que diferentemente do assistente técnico, o perito está sujeito a não participar do processo por impedimento e suspeição. Respectivamente, obstáculo de ordem objetiva, que fere a imparcialidade; tem caráter subjetivo, de ordem pessoal.

Também, há a possibilidade em se escusar da nomeação, desde que observado o prazo legal e motivo legítimo. Com o olhar no código de ética do

psicólogo e o uso do bom senso, considera-se como da responsabilidade do psicólogo assumir atividades somente pelas quais esteja qualificado e com o dever de levantar considerações de ordens pessoais, teóricas, técnicas que influam no exercício da atividade. Portanto, cabe ao psicólogo estranho ao quadro funcional do judiciário decidir se está apto ou não ao exercício da atividade judicial.

E mais, o profissional deve observar as legislações de seu cargo. Tem o dever de abster-se de situações em que o vínculo com a pessoa atendida possa prejudicar a qualidade do trabalho realizado ou vir a sê-lo ou mesmo, que o serviço exigido possa vir a ser prejudicial ao vínculo profissional, que por sua vez torna possível incorrer em grave risco na relação psicólogo-paciente, considerado a partir da perspectiva de seu cargo. Sabe-se que a natureza dos cargos de psicólogo do executivo e judiciário são não apenas diferentes, mas ao que parece, incompatíveis.

É relevante destacar que, uma vez assegurada a possibilidade de cadastro de peritos interessados, espera-se que este esteja apto ao exercício da atividade. Assim, não há por que obrigar profissionais em atuar nas demandas do judiciário. Ao fazê-lo, parece desarrazoável, pois, não se pode esperar que um profissional atenda aos mais diversos campos de sua profissão.

Contudo, ao aceitar o encargo, o perito investe-se, independentemente de compromisso, em função pública e assume o dever de cumprir o ofício no prazo que lhe designar o juiz, empregando toda a sua diligência, previsto também em seu código de ética, pois do contrário haverá sanções.

Com esse intuito vale registrar que expresso na Constituição sob a égide da atividade econômica, está a valorização do trabalho humano remunerado como forma de subsistência digna a todos. Nesse sentido, um dos fatores para que se alcance a dignidade da pessoa humana está na garantia do trabalho pago, também associada ao caráter social e progresso pessoal. Outro fator se encontra no princípio da isonomia, em questão, de tratamento remunerado ao profissional quando da nomeação aceita, indistintamente de sua profissão.

Isso nos leva a entender que em relação aos profissionais estranhos do quadro funcional do judiciário ao se investir da função pública e atender ao que lhe for solicitado, tem o direito de perceber remuneração, tem o direito de serem pagos pelos trabalhos prestados.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, C. L. **Direito Processual do Trabalho**. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

ÂMBITO JURÍDICO. **Breve análise da ordem econômica constitucional brasileira**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6649](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649)>. Acesso em: 13 de maio de 2016.

AMORIM, J. R. N; MARTINS, S. G. **Direito processual civil**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

BAPTISTA, M. T. D. S. **A regulamentação da profissão psicologia: documentos que explicitam o processo histórico**. In: Conselho Federal de Psicologia. **Psicologia: Ciência e Profissão**. Brasília. vol. 1, n.1, p. 170-191, 1981.

BASTOS, A. V. B; ET AL. **Áreas de Atuação, Atividades e Abordagens Teóricas do Psicólogo brasileiro**. In: **O Trabalho do Psicólogo no Brasil**. Porto Alegre – RS. Artmed. 2010.

BOLZAN, F. **Direito administrativo**. São Paulo, Edit. Saraiva, 2012.

BRAGA, S. M. D. **Novo Código de Processo Civil**. Ed. Líder, Belo Horizonte, 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Núcleo de Apoio à Saúde da Família. Brasília, 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: Vade Mecum. 15ª ed. São Paulo, Edit. Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA Lei n. 200/67 - **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccIVIL\\_03/Decreto-Lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/Decreto-Lei/Del0200.htm)> Acesso em: 18 de abril de 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 53.464, de 21 de janeiro de 1964**. Regulamenta a Lei nº 4.119, de 27 de agosto de 1962, que dispõe sobre a profissão de psicólogo. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-53464-21-janeiro-1964-393504-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 de março de 2016.

CAMPANHOLE, A; CAMPANHOLE, H. L. **Profissões Regulamentadas: leis, decretos-leis, decretos e outros atos específicos / compilação dos textos, atualização e notas**. 6ª ed. São Paulo, Atlas, 1996.

CAMPOS, R. H. F., et al. **Funcionalismo no Brasil: Pioneiros**. In: MASSIMI, M. **História da Psicologia no Brasil do Século XX**. 1ª ed. São Paulo. EPU. 2004. P. 155-175.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed., São Paulo, Edit. Atlas, 2014.

CINTRA, A. C de A; GRINOVER, A. P.; Dinamarco, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 29ª ed. Edit. Malheiros, São Paulo, 2013.

CONCEIÇÃO, M. L. L. **Análises das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. In: WAMBIER, L. R; WAMBIER, T. A. A. **Temas Essenciais do novo CPC**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CONSELHO FEDERAL de PSICOLOGIA. Lei nº 4.119 de 27-08-1962 – Dispõe sobre os cursos de formação em Psicologia e regulamenta a profissão de Psicólogo. Disponível em: <[http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/lei\\_1962\\_4119.pdf](http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/lei_1962_4119.pdf)>. Acesso em: 25 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. **Atribuições do CFP**. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/cfp/sistema-conselhos/>>. Acesso em: 26 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. **Conheça o CFP**. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/cfp/conheca-o-cfp/>>. Acesso em: 04 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. **Código de Ética Profissional do Psicólogo**. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo-de-etica-psicologia.pdf>> Acesso em: 05 de abril de 2016.

CONSELHO REGIONAL de PSICOLOGIA de MINAS GERAIS. **Guia para o exercício profissional: psicologia: legislação, orientação, ética, compromisso social**. 4ª ed, rev. e ampl. Belo Horizonte, 2015.

\_\_\_\_\_. **Jornal da Psicologia**. Ano 29. N. 101. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.119 de 27/08/1962 Dispõe sobre os cursos de formação em Psicologia e regulamenta a profissão de Psicólogo**. Disponível em: <[http://www.crpmsg.org.br/GeraConteudo.asp?id\\_sub=77](http://www.crpmsg.org.br/GeraConteudo.asp?id_sub=77)>.\_ Acesso em: 25 de março de 2016.

CREPOP. **Conheça o CREPOP**. Disponível em: <<http://crepop.pol.org.br/novo/conheca-o-crepop>> Acesso em: 05 de abril de 2016.

FARIA, E. F. **Curso de direito administrativo positivo. Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03**. 6ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

FERREIRA, A. B. H. **Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa**. Coord. de edição. ANJOS, M. dos; et al. 4ª ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 2001.

GAIO Jr, A. P. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2013.

GONÇALVES, M. V. R. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 4ª ed. ver. e atual. São Paulo, Edit. Saraiva, 2014.

GUERRA FILHO, W. S. **Teoria Processual da Constituição**. 3ª ed. São Paulo, Edit, RCS, 2007.

JESUS, D. E. **Código de processo penal anotado**. 20ª ed. atual. São Paulo, Saraiva, 2003.

LEI COMPLEMENTAR 59 de 18 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=59&comp=&ano=2001&texto=consolidado>  
Acesso em: 20 de maio de 2016.

MARINONI, L. G; ARENHART, S. C., MITIDIERO, D. **Novo código de processo civil comentado**. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

MARTINS, S. P. **Direito Processual do Trabalho**. 35ª ed. São Paulo, Atlas, 2014.

MEIRELLES, H. L.; ALEIXO, D. B.; BURLE FILHO, J. E. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª ed., São Paulo, Edit. Malheiros, 2014.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA de MINAS GERAIS. Resolução nº 367/2001 - **Regulamenta o Plano de Carreiras dos Servidores Efetivos dos Quadros de Pessoal da Secretaria do Tribunal de Justiça e da Justiça de 1ª Instância do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re03672001.PDF>> Acesso em: 18 de maio de 2016.

MIRABETE, J. F. M. **Processo Penal**. 15ª ed. rev. e atual. Atlas, São Paulo, 2003.

MONTENEGRO FILHO, M. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. vol. 1, 10ª ed. Atlas, São Paulo, 2014.

MORAES, A. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2ª ed. Edit. Atlas, São Paulo, 2003.

MORAES, G. P.. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2010.

MUELLER, F. L. **História da Psicologia: da Antiguidade aos dias de hoje**. 2ª ed. São Paulo. Companhia Editora Nacional. 1978.

NORONHA, E. M. **Curso de direito processual penal**. 21º ed. atual. São Paulo, Saraiva, 1992.

PASSOS, E. **Ética e Psicologia: teoria e prática**. 1ª ed., São Paulo, Edit. Vetor, 2007.

PEREIRA, F. M., & PEREIRA NETO, A. **O psicólogo no Brasil: notas sobre seu processo de profissionalização**. Psicologia em Estudo, vol. 8, nº 2, pág. 19-27.

2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v8n2/v8n2a02.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2016.

ROMARO, R. A. **Ética na Psicologia**. 3ª ed., Petrópolis, Edit. Vozes, 2009.

SAAD, E. G. **Direito Processual do Trabalho**. 3ªed. São Paulo, LTr, 2002.

SANTOS, E. F. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. vol. 1. 15ª ed. Saraiva, São Paulo, 2011.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. ver. atual. ampl. Edit. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª ed. rev. e atual. edit. Malheiros, 2013.

SILVA, L. C; Silva, F. R. A. **Direito processo penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2014.

THEODORO Jr, H. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento**. vol. 1. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum – vol.1**. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

WAMBIER, L. R; WAMBIER, T. A. A. **Temas Essenciais do novo CPC: análises das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

# **A FRAUDE DA PEJOTIZAÇÃO E SEUS EFEITOS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO**

Jacqueline Maria Ferreira Silva

## **RESUMO**

O presente artigo visa discorrer sobre o fenômeno da fraude da “pejotização” e seus efeitos frente à relação de emprego. Primeiramente, apresenta conceitos básicos sobre a relação de emprego, que visa ser afastada pela fraude em estudo. Uma análise minuciosa de cada requisito necessário para configuração da relação de emprego é feita para fins de evidenciar sua importância. Logo após, discorre sobre a pessoa jurídica, o instituto mais comentado do trabalho e também o foco onde se concentra a intitulação da fraude da “pejotização”. Em seguida conceitua o próprio fenômeno, objeto de estudo do presente trabalho, que consiste em obrigar o trabalhador a tornar-se pessoa jurídica para a sua contratação, na finalidade de desconstituir a relação emprego, mascarando como uma relação civil. Em seguida, se comenta sobre os principais efeitos causados pela fraude, traçando os pontos do benefício propiciado ao trabalhador, bem como seu malefício e quem mais se beneficia com a fraude. Após isso, são apresentados três princípios solucionadores de casos em que se faz presente o problema apresentado, conceituando cada um, apresentando suas peculiaridades e características.

**PALAVRAS-CHAVE:** RELAÇÃO DE EMPREGO. PESSOA JURÍDICA. FRAUDE DA “PEJOTIZAÇÃO”. PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS.

## **ABSTRACT**

The present article seeks to discourse on the phenomenon of the fraud of the "pejotização" and their effects front to the job relationship. Firstly, it presents basic concepts about the job relationship, that seeks to be moved away by the fraud in study. A meticulous analysis of each necessary requirement for configuration of the job relationship is made for ends of evidencing his importance. Therefore after, it talks about the legal entity, the more commented institute of the work and also the focus where ponders the name of the fraud of the "pejotização". Soon afterwards it considers the own phenomenon, object of study of the present work, that it consists of forcing the worker to turn yourself legal entity for their recruiting, in order deconstruct the job relationship, masquerading as a civil relationship. Soon afterwards, it is commented on the main effects caused by the fraud, drawing the points of the benefit propitiated the worker, as well as their harms and who more it benefits with to it swindles. After that, three principles solvers of cases are presented in that it is made present the presented considering each one, presenting their peculiarities and characteristics.

**KEYWORDS:** JOB RELATIONSHIP. LEGAL PERSON. "PEJOTIZAÇÃO" FRAUD. PRINCIPLE OF NON-WAIVER OF LABOR RIGHTS.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2</b>	<b>RELAÇÃO DE EMPREGO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO</b> .....	7
2.1	Requisitos da relação de emprego em comparação a relação de trabalho autônomo.....	8
<b>3</b>	<b>DA PESSOA JURÍDICA</b> .....	12
<b>4</b>	<b>FENÔMENO DA “PEJOTIZAÇÃO”</b> .....	14
4.1	Consequências da fraude da “pejotização” .....	16
<b>5</b>	<b>APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DOS DIREITOS TRABALHISTAS EM COMBATE À FRAUDE DA PEJOTIZAÇÃO</b> .....	19
5.1	Princípio da Proteção do Trabalhador .....	19
5.2	Princípio da Primazia da Realidade.....	21
5.3	Princípio da Irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas .....	22
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	25
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	26



## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem com a proposta de estudo sobre o fenômeno da fraude da “pejotização” e seus efeitos nas relações de emprego, tão comumente praticada no mercado de trabalho atual.

O objetivo do trabalho é apresentar uma comparação entre o trabalho autônomo e o trabalho subordinado e os principais efeitos, os benéficos e os maléficos, acarretados pela fraude da “pejotização”.

Serão feitas análises conceituais da relação de emprego, considerada a principal relação de trabalho existente, bem como a mais frágil tutelada pelo Direito do Trabalho. Sua semelhança com outras relações de emprego exige que seja traçado requisitos diferenciadores que são capazes de determinar o tipo de instituto legal a ampará-lo.

O instituto da Pessoa Jurídica são entes personalizados capazes de contrair direitos e obrigações, possuem capacidade de ser parte em uma demanda judicial, figurando tanto no polo ativo, quanto no polo passivo e são capazes de adquirir patrimônio próprio, o que constitui motivo pelo qual devem ser usadas para fins inteligentes e lícitos, que não contrarie a função social de entidade jurídica e as normas legais que o estabelecem.

A fraude da “pejotização” afasta o requisito da pessoa física do trabalhador, determinado pela própria lei, simulando contratos comerciais e afastando a aplicação das leis trabalhistas, tronando-os prestadores de serviços, sob promessa de salários mais altos e impostos mais brandos.

É sabido que o benefício oferecido é limitado. Pelo contrário, existe uma grande perda por traz. Não se aplica aos trabalhadores autônomos as garantias e direitos fundamentais asseguradas na consolidação das leis trabalhistas, bem como as normas protetivas e garantidoras da dignidade do trabalhador.

As normas trabalhistas são dotadas de princípios próprios que visam uma melhor aplicação da lei e que preenche as lacunas legais existentes. Em casos de fraude como a “pejotização”, não existe artigo que faça menção direta a tal pratica, a aplicação da norma legal por si só não basta para afasta-la, necessitando da aplicação dos princípios da proteção do trabalhador, da primazia da realidade e da irrenunciabilidade dos direitos para fundamentar as decisões que visam coibir esta pratica.

Através de análises doutrinárias, das leis e diversos artigos científicos publicados, uma ponderação pode ser deduzida sobre a problemática do trabalho.

## 2 RELAÇÃO DE EMPREGO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Dentre todos os tipos de relações de trabalho existentes em tempos atuais, o gênero mais comum é a relação de emprego. É um vínculo contratual que surge entre empregado e empregador, que possui características próprias, cumulativas e essenciais, não só para sua distinção das demais relações de trabalho, como também para produzir os efeitos jurídicos assegurados pela CLT.

Contratos de relações de empregos são dotados de atributos próprios, devido possuírem grandes semelhanças com contratos de prestação de serviços, sendo necessária análise minuciosa para individualizá-los.

Possui em equivalência a classificação quanto a sua natureza, tratando-se de: contratos bilaterais, que auferem vantagens para ambas às partes; oneroso, onde ocorre a venda da mão de obra em troca de pecúnia; consensual, só produzirá efeitos após o consentimento das partes; e por fim solene, não é obrigatório o uso de formalidade, podem ser pactuados sob a forma escrita ou oral.

Volia Bomfim define que “a relação de emprego se assemelha à prestação de serviços, pois o que é contratado é o serviço e não o produto final” (CASSAR. 2008. p. 261). O que importa em ambos os contratos é a atividade meio.

O instituto regulamentador dos contratos citados é diferenciado, um contrato de trabalho que versa sobre a relação de emprego, será amparado pelas vertentes da Consolidação das Normas Trabalhistas, normas de ordem pública que impõe limites e obrigações para a composição das cláusulas contratuais. Já um contrato de prestação de serviço será aplicado, residualmente, nas normas regulamentadas em capítulo próprio no Código Civil de 2002, referentes a estes tipos contratuais.

A CLT estabelece os requisitos da relação de emprego no artigo 3º, preconizando que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” (Lei 5.452/43).

Trata-se de uma relação de emprego a prestação de serviço feita por pessoa física, de forma contínua ou não eventual, com pessoalidade, de forma subordinada à outra pessoa e sob a promessa de salário.

Alice Monteiro ressalta que “não é, portanto, qualquer relação de trabalho que atrai a aplicação do direito, mas aqueles dotados de configurações específicas [...]” (MONTEIRO. 2011. p. 173). Existem diversas formas de relação de trabalho, cuja aplicação das mesmas normas não seria tão eficaz.

## 2.1 Requisitos da relação de emprego em comparação a relação de trabalho autônomo

Faz-se necessário, para o entendimento do fenômeno da fraude da “pejotização”, considerar as definições dos requisitos tão almejados pela CLT, comparando-os com a prestação de serviços.

O primeiro requisito da relação de emprego é o trabalhador ser pessoa física. Maria Helena Diniz define as pessoas naturais como sendo todo “ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações” (DINIZ. 2010. p. 137). São aqueles dotados de personalidade jurídica, adquiridos a partir do seu nascimento com vida.

Um contrato de relação de emprego só pode ser firmado por empregados que sejam pessoas físicas. Maurício Godinho o justifica alegando que:

[...] os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc.) importam a pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. (DELGADO. 2012. p. 284).

Na mesma linha de pensamentos, segue Amauri Mascaro, ao preconizar:

[...]pessoas jurídicas jamais poderá executar o próprio trabalho, fazendo-o por meio de pessoas físicas, o direito do trabalho em si protege o trabalhador como ser humano e o trabalho desenvolvido da própria força (NASCIMENTO. 2011. p. 641).

Não seria possível aplicar às pessoas jurídicas as leis que estabelecem o salário mínimo, a duração da jornada de trabalho, férias, abonos inerentes aos riscos da profissão.

Pessoas jurídicas são as “entidades a que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações.” (GONÇALVES. 2012. P. 216). Todavia a regra imposta pela CLT não abrange os empregadores, estes podem ser pessoas jurídicas ou pessoas físicas, desde que se enquadre nas definições do artigo 2º, que estabelece:

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

A fraude da “pejotização” se concentra nesta linha de pensamento. Tomadores de serviços vêm obrigando seus trabalhadores a constituir pessoa jurídica para afastar o vínculo da relação de emprego com objetivo de burlar as leis trabalhistas, oferecendo maiores vantagens econômicas no contrato, violando um dos maiores princípios trabalhistas, o da irrenunciabilidade dos direitos.

Contratos de prestação de serviços podem ser pactuados com pessoas jurídicas ou com pessoas físicas, não há uma regra específica que o limita. No cenário atual existe o problema dos contratos de trabalhos revestidos de contratos de prestação de serviço, são chamados de “falsos autônomos”.

O segundo requisito é a não eventualidade do labor prestador. A não eventualidade deriva do princípio da continuidade da relação de emprego, um benefício em razão do empregado. Exige-se que o empregado preste serviços continuamente e permanentemente ao seu empregador.

O conceito de eventualidade causa diversos conflitos doutrinários. Vólia Bomfim determina que a análise da eventualidade deve ser feita em relação ao tipo de serviço prestado, ou seja, se o empregador necessita constantemente da mão de obra do trabalhador para a produção de empreendimento (CASSAR. 2008. p. 278).

É um pressuposto temporal. A definição advém de análises subjetivas a cada caso, o trabalhador eventual “não é somente o instantâneo em si, mas o instantâneo-esporádico, cujo nexos se extrai da natureza e das finalidades da atividade empresária.” (VILHENA. 2005. p. 405). A continuidade deve advir da imprescindibilidade permanente da produção resultante do trabalho, independentemente de quantas vezes se dá a sua realização, ao contrário dos trabalhos incidentais, considerados os verdadeiros trabalhos eventuais.

O terceiro requisito a ser analisado é a pessoalidade do trabalhador. O vínculo empregatício possui caráter pessoal, o trabalhador não poderá ser substituído por outra pessoa por vontade própria, exceto por interesse do empregador, que em virtude de fato alheio - suspensão ou interrupção do contrato de trabalho - contrata outro trabalhador provisoriamente para prestar o mesmo serviço.

Trata-se de um contrato infungível quanto à pessoa que realizará o trabalho. Entende-se que o empregado é contratado pelas suas qualificações pessoais, o tomador de serviços deposita certa confiança no empregado, entendendo ser competente para sua realização.

A pessoalidade contratual deve estar presente no início do contrato até a sua extinção. Os efeitos da extinção do contrato são personalíssimos. Verifica-se que “sendo personalíssimos, eles não se transmitem para herdeiros e sucessores.” (DELGADO. 2011. p. 286). Em casos de morte do trabalhador, extingue-se o contrato de trabalho e cessa seus efeitos jurídicos produzidos.

A regra da pessoalidade é válida apenas para a parte do trabalhador, não alcançando o empregador. As normas trabalhistas devem ser interpretadas em favor dos trabalhadores, considerada a parte mais fraca da relação. É de interesse do Estado a continuação do contrato

de trabalho por tempo indeterminado, o que faz com que prevaleça “as diretrizes da despersonalização da figura do empregador.” (DELGADO. 2011. p. 286). A figura do tomador de serviço pode ser substituída constantemente, permite-se tal alteração contratual, facilitando as sucessões empresariais.

Nos contratos de prestação de serviços, a pessoalidade vai derivar do tipo de contrato firmado. Os contratos poderão ser fungíveis, ou seja, a pessoa que prestará os serviços pactuados, não necessariamente deverá ser a mesma com quem se realizou o contrato, comportando apenas a obrigatoriedade da sua realização. Pode ser infungível quanto à pessoa, devido uma peculiaridade inerente a este, o tomador de serviço exige a pessoalidade durante o cumprimento contratual.

O quarto requisito é a onerosidade. Trata-se de uma característica capitalista onde ocorre a venda da mão de obra por uma prestação pecuniária. Em relação trabalhista ele assume diversas formas, constituído de diversas parcelas a serem pagas ao empregado mensalmente, em quinzena ou semanalmente, conforme estipulado em contrato. São dotados de diversas proteções e garantias estabelecidas nas normas trabalhistas.

A criação da figura do salário-mínimo como um padrão mínimo e unificado a ser seguido pelos contratos de trabalho é uma garantia constitucional, que afasta qualquer possibilidade de abuso por parte do empregador. Responsabilizando-se pelo equilíbrio entre a intensidade do trabalho realizado, as horas trabalhadas e a contraprestação pecuniária.

Vigora no direito trabalhista o princípio da irredutibilidade salarial, assegurado pela própria constituição, no artigo 7º, VI. Vólia Bonfim interpreta a intangibilidade como sendo “a proteção do salário contra descontos não previstos em lei” (CASSAR. 2008. P. 204). A lei assegura que pelo menos 30% do salário será pago em dinheiro, previsto no artigo 82, parágrafo único da CLT.

Em contratos de prestação de serviço, a contraprestação recebe o título de honorários. Trata-se de um contrato solene, onde as partes se encontram livres para pactuarem as condições contratuais, não ficando adstrita a limitações.

A “pejotização”, no que tange a onerosidade do contrato de emprego, beneficia em até certo limite o empregado, ao contrário do empregador, que contrai regalias no início do contrato até a sua extinção.

O tomador de serviço suporta menos encargos sobre um contrato de prestação de serviço e principalmente não é obrigado a contribuir com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. O empregado passa a receber mais por não haver os encargos sobre sua folha de

pagamento, paga impostos como pessoa jurídica e em contra partida não possui qualquer garantia estabelecida no fim do contrato ou durante sua vigência.

O quinto e último requisito é subordinação contratual. Nos conceitos doutrinários, a subordinação representa o dever do empregado de se submeter às regras referentes à forma de prestação de serviço ao empregador. Trata de uma “sujeição ao poder de outros, às ordens de terceiros, assumem uma posição de dependência” (NASCIMENTO. 1976. p. 351). O empregado não se encontra livre para realizar suas tarefas da forma como bem entender ou quando bem entender.

A subordinação está ligada à ideia de direção, quem detêm a coordenação empresarial da produção do serviço. Trata-se de uma das principais características que diferencia o vínculo de emprego de um contrato de prestação de serviço.

Em contratos de prestação de serviço inexistem qualquer suposição de hierarquia, são sujeitos dotados de deveres e obrigações, vinculados apenas por um contrato, visto na mesma linha de igualdade.

Essa posição de subordinação beneficia ao empregado, que não irá assumir os riscos do negócio. A empresa que não atingir o lucro almejado não deverá descontar nos salários de seus empregados para suprir os desfalques gerados pela baixa demanda do serviço. Não constitui por si só motivo suficiente para que um empregado, constituído pela relação de emprego, receba menos do que foi pactuado em seu contrato de trabalho.

Em contratos de prestação de serviço, cada um assume os riscos inerentes ao próprio negócio, respondendo apenas por eventuais perdas e danos relacionados ao serviço prestado.

### 3 DA PESSOA JURÍDICA

Para melhor entendimento, faz-se necessário traçar conceitos relacionados aos sujeitos dotados de personalidade jurídica, tão citada no presente artigo.

O ordenamento legal brasileiro conferiu para os homens a capacidade de serem sujeitos em relações jurídicas, permitindo-lhes que contraíssem direitos e obrigações, todavia não sendo uma faculdade exclusiva.

O homem é um ser eminentemente social, são capazes de unir esforços para atingir objetivos comuns ou de interesse da sociedade. Diante disto surge a necessidade de personalização destes grupos, a “[...] equiparação à própria pessoa humana, certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais.” (PEREIRA. 2006. p 297). Para que possam ser sujeitos capazes de contrair direitos e obrigações e assim praticar atividades jurídicas em nome próprio e individualmente.

Pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônio, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeitos de direitos e obrigações (DINIZ. 2012. p. 264).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald nos asseveram que não devemos atrelar a personalidade jurídica apenas como um estado concedido a determinados entes para que possam figurar em obrigações, ao indagar que:

É bem verdade que, historicamente, a personalidade jurídica foi compreendida, tão somente, como uma aptidão genérica reconhecida a todo e qualquer pessoa para que possa titularizar relações jurídicas. Ou seja, a personalidade jurídica sempre foi vista apenas como um atributo genérico reconhecido a uma pessoa para que viesse a ser admitido como sujeito de direitos (FARIAS; ROSENVALD. 2011. p 114).

A compreensão da personalidade jurídica vai além de sujeitos de direitos e obrigações. Não são todos os agrupamentos de pessoas ou patrimônios que são considerados pessoas jurídicas. É comum às sociedades, em sua maioria, pela ausência de fiscalização, atuarem de forma irregular, sem o devido registro no órgão competente e que, mesmo assim, firmam negócios jurídicos e podem ser demandadas judicialmente. Existem os chamados entes “despersonalizados”, reconhecidos por lei, que também possuem aptidão para figurarem tanto no polo ativo quanto no polo passivo de uma obrigação jurídica.

Eis que surgem três requisitos indispensáveis para a sua formação: a vontade humana em criar; propósitos ou fins lícitos; e capacidade reconhecida por norma (PEREIRA. 2006. p

298). Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona os denominam como pressupostos existenciais da pessoa jurídica (GAGLIANO. FILHO. 2014. p 206).

A vontade humana na criação de uma pessoa jurídica é imprescindível, pois “não se pode conceber, no campo do direito privado, a formação de uma pessoa jurídica por simples imposição estatal, em prejuízo da autonomia negocial e da livre iniciativa (GAGLIANO; FILHO. 2014. p 206)”.

Da mesma forma que pessoas naturais, para exercerem seus direitos e obrigações, devem estar em conformidade com a lei que lhe concede capacidade, as pessoas jurídicas devem estar em plenos moldes legais para obterem a personalidade e, conseqüentemente, a capacidade.

Caio Mário discorre sobre a imprescindível presença na intenção dos fins lícitos na criação da pessoa jurídica, preconizando que:

A liceidade nos propósitos é imprescindível para a vida do novo ente, pois não se compreende que a ordem jurídica vá franquear a formação de uma entidade, cuja existência é a projeção de uma vontade humana investido de poder criado pela ordem legal, atuar e processo em descompasso com o direito que lhe possibilitou o surgimento (PEREIRA. 2006. p 299).

As atribuições caracterizadoras da pessoa jurídica, vão além de meros sujeitos de direitos e obrigações. Cristiano e Nelson nos resalta delas expondo:

A pessoa jurídica, regularmente constituída e personificada, conta com os seguintes caracteres:

- i) personalidade jurídica distinta de seus instituidores, adquiridas a partir do registro de seus estatutos;
- ii) patrimônio também distinto de seus membros (exceto em casos excepcionais, como a fraude ou o abuso de direito, configurando a chamada desconsideração da personalidade jurídica).
- iii) existência jurídica diversa de seus integrantes (é apresentada por eles, não se confundido a personalidade de cada um);
- iv) não podem exercer atos privativos de pessoas naturais, em razão de sua estrutura biopsicológica ;
- v) podem ser sujeitos ativos ou passivos em atos civis ou criminais.

(FARIAS. ROSENVALD. 2011.p 375 e 376).

As pessoas jurídicas são possuidoras de personalidade única, o que as capacitam de figurar em relações jurídicas em nome próprio, bem como possuir patrimônio exclusivo, evitando qualquer confusão com os dos sócios que o compõe.

#### 4 FENÔMENO DA “PEJOTIZAÇÃO”

A “pejotização” possui o neologismo com a sigla PJ, usada para a expressão pessoa jurídica (SANTOS. 2008.p. 69). É constituída pelo significado da transformação do trabalhador pessoa física em pessoa jurídica. O tomador de serviço o impõe como condição para a contratação ou permanência no emprego, na intenção eminente de afastar a relação de emprego e conseqüentemente as proteções e garantias advindas desta.

Os trabalhadores são convencidos a se sujeitarem a tal situação sob a promessa de aumento da remuneração compensatório, pois não há mais que suportar a pesada carga tributária sobre o contrato de trabalho. Em outras situações concordam com a fraude por simples zelo do trabalho.

Claudia Pereira, em suas palavras, caracteriza a “pejotização”:

É uma arbitrariedade imposta ao empregado a imprescindibilidade da “pejotização”, violando explicitamente a finalidade da lei, que foi protegê-lo de possíveis desrespeitos a relação laboral. E esse desrespeito tem por escopo a busca por maiores lucros, preterindo-se direitos mínimos ao trabalhador. (MAGALHÃES. 2014. p 92)

Ronaldo Lima alerta sobre sua presença em diversos setores econômicos, ao expor:

[...] a “pejotização” encontra-se presente em diversos setores econômicos e ramos de atividade, há alguns setores emblemáticos, nos quais esse procedimento fraudulento encontra-se amplamente empregado, como nas áreas hospitalar, de informática, indústria de entretenimento e de veículos de comunicação. Nas mais diversas empresas de comunicação, tornou-se a tônica a contratação de jornalistas, apresentadores de TV, artistas, por meio de empresas individuais abertas somente para a apresentação dos respectivos serviços. (SANTOS. 2008. p. 69)

Tem-se tornado cada vez mais comum essa modalidade de fraude, no qual sua existência é reconhecida pelos tribunais, evidente pelo crescente número de julgados na primeira e segunda instância que discutem o reconhecimento do vínculo empregatício. Em sua maioria, os tribunais vêm proferindo decisões de procedência e em repúdio à fraude aplica-lhe o disposto artigo 9º da CLT, que dispõe:

“Art. 9º. São nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir, ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

As normas do Direito do Trabalho são consideradas de interesse social, imperativas e inafastáveis pelas partes, ainda que de direito privado (CARRION. 2010. p. 98). Aplicam-se

os efeitos da nulidade, pois lhe é permitido o reconhecimento a qualquer tempo, de ofício pelo juiz, desde que dentro do prazo prescricional de cinco anos.

Baseando-se em tais conhecimentos, tribunais reconhecem a nulidades dos contratos de prestação de serviços firmados, a existência do vínculo empregatício e condena as empresas contratantes a pagarem as verbas indenizatórias percebidas em um contrato de relação de emprego.

Todavia não são todas as situações de contratação de pessoa jurídicas que são reconhecidas como fraudulentas e ilegais, pelo contrário, são permitidas por lei. A fraude da “pejotização” se viabilizou com o advento da lei 11.196./2005, que institui sobre o regime especial de tributação para a plataforma de serviços de tecnologia da informação, em seu artigo 129, expõe:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002- Códigos Civil.

Permite-se para trabalho de cunho intelectual, científico, artístico ou cultural, a constituição de pessoa física por parte do trabalhador, somente para fins fiscais e previdenciários.

Diante da situação que surge desta norma legal vigente, Eduardo Soares defende em sua tese de graduação, a existência de duas correntes “acerca da viabilidade e da legalidade da ‘pejotização’” (FILHO. 2009. p 5).

A primeira corrente ressalta o pressuposto adotado pela legislação trabalhista, a hipossuficiência do trabalhador, independente de qualquer influência que o mesmo possa ter rente ao seu empregador. É indispensável aplicação da CLT e o tratamento igualitário para trabalhos intelectuais, manuais e técnicos. Mesmo que exista uma negociação por vontades das partes, com a anuência do empregado, não será dispensada a aplicação do direito trabalhista (SANTOS. 2008. p. 69).

A segunda corrente, ressaltada por Eduardo Soares, defende que os trabalhos intelectuais, científicos, artísticos ou culturais suprimem a posição de hipossuficiência dos trabalhadores. O artigo 129 da lei mencionada se trata de uma vantagem, compensadora dos benefícios trabalhistas, que seriam captados em uma relação de emprego. Por fim propicia ao trabalhador o poder de escolha sobre qual instituto legal irá ampará-lo.

O artigo ora em análise é “interpretado de maneira equivocada, uma vez que a pessoa jurídica deveria ser usada em face de prestações de serviço não habituais e/ou sem subordinação, na finalidade apenas de suprimir demanda de caráter transitório” (MARCONDES; AKIYAMA. 2015. p. 5).

#### 4.1 Consequências da fraude da “pejotização”

A substituição do trabalhador de carteira assinada pelo prestador de serviço gera uma série de consequências, na maior parte delas gravosa ao trabalhador no que tange aos benefícios e garantias asseguradas pela legislação trabalhista e pela própria constituição, pois é certo que enquanto revestido na forma de pessoa jurídica não terá acesso aos direitos tutelados, levando o trabalhador a uma insegurança jurídica.

Contudo, o principal prejuízo que é causado aos trabalhadores, é com relação à proteção dos direitos que versam sobre o labor, como as férias anuais remuneradas, remuneração pelo tempo em que permanece inerte para fins de recuperação causados por acidentes de trabalho, salário como limite mínimo estabelecido, proteção à vida, saúde, à integridade física.

Trabalhadores que assumem a condição de empresário individual, que usam da própria e única força laboral para garantir o lucro, em casos de acidente não lhe são assistidos os direitos de reclamar indenização na justiça trabalhista, sendo viáveis demandas ajuizadas em vias ordinárias.

Irineu Antônio define o trabalhador autônomo como

[...] pequeno empresário, assumindo os riscos do trabalho que exerce, pessoal e diretamente, que é chefe de si mesmo, sem vínculo empregatício, sem subordinação a empregador, justamente o que caracteriza a diferença com empregado. (PEDROTTI. 1986. p 32).

Aqueles que prestam serviços que, por natureza, não contém qualquer dos requisitos do vínculo empregatício não receberá os benefícios, pois a “tutela acidentária só atinge o contrato de trabalho subordinado e cuja atividade laboral seja um serviço de natureza permanente” (OLIVEIRA. 1997. p 13).

Camila Carpes ressalta que “a sonegação fiscal, decorrente da prática da “pejotização”, atinge a todos os beneficiários da Previdência Social, pois o recolhimento advindo de trabalhadores que atuam sob a forma de pessoas jurídicas é menor do que dos trabalhadores que operam através do regime celetista” (CARPES. 2011. p. 11).

Eduardo Soares e Luiz Otávio ressaltam que os trabalhadores “pejotizados” “não estão protegidos por normas sobre limitação da jornada de trabalho, salário mínimo, períodos de férias e repouso, garantias contra dispensas imotivadas, segurança e medicina do trabalho, dentre outras.” (RENAULT; FILHO. 2009. p 6).

Camila Carpez segue na mesma linha de pensamento, preconizando:

Nota-se que os trabalhadores que são contratados como pessoas jurídicas estão despidos de seus direitos mais fundamentais. Estes trabalhadores não estão protegidos pelas normas que regulamentam a jornada de trabalho, as férias, o salário mínimo, a segurança do trabalho etc. (CARPEZ. 2011. p 13).

O trabalhador que constitui pessoa jurídica para prestar serviços laborais renuncia a todos os direitos trabalhistas, incluindo aqueles de cunho público, considerados inderrogáveis e irrenunciáveis.

Conceitualmente a “pejotização” assume uma forma benéfica para as partes. Pode até gerar regalias de imediato, mas não em longo prazo. O trabalhador sentirá seus efeitos principalmente no fim do contrato do trabalho, que poderá ocorrer em qualquer momento e sem justificativas plausíveis, ainda mais em contratos de prestação de serviços, cujo limite de duração é de quatro anos, no máximo.

Ainda existirá arbitrariedade por parte de quem detém o poder econômico, o trabalhador se verá obrigado a aceitar as cláusulas contratuais impostas, o preço oferecido pela mão de obra e comportando-se como um empregado subordinado.

Gyanna Lys discorre sobre a prática comum dos trabalhadores “pejotizados”, preconizando:

É comum, inclusive, que neste tipo de fraude o empregador trabalhe na sede da empresa tomadora ou em estabelecimento suportado por aquela. Em diversos casos o trabalhador é, ainda, obrigado a pactuar cláusulas de exclusividade com o suposto tomador dos serviços, ficando, assim, proibido de estabelecer negócios com outros clientes. (DUARTE. 2014. p 16).

O trabalhador, mesmo constituído na pessoa jurídica, continuará a receber o mesmo tratamento como subordinado, com a mesma obrigatoriedade de bater ponto registrando as horas de entrada e saída no local de trabalho.

Outras peculiaridades dos efeitos da “pejotização” é que os trabalhadores poderão se submeter a jornadas exaustivas, pois não possui a limitação da jornada diária de oito horas, estabelecidas nas normas trabalhistas. Poderão encontrar dificuldades de sindicalização, “afastando-o, assim, dos meios essenciais para a tutela e reivindicação de seus direitos.” (DUARTE. 2014. p 17).

Attila Magno e Juliani Veronezi trazem o fato do prejuízo da “pejotização” se estenderem a terceiros estranhos a relação, explanando que:

[...] não apenas a classe trabalhadora perde com a “pejotização”, pois tal uso também causa concorrência desleal com as empresas que atuam na legalidade e que assumem os riscos inerentes à sua atividade econômica. A empresa que faz uso da “pejotização” aumenta arbitrariamente seus lucros usando de meios escusos, como a sonegação de impostos e o não pagamento de direitos trabalhistas. (BARBOSA; ORBEM. 2015. p 14)

Tornar-se um empresário individual também possui seus benefícios. O trabalhador será o fiscal dos próprios horários, decidirá quando entrar de férias e não quando for oportuno com prévia autorização, pagará impostos como pessoa jurídica, escolherá qual o valor a ser atribuído à sua mão de obra.

Observam-se diversos programas de incentivos aos trabalhadores para se tornarem autônomos veiculados pela mídia, bem como o cerceamento da burocracia para constituir CNPJ.

Marcela de Azevedo questiona as peculiaridades da atividade empresarial, ao indagar:

(...) a atividade empresarial requer habilidades peculiares e multifacetadas, como capacidade de se relacionar com um mercado volátil, percepção das transformações e das mercadorias em alta ou em baixa, capacidade de negociar com fornecedores, aptidão e sabedoria gerenciais, entre outras habilidades (BUSSINGER. p. 143).

Na maioria das vezes o trabalhador demonstra um grande domínio do conhecimento na área em que atua, provando ser extremamente eficiente, contudo se revelam incapazes de administrar e conduzir seu próprio negócio, justamente por demandarem uma série de estratégias, habilidade especial e sabedoria sobre o poder de direção.

A substituição do empregado de carteira assinada pelo prestador de serviços gera efeitos vantajosos ao empregador, que não será obrigado a suportar os altos encargos trabalhistas gerados pelo contrato de trabalho, bem como as despesas relacionadas à manutenção do trabalho.

## 5 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DOS DIREITOS TRABALHISTAS EM COMBATE À FRAUDE DA PEJOTIZAÇÃO

Em determinados fatos jurídicos, a mera existência de normas proibitivas ou coercitivas não são suficientes para garantirem sua aplicação eficaz. Torna-se primordial a sua complementação com princípios, seja na função de fundamentadoras normativas ou interpretativa da norma.

A ilicitude da “pejotização” se justifica principalmente na fundamentação de certos princípios e se complementa com a aplicação da norma que repudia genericamente qualquer tipo de fraude existente nas relações de trabalho.

Destacam-se os princípios usados em combate à fraude da “pejotização”, objetos de análise a seguir, que são: princípio da proteção do trabalhador; princípio da primazia da realidade e princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

### 5.1 Princípio da Proteção do Trabalhador

O princípio da proteção do trabalhador “tem por objeto criar uma norma mais favorável ao trabalhador, procurando assim compensar as desigualdades econômicas e sua fraqueza diante do empregador (RUPRECHT. 1995. p. 9)”. O direito do trabalho em si, comporta uma série de normas, regras, institutos, princípios e entendimentos próprios que juntos formam uma barreira de proteção ao trabalhador, a parte mais delicada da relação em questão.

O princípio da proteção é polemizado por, aparentemente, violar o princípio constitucional da igualdade, ao priorizar um das partes da relação de trabalho. Contudo, a real intenção do legislador ao adotá-lo como um dos princípios individuais da CLT, é a busca do equilíbrio da relação entre empregado e empregador ao estabelecer, em sua maior parte, proteção para aquele que presumidamente é a parte hipossuficiente da relação. Pode-se dizer que a CLT busca a igualdade material ao tratar os desiguais na medida de sua desigualdade.

Alfredo nos adverte que:

Não se deve ser dado um alcance excessivo ao princípio protetor, no sentido de que todo o Direito do Trabalho, protege o trabalhador. Entre suas normas figuram algumas que também lhe impõe e outorgas direitos aos empregadores, embora, evidentemente, na sua maioria, tendem a proteger os trabalhadores (RUPRECHT. 1995. p. 9).

As normas contidas na CLT não são compostas apenas de direitos inerentes aos trabalhadores, mas também por obrigações a serem seguidas por estes. Segundo Maurício Godinho, “parte importante da doutrina aponta este princípio como cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda estrutura e característica próprias desse ramo jurídico especializado. (DELGADO. 2012. p 193)”. Aplica-se, tanto no direito do trabalho individual, quanto no coletivo.

Para Vólia Bomfim:

O princípio da proteção ao trabalhador esta caracterizado pela intensa intervenção estatal brasileira nas relações entre empregado e empregador, o que limita, em muito, a autonomia da vontade das partes. Desta forma, o Estado legisla e impõe regras mínimas que devem ser observadas pelos agentes sociais. Estas formarão a estrutura basilar de todo contrato de emprego (CASSAR. 2012. p 182).

As críticas que são atribuídas a este princípio são pautadas na ideia de “burocratização da economia, grava a produção, mata o incentivo individual e impõe a imparcialidade do Estado, impondo a obrigação de proteção do mais fraco” (RUPRECHT. 1995. p 11). A adoção deste princípio como base para a construção dos direitos individuais trabalhistas no Brasil é resultado de uma evolução histórica, que se inicia no tempo da escravidão. Trabalhadores eram vistos e tratados como objetos, ocorria uma exploração abusiva da mão de obra por quem detinha a capacidade econômica.

Dada a sua importância, as doutrinas trabalhistas defendem a sua divisão em três importantes dimensões: no princípio da norma mais favorável, princípio da condição mais benéfica ou vantajosa ao trabalhador e no princípio “in dubio pro operário”.

Vólia Bomfim afirma não existir um consenso doutrinário entre as teorias de que o princípio protetor é gênero, no qual emanam todos os outros princípios individuais trabalhistas, ou se é gênero que comporta apenas os três princípios citados (CASSAR. 2012. 187).

A evolução do direito do trabalho não foi capaz de provocar o decaimento do princípio da proteção, pois muito se vê a continua e incessante tentativa de burlar os direitos relativos ao labor, seja com ou sem o consentimento do trabalhador. Houve apenas mudanças na sua forma de aplicação na medida em que os legisladores e as convenções do direito do trabalho preenchiem as lacunas existentes na lei do trabalho, tornando-a menos dispersas. Alfredo nos relata que “este princípio não deve ser aplicado só, isoladamente, mas deve ser conjugado com um critério de adequação social. Deve-se levar em conta não apenas o indivíduo, mas considerar o ponto de vista social” (RUPRECHT. 1995. p 13). O princípio será aplicado em

adequação à atual realidade, levando em conta os diversos fatos que o moldam, como o interesse econômico e social.

## 5.2 Princípio da Primazia da Realidade

O princípio da primazia da realidade ou do contrato realidade (DELGADO. 2012. p 202) consiste no dever de busca da verdade real pelo juiz, sua análise dever ir para além do que está escrito no contrato de trabalho celebrado. Esclarece Américo Plá que em matéria de trabalho o que importa é o que ocorre na prática diária do trabalhador, bem mais do que consta nos documentos ou do que as partes haviam pactuado solenemente ou expressamente (RODRIGUEZ. 2000. p 147).

Alice Monteiro propõe a explicação de que o princípio em análise “significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma que se realizou a prestação de serviço, pouco importando o nome que lhe foi atribuído pelas partes”. (BARROS. 2011. p 146).

A discrepância entre a forma contratual e a realidade pode ocorrer de mero erro. Ou seja, pode ocorrer pela inequívoca inserção de dados errôneos do trabalhador, pela falta de atualização do contrato de trabalho na medida em que novas condições são estabelecidas, pela falta de atualização dos dados pessoais do trabalhador ou pela falta de cumprimento de requisitos formais estabelecidos (RODRIGUES. 2000. p 147).

O díspar contratual e realidade também podem ocorrer da vontade deliberada de fingir ou simular situações jurídicas. É mais comum em contratos de trabalho ocorrerem simulações relativas, onde o contrato real é dissimulado e criam-se contratos fictos diversos, raramente ocorrem as simulações absolutas, onde existe um contrato formal, e na realidade não há trabalhador prestando o serviço pactuado (RODRIGUES. 2000. p 147).

O princípio ora em análise é de cunho protetivo ao trabalhador, se aplica independentemente de haver intenção de fraude, mero erro ou se houve concordância do trabalhador. Vólia Bomfim nos assevera sobre sua característica e o motivo de sua aplicação rigorosa, expondo:

O princípio da primazia da realidade destina-se a proteger o trabalhador, já que seu empregador poderia, com relativa facilidade, obrigá-lo a assinar documentos contrários aos fatos e aos seus interesses. Ante o estado de sujeição permanente que o empregado se encontra durante o contrato de trabalho, algumas vezes submete-se as ordens do empregador, mesmo que contra sua vontade. (CASSAR. 2012. p 201).

O texto contratual não deve ser interpretado como uma verdade universal. Um trabalhador que preze seu emprego se submeterá as ordens que lhe serão dadas, não lhe importando, na maioria das vezes, se possuem previsão contratual ou não.

Na mesma linha de pensamento segue Maurício Godinho, que ressalta a importância do princípio referido na proteção do trabalhador, explanando:

O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista. Não deve, contudo, ser brandido unilateralmente pelo operador jurídico. Desde que a forma não seja da essência do ato (ilustrativamente, documento escrito para a quitação ou instrumento escrito para contrato temporário), o interprete e aplicador do Direito deve investigar e aferir se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática concreta efetivada entre as partes, ainda que não seguida estritamente a conduta especificada pela legislação. (DELGADO. 2012. p 203)

Sua aplicação é de extrema importância para combate à fraude da “pejotização” por possuir a capacidade de descaracterização de um contrato de trabalho subordinado revestido em contrato de direito cível ou comercial. Caberá ao aplicador da lei, encarregado de analisar o caso concreto, indagar sobre a real situação do trabalhador contatando e existência dos requisitos do artigo 2º e 3º da CLT e reconhecendo a existência do vínculo empregatício (BARROS. 2011. p 146).

### 5.3 Princípio da Irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas

As disposições legais impostas pelo Estado foram criadas para regular a vida do homem em sociedade, porém nada impede que acordos sejam estipulados substituindo-as, em razão da autonomia de vontades, desde que respeite as normas já existentes e os acordos não impliquem em prejuízo para uma das partes (RUPRECHT. 1995. p 29).

A Consolidação das leis do trabalho é composta por normas que atingem o interesse coletivo, que comportam a estrutura de normas de ordem pública e por consequência tornam-se indisponíveis e inderrogáveis (RUPRECHT. 1995. p 29).

A renúncia “é o ato unilateral da parte, através do qual ela se despoja de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiária pela renúncia” (DELGADO. 2012. p 210).

A sua ocorrência é permitida pela legislação trabalhista, pode se dar na forma expressa ou tácita, porém sua aplicabilidade é reduzida as normas de cunho privado, ou seja, devem

versar sobre direitos patrimoniais disponíveis (CASSAR. 2012. p 221). Pois logo “não seria coerente que o ordenamento jurídico assegurasse ao empregado garantias mínimas e depois deixasse esses direitos subordinados à sua vontade ou à vontade do empregador.” (BARROS. 1997. p 89).

As normas trabalhistas são de ordem pública, mas não integram o direito público. O Estado considerou essa denominação apenas para limitar as partes em acordarem sobre a regulamentação da própria conduta de maneira diversa da estabelecida pelo legislador. Normas de ordem pública podem compor tanto o direito público, quanto o direito privado (RODRIGUEZ. 2000. p 63).

O motivo de sua aplicação reduzida é a perpétua tendência da legislação trabalhista em proteger os mais fracos economicamente, resultando em normas “em sua maior, imperativas, cogentes, limitando o Estado deliberadamente à autonomia de vontade.”. (BARROS. 2011- p 157).

Américo Plá discorre sobre a presença da autonomia de vontade nos contratos trabalhistas, explanando da seguinte forma:

A autonomia da vontade tem limitações específicas, próprias do Direito do Trabalho. Como é lógico, as limitações gerais do direito civil são aplicadas ao Direito do Trabalho, na medida em que a vontade das partes não pode, pelo contrato de trabalho, convenção coletiva ou contrato de seguro privado, ferir os bons costumes, as bases da ordem pública do Estado ou as normas proibitivas expressas que tendem a proteger situações de direito especiais. Mas o Direito do Trabalho - aventando outro fundamento a mais para o reconhecimento de sua especificidade ou autonomia - impõe restrições e limitações para a defesa de valores e bens jurídicos que lhe são próprios. (RODRIGUEZ. 2000. p. 66).

A principal característica da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas é a limitação na autonomia da vontade. A legislação permite a livre estipulação das disposições contratuais entre as partes interessadas, mas com a ressalva de que não contrarie norma fundamental trabalhista e deve haver o mútuo consentimento das partes, sob pena de nulidade.

Maurício Mascavo segue na mesma linha de raciocínio da maioria dos doutrinadores, sobre a função do princípio em análise, expondo:

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos pelo trabalhador tem a função de fortalecer a manutenção dos seus direitos com a substituição da vontade do trabalhador, exposta às fragilidades da sua posição perante o empregador, pela da lei, impeditiva e invalidante da sua alienação. (NASCIMENTO. 2011. p 455).

Alfredo se posiciona de modo diferente, mas defendendo a existência do princípio, com a ressalva de que nem todos os direitos são considerados irrenunciáveis, ao expor:

Pode-se, portanto, assinalar que o princípio da irrenunciabilidade é o remédio jurídico que o trabalhador, em determinadas situações e casos, pode utilizar para anular uma renúncia que tenha feito de certos benefícios ou direitos. Nem todos os direitos são irrenunciáveis, tanto em sua existência como em sua extensão. (RUPRECHT. 1995. p 32).

Na fraude da “pejotização”, o trabalhador renuncia a todas as garantias e benefícios assegurados nas normas trabalhistas, abre mão do amparo do direito do trabalho e se submete às disposições do direito civil. O que é considerado ilícito, como observado anteriormente, pois abre mão de todos os direitos sem exceção, inclusive daqueles de ordem pública, considerados indisponíveis, não passíveis de qualquer tipo de renúncia.

A irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas complementa o princípio da primazia da realidade, juntos formam um poderoso garantidor da aplicabilidade dos direitos trabalhistas nos casos concretos e fundamentam decisões que afastam eventuais fraudes e abusos de direitos no âmbito trabalhista.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem se adequou ao sistema capitalista ao vender sua mão de obra para sua própria sobrevivência em sociedade. Diante disso nasce a relação mais frágil e dotada de desigualdade econômica: empregado e empregador.

De um lado se encontra o empregador, detentor do poder econômico, cujo interesse é voltado para o aumento de produção, majoração dos lucros e acesso a mão de obra barata.

Por outro lado tem-se o empregado, que por sua força laboral, busca melhores condições de vida, uma convivência digna em sociedade. Diante de tal necessidade, coloca-se em situação de completa inferioridade, tornando-o vulnerável aos mais poderosos.

Sob a ótica desse problema social, criou-se as normas das consolidações dos direitos trabalhistas. Buscando a igualdade formal, ela protege os trabalhadores estabelecendo direitos mínimos para a dignidade dos trabalhadores e impõe regras e obrigações a serem observadas por empresas que visam a contratação de trabalhadores.

Diante das lacunas legais, o homem encontrou diversas formas de burlar as normas trabalhistas, criando várias espécies de fraudes, e uma delas é a “pejotização”.

A “pejotização” possui dois lados, o primeiro é que o trabalhador ganha um aumento significativo em seu salário por não precisar suportar mais os encargos estabelecidos em uma folha de pagamento, passa a pagar imposto como empresário individual, por não haver mais a intervenção estatal em sua relação com empregador, impondo regras e deveres. Pela autonomia de vontade ficarão livres para estipular, como bem entender, as cláusulas contratuais.

O outro lado da “pejotização” representa a perda significativa que o trabalhador terá em relação à proteção estabelecida pelas normas do direito do trabalho, como a vida, as férias remuneradas, salário enquanto permanecer afastado por acidente de trabalho.

Na maioria, os empregados se submetem a essas condições de trabalho não pelas promessas, mas por medo de perder o emprego e não conseguir algum outro com as mesmas condições.

Diante do exposto, a “pejotização” deve ser coibida por violar a normas de preceitos públicos, fazendo com que os trabalhadores renunciem o que jamais deveria ser renunciado ou ser objeto de negociação.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª Ed. São Paulo-SP. LTr: 2011
- BARROS. Alice Monteiro de. **Limites da Renúncia e da Transação Judicial e Extrajudicial**. Belo Horizonte- Minas Gerais. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. 1997. Disponível em <<http://goo.gl/OGfMY6>>. Acesso em 19 de maio de 2016.
- BUSSINGUER. Marcelo Azevedo. **Políticas Públicas e Inclusão social: O papel do direito do trabalho**. Belo Horizonte – Minas Gerais: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2011. Disponível em <<http://goo.gl/mXOVvv>>. Acesso em 04 de abril de 2016.
- CARPEZ, Camila. **A contratação de pessoa física como pessoa jurídica em fraude ao Direito do Trabalho: o fenômeno da Pejotização**. Belo Horizonte. Universidade Católica de Minas Gerais. 2011. Disponível em <<http://goo.gl/uHMb5R>>. Acesso em 18 de Outubro de 2015.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 2ª Ed. Niterói -RJ. Editora Impetus Ltda: 2008.
- \_\_\_\_\_. **Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943**. Lei das Consolidações do Trabalho. Vade Mecum. 13ª Ed. São Paulo- S. Saraiva: 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito de Trabalho**. 11ª Ed. São Paulo. LTr: 2012
- DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro 1 Teoria Geral do Direito Civil**. 31ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva: 2014.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro 3 Teoria das obrigações contratuais e Extracontratuais**. 26ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva: 2010.
- FARIAS. Cristiano Chaves de. ROSENVALD. Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011.
- FILHO. Claudio Roberto Rosa. WOLF. José Silvio. **Relação de Trabalho x Relação de emprego**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí-Go. Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. Disponível em <<http://goo.gl/YVDK2l>>. Acessado em 07/03/16.
- FILHO, Eduardo Soares do Couto. RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **A pejotização e a precarização das relações de trabalho no Brasil**. Belo Horizonte: Universidade Católica de Minas Gerais. 2009. Disponível em <<http://goo.gl/U57dIW>> Acesso em 04 de abril de 2016.
- GAGLIANO. Pablo Stolze. FILHO. Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 14ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.
- GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro Parte Geral**. 10ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva: 2012

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro 3 Contratos e atos unilaterais**. 10ª Ed. Editora Saraiva: 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.129/2005, de 21 de novembro de 2005**. Lei dos trabalhadores Intelectuais. Disponível em <<http://goo.gl/RRg516>>. Acesso em 04 de abril de 2016.

MARCONDES. Fernanda Marchi. AKIYAMA. Isabella Naomi. **O fenômeno da Pejotização e suas consequência nas relações de emprego**. Revista eletrônica da Unitoledo, ETIC 2015 - Encontro de Iniciação Científica. Disponível em <<http://goo.gl/4E0qE1>>. Acessado em 4 de abril de 2016.

MAGALHÃES, Cláudia Pereira Vaz de. **Fenômeno da Pejotização na Legislação Trabalhista**. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior. Juiz de Fora. 2014. Disponível em <<http://goo.gl/J1op9A>>. Acesso em 04 de Outubro de 2016.

MARTINS. Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 20ª Ed. São Paulo. Editora Atlas: 2012

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo. Editora LTr: 1976.

OLIVEIRA. José de. **Acidentes do Trabalho**. 3ª Ed. São Paulo. Editora Sarava. 1997.

PEDROTTI. Irineu Antônio. **Comentários às Leis de Acidente do Trabalho**. 3ª Ed. São Paulo. Editora Leud. 1986.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21ª Ed. Rio de Janeiro. Companhia Editora Forense. 2006.

RUPRECHT. Alfredo J. **Os princípios do Direito do trabalho**. Única Ed. São Paulo-SP. Editora LTR. 1995.

SCHNEIDER. Jéssica Marcela. **O Princípio da Primazia da Realidade e sua Aplicação enquanto Instrumento de Combate à Fraude à Relação de Emprego**. Porto Alegre- Rio Grande do Sul. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2010. Disponível em <<http://goo.gl/3PbHfl>> Acesso em 04 de abril de 2016.

VILHENA. Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego Estrutura legal e Pressuposto**. 3ª Ed. São Paulo. Editora LTR. 2005

# **A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO DE RECRUTAMENTO, SELEÇÃO E TREINAMENTO PARA EVITAR UM ALTO ÍNDICE DE ROTATIVIDADE**

**Bruno Silva Mota, Karla Maria Leal da Silva, Murilo Alves Pires, Samara Christina G. Caetano, Karina Liotti Guimarães Marques Pereira, Rosário Rogério Pennisi Filho.**

## **Resumo**

A rotatividade de funcionários dentro das organizações se mostra como uma situação preocupante em diversas empresas, já que isso pode gerar impactos, sendo eles em sua maioria negativos. O objetivo desse estudo foi analisar os números da rotatividade dos colaboradores da Rede de Supermercados da cidade de Uberlândia-MG. Para isso fez-se necessário a observação e análise do processo de recrutamento e seleção adotado pela empresa, a fim de identificar a taxa da proporção de turnover praticada dentro da empresa. Além de pesquisas secundárias, foi feito também uma entrevista em profundidade com os colaboradores da empresa contendo perguntas qualitativas e quantitativas para que através dessa pesquisa, se faça um levantamento das possíveis causas que levam e justifiquem a rotatividade dos funcionários, na qual se mostra como essencial para o desenvolvimento do trabalho. Os dados coletados por intermédio das entrevistas revelaram que o índice de rotatividade foi alto nos últimos doze meses. Para melhor desempenho dos colaboradores com o intuito em tentar diminuir a rotatividade da rede de supermercados, foram sugeridos alguns procedimentos que irão ajudar no desenvolvimento e para a lucratividade da empresa, que inicialmente seria na parte de recrutamento, treinamentos e seleção, apontando algumas questões e novos procedimentos a serem tomados.

**Palavras-Chave: Rotatividade, Seleção, Treinamento, Procedimentos, Supermercado**

## **Abstract**

The turnover of employees within organizations appears as a worrying situation in several companies, since this can create impacts, most of which are negatives. The objective of this study was to analyze the number of turnovers of the employees at the supermarket chain of Uberlândia-MG. For this, it was necessary to observe and analyze the recruitment and selection process adopted by the company, in order to identify the rate of the proportion of turnover practiced within the company. In addition to secondary research, an in-depth interview was conducted with the company's employees containing qualitative and quantitative questions so that through this research, will be made a survey of the possible causes that lead to and justify employee's turnover, which is essential for the development of study. The data collected through the interviews revealed that the turnover rate was high in the last twelve months. In order to improve employees' performance to try to reduce the turnover of the supermarket chain, some procedures were suggested that will help the

development and profitability of the company, which would initially be part of recruitment, training and selection, pointing out some issues and new procedures to be taken.

**Keywords: Turnover, Selection, Training, Procedures, Supermarket**

## **1. INTRODUÇÃO**

Cada vez mais as empresas e organizações precisam investir em Recursos Humanos, pois para diversos negócios o diferencial pode estar nas pessoas e suas habilidades, comportamento e competências, principalmente com a globalização o conhecimento passou a ser requerido e exigido como um diferencial, por isso a importância cada vez maior dos processos de recrutamento, seleção e treinamento para evitar a rotatividade ou turnover.

Turnover ou rotatividade de pessoal refere-se a relação entre as admissões e os desligamentos de profissionais ocorridos de forma voluntária ou involuntária, em um determinado período. Pode-se afirmar que a rotatividade de pessoal influencia significativamente os processos e resultados das empresas, pois é um aspecto muito importante na dinâmica organizacional (CHIAVENATO, 2010).

Por isso a importância de conhecer todo o processo e tudo que envolve o turnover para evitar desgastes e altos custos para as empresas, esse artigo trará informações relevantes sobre perfil de colaboradores de uma rede de supermercados que possui em seu quadro 257 colaboradores.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

Durante o processo de descoberta, análise de dados e situações e pesquisa com os colaboradores, nossa equipe percebeu alguns pontos positivos na empresa quando o assunto é quadro de colaboradores, e alguns pontos negativos da mesma.

A empresa atualmente possui um número exato de colaboradores para cada departamento do supermercado de acordo com a quantidade de vendas e necessidades do mesmo. Isso, do ponto de vista financeiro-operacional, é um ponto forte, pois visa aproveitar o máximo possível de mão de obra de acordo com a demanda necessária para oferecer seus serviços de acordo com o grau de qualidade exigido pela empresa. Porém, o setor de RH está voltado ainda para o antigo modelo de departamento pessoal, onde visa controlar ponto, controle da parte burocrática de demissão e admissão, distribuição de funcionários de acordo com a necessidade, etc. A parte de recursos humanos que visa compreender o funcionário, trabalhar seus talentos e, principalmente, selecionar melhor futuros colaboradores, é inexistente, gerando um alto grau de turnover. Nos últimos 12 meses a empresa perdeu 286 funcionários, ou seja, a cada ano ela, em números totais, renova toda a equipe, trazendo gastos muitas vezes desnecessários.

Nessa pesquisa, foi verificado que um dos problemas desse alto turnover é justamente a forma que os colaboradores são selecionados. A empresa analisada não possui um setor que faça uma seleção mais refinada, essa tarefa de recrutamento e seleção fica na mão do gerente geral da unidade que sequer possui um treinamento para pinçar os melhores candidatos, fazendo-o de maneira totalmente intuitiva e até mesmo emergencial para não deixar faltar funcionários, pois o quadro já é minimamente ajustado para que a operação flua de maneira correta e organizada.

Durante a análise de dados internos, foi constatado que, dos 286 desligamentos dos últimos 12 meses, 30% não passam do período básico de experiência, se mudarmos a métrica chegamos a 64% de desligamentos no primeiro ano, somente 36% possuem mais de um ano de empresa. A rotatividade média de funcionários em um mês é de 23,8, sendo 9,26% de toda a equipe, um número alto para uma empresa que constantemente precisa de mão de obra, algumas vezes até especializada. Identificamos uma grande concentração de colaboradores que possuem de 18 a 33 anos, essa faixa etária é a principal formadora do quadro de funcionários atualmente, correspondendo a 61% de toda equipe. Para completar, a empresa não possui nenhum controle para saber quais os motivos do desligamento e assim poder aprimorar os principais pontos visando diminuir o turnover e aproveitar melhor a mão de obra mais experiente.

Visto toda a dificuldade da empresa e a constante necessidade de mão de obra, sugerimos algumas mudanças simples que visam diminuir o turnover e aproveitar melhor a mão de obra já treinada pela empresa. Primeiramente a empresa deve começar a selecionar melhor os colaboradores. Como já dito, a empresa contrata de forma intuitiva e de acordo com a necessidade momentânea, sem sequer ter um banco de currículos para uma futura contratação. A empresa deve treinar o seu RH para fazer as contratações e retirar essa tarefa do gerente geral, pois esse já possui diversas atribuições e nenhum treinamento para contratação. Caso ela não consiga, ela pode contratar uma empresa e terceirizar o serviço. Para não gerar altos custos, dos 37 cargos, ela pode focar nos 6 principais que correspondem a 66% de toda a equipe. Para manter os funcionários motivados e por mais tempo na equipe, a empresa pode criar benefícios e programas de retenção de talentos, visando aprimorá-los e retê-los por mais tempo, evitando os altos custos gerados pelo turnover.

Gráfico 1 – Faixa de idade dos colaboradores

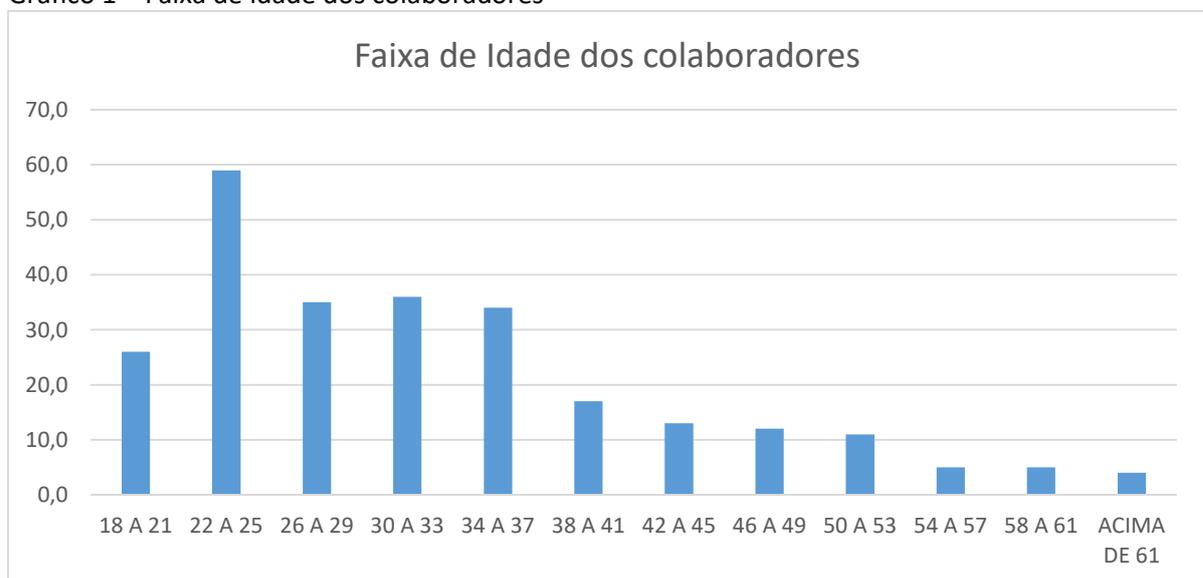
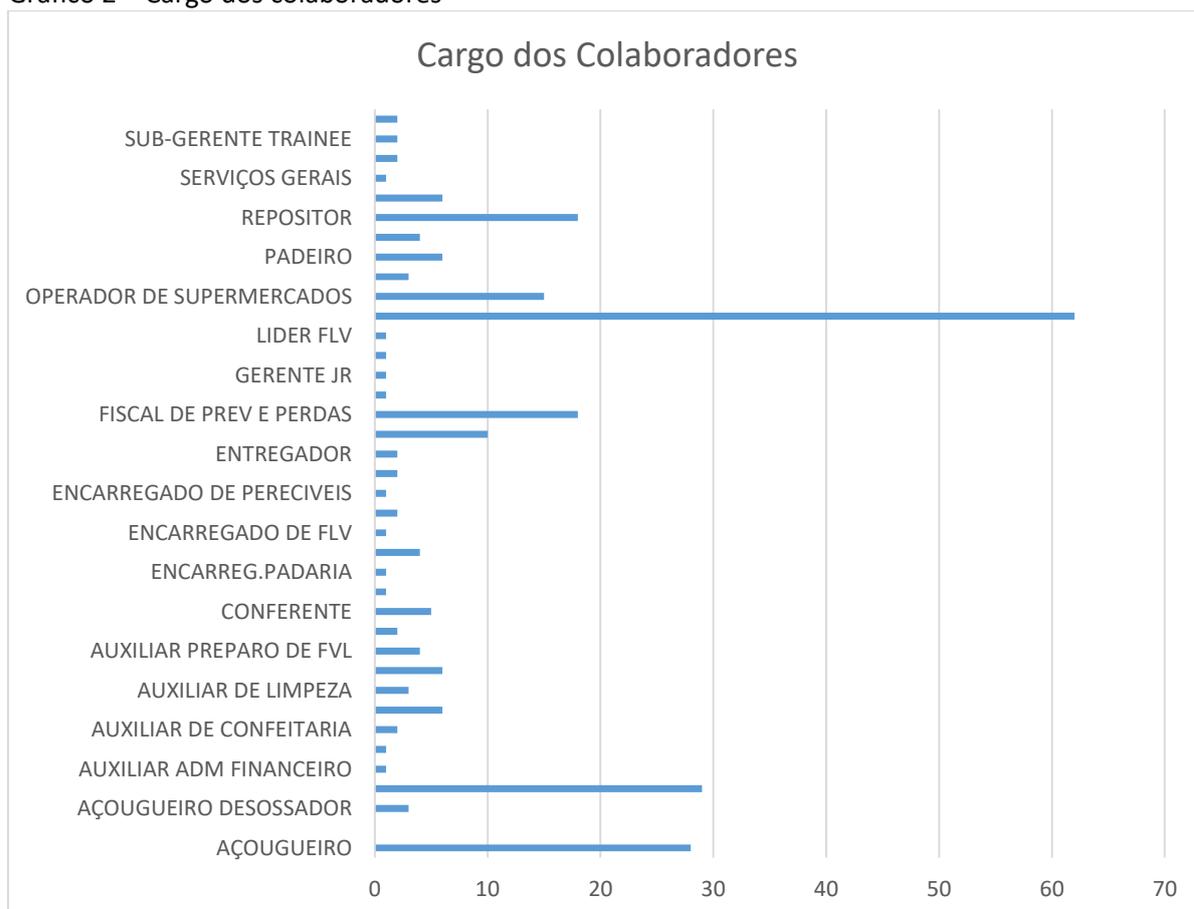


Tabela 1 – Tabela de Rotatividade

<b>TABELA DE ROTATIVIDADE</b>	
Quadro Atual de Colaboradores	257
Rotatividade média Mês	23,8
<b>% de Rotatividade</b>	<b>9,26%</b>

Gráfico 2 – Cargo dos colaboradores



### 3. CONCLUSÃO

A empresa deve investir na seleção dos futuros colaboradores visando recrutar e selecionar os melhores e mais aptos a desempenharem as atividades propostas pelo seu modelo de negócio, traçando um perfil desejado para diminuir o turnover e ter um melhor aproveitamento de sua mão de obra, sem esquecer do investimento em retenção para que os funcionários se sintam mais satisfeitos com a empresa, vestindo a camisa e ficando mais tempo na empresa.

## **4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CHIAVENATO, Idalberto. Gestão de Pessoas. 3Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Dados coletados com os responsáveis da rede de supermercados.