

Extensão em FOCO


UNIARP



Editora:

Prof. Ms. Ilze Salete Chiarello

Conselho Editorial:

Prof. Dr. Adalcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Caçador, SC, Brasil

Prof. Dr. Everaldo da Silva, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Caçador, SC, Brasil

Prof. Dr. Ezequiel Theodoro da Silva, UNICAMP - Faculdade de Educação, Campinas, SP, Brasil

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Caçador, SC, Brasil

Prof. Dr. Ludimar Pegoraro, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Caçador, SC, Brasil

Prof. Dr. Ricelli Endrigo Ruppel da Rocha, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Caçador, SC, Brasil

Profa. Dra. Marialva Linda Moog Pinto, Universidade Alto do Vale do Rio do Peixe, Brasil

Profa. Dra. Mariangela Kraemer Lenz Ziede, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Caçador, SC, Brasil

Capa:

Denise Bolzan Barpp

Organização e revisão deste número

Prof. Msc. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil

Editoração eletrônica:

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	4
APRENDIZAGEM ORGANIZACIONAL: ABORDAGEM INTRODUTÓRIA	6
DIREITOS E DEVERES NAS NOVAS RELAÇÕES FAMILIARES	18
LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA DA EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA – UMA ANÁLISE JURÍDICO SOCIAL DA APLICAÇÃO DA NORMA A REALIDADE	26
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	42
O CONFLITO DE NORMAS NO DIREITO DO TRABALHO	56
O INSTITUTO DAS ASTREINTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA REPERCUSSÃO DOUTRINÁRIA: ANÁLISE DOS ARTIGOS 536 E 537 DA LEI Nº 13.105/2015	71
CONDOMÍNIO COMUM.....	95
PROVAS ILÍCITAS E SUA UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL COM BASE NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	109

APRESENTAÇÃO

Prezados leitores de Extensão em Foco,

Com satisfação e esforços trazemos à lume mais um número da revista. A produção científica certamente tem sido objeto de desejo de muitos docentes e pesquisadores que atuam na educação superior, e especialmente na pós-graduação. Isso decorre especialmente do produtivismo que tem marcado a sociedade atual nos últimos tempos e alcançou também a esfera acadêmica. Nessa busca, há muitas coisas postas em arquivos digitais, em arquivos de texto, reunidas de livros e páginas de internet, copiadas e coladas com palavras substituídas pelos seus sinônimos, muitas vezes incomuns, para descaracterizar um plágio muito explícito.

Desse modo, a produção pela produção ocorre também no que tange aos periódicos: um número crescente deles leva a uma dispersão da produção. Há muitos arquivos com muitas palavras, mas são poucos os textos que efetivamente são publicáveis. Nesse contexto, a consolidação de um periódico com propósito específico, como é o caso de Extensão em Foco, ou seja, o de ser um veículo de divulgação científica no âmbito da extensão, é cada vez mais uma tarefa monumental.

Devido ao produtivismo torna-se difícil, na construção de um periódico, garimpar textos de qualidade, que possam ser reunidos para compor um número específico. Em primeiro lugar porque é desafiador convencer pessoas a submeterem os seus textos a um periódico que ainda busca consolidação, o que a rigor no Brasil se mede pela inclusão no sistema Qualis Capes. Mesmo que este sistema seja apenas uma ferramenta para a avaliação da pós-graduação, e, portanto, pouco influencia a quem não está ligado a ela, o qualis é um indicador e fator determinante na vida de uma revista científica.

Em segundo lugar, a seleção de bons textos em meio a uma infinidade de arquivos impúblicáveis é também uma tarefa desafiadora. Sabe-se que este processo não pode concentrar-se em uma única pessoa, pois a construção do conhecimento é uma ação coletiva. Afinal, diante do produtivismo, quem dispõe de tempo para avaliar textos para periódicos? Quantos aos pesquisadores, muitos não conseguem sequer responder às solicitações de avaliação de textos manifestando indisponibilidade, em virtude sobretudo da sobrecarga de atividades. Aos editores, resta assim, além da difícil tarefa de garimpar bons textos, encontrar profissionais voluntários e pacientes,

dispostos a doarem o seu tempo, tão precioso e que poderia ser empregado para boas leituras e escrita de bons textos e para a leitura de manuscritos que, na maioria das vezes, não reúnem as menores condições de serem tornados públicos. São poucos os generosos dispostos a esse trabalho, e que ainda muitas vezes tentam, quase inutilmente, sugerir possíveis correções e melhoras a autores que provavelmente não terão interesse em realizá-las.

Em face disso, entende-se a dificuldade de Extensão em Foco de manter a sua periodicidade. Mas também não se pode deixar de atuar somente por haver dificuldades. Dificuldades foram superadas e um novo número é trazido a público. Deve-se especial gratidão a autores e avaliadores pelos seus textos e valiosas contribuições para a construção do conhecimento. Fazemos votos de que continuem depositando a sua confiança em nossa revista para veiculação das suas produções científicas.

Votos de boa leitura!

Caçador, dezembro de 2016

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade
Prof. Ms. Levi Hülse
Prof. Ms. Joel Cezar Bonin
(Organizadores do número)

Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP

APRENDIZAGEM ORGANIZACIONAL: ABORDAGEM INTRODUTÓRIA

Organizational learning: introductory approach

Adelcio Machado dos Santos¹

Jean Carlos Kuss²

Joice Luiza de Flores Matias Wagner³

Rubens Luís Freiberger⁴

Claudio Sanches⁵

Resumo: A palavra aprendizagem, na concepção da lavra de Duarte (2005, p. 142), consiste na capacidade que o indivíduo possui de aprender novos conhecimentos. O processo de aprendizagem é dinâmico, ativo e global, uma vez que possibilita a troca de informações. O mesmo autor entende que a aprendizagem pode ainda ser concebida como um processo de auto-avaliação, isto é, de reflexão para a ação. Vários modelos se propõem a analisar a dimensão individual do processo de aprendizagem. Desde o início, os pesquisadores que atuam com base na concepção da socialização da aprendizagem individual, abordam o dilema existente entre aprendizagem individual e organizacional. Desde o início as pesquisas evidenciam uma ênfase profunda no papel da aprendizagem individual na aprendizagem organizacional. O sistema da aprendizagem organizacional depende completamente da aprendizagem individual, mantendo-se diretamente ligado ao conhecimento compartilhado por todos os membros da organização.

Palavras-chave: Aprendizagem organizacional. Conhecimento.

Abstract: The word learning, in Duarte's conception of lavra (2005, p. 142), Consists in the individual's ability to learn new knowledge. O Learning process is dynamic, active and global, since it enables the exchange Of information. The same author understands that learning can still be Conceived as a process of self-evaluation, that is, of reflection for action. Several models propose to analyze the individual dimension of the learning. From the outset, researchers working on design Of the socialization of individual learning, address the dilemma between Individual and organizational learning. From the outset, research shows A deep emphasis on the role of individual learning in learning Organizational structure. The system of organizational learning depends entirely on Of individual learning, remaining directly related to knowledge Shared by all members of the organization.

Keywords: Organizational learning. Knowledge.

¹ Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Docente e pesquisador da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), nos Mestrados em Desenvolvimento e Sociedade e em Educação. Endereço: rua Prof. Egidio Ferreira, nº 271, Bloco "E", Apto. 303 – 88090-500, Florianópolis (SC) Brasil. E-mail: adelciomachado@gmail.com.

² Professor Direito – Uniarp – Caçador-SC.

³ Professora do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP).

⁴ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e Especialista em Advocacia Trabalhista pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP. Possui experiência na área de Direito com ênfase em Direito do Trabalho. Atua como Professor Universitário no Curso de Direito na Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP. Advogado militante no Estado de Santa Catarina.

⁵ Professor Direito – UNIARP – Caçador-SC.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com Probst, Raub e Ropmhardt (2002, p. 30) a aprendizagem organizacional pode ser assim conceituada: “[...] consiste em mudança na base de conhecimento da organização, na criação de estruturas coletivas de referência e no crescimento da competência da organização para agir e resolver problemas”.

Fleury e Fleury (1997, p. 19) sustentam que a “aprendizagem é um processo de mudança, resultante de prática ou experiência anterior, que pode vir, ou não, a manifestar-se em uma mudança perceptível de comportamento”.

A aprendizagem, em consonância com o magistério de Cabral e Nick (2004 p. 27), consistem no “processo de transformação relativamente permanente do comportamento, em resultado do desempenho prático ou experiência de certas tarefas específicas”.

Cabral e Nick (2004, p. 27/28), apresentam ainda diversas teorias da aprendizagem desenvolvidas na área da Psicologia, entre as quais cabe destacar as seguintes:

Teoria de aprendizagem cognitiva: essa teoria postula os processos cerebrais como variáveis intervenientes, uma estrutura cognitiva para o *que é aprendido* e a aprendizagem como resultado de uma reestruturação do modo individual de *perceber*. Portanto, opõe-se às teorias de estímulo-resposta que enfatizam as respostas reforçadas e evitam o uso de construtos cognitivos centrais como conceitos explicativos.

Teoria da aprendizagem intencional: modelo teórico baseado no princípio da motivação propositada (intencionalidade) da aprendizagem. Essa teoria se revestiu de um caráter intersistemas, na medida em que foi influenciada pelos princípios gestaltistas, por certos conceitos psicanalíticos, pelo em que foi influenciada pelos princípios gestaltistas, por certos conceitos psicanalíticos, pelo instintivismo e pelo conceito de processo mediatório. Para o criador dessa teoria a aprendizagem consiste em um esforço para atingir um objetivo, sendo que o que se aprende é uma série de sinais ou expectativas, em que o indivíduo percebe a natureza da situação e reage em função ou de acordo com essas percepções.

Teoria da atitude de aprendizagem: modelo desenvolvido por Harry F. Harlow, a que deu o nome de *learning set theory*, segundo o qual o que um indivíduo tem de aprender é um princípio de relação e não uma série de estímulos e respostas. O meio ambiente adquire o *status* de força motivadora primária do comportamento e o impulso de curiosidade exploratória é mais forte do que qualquer impulso biológico. Dessa forma, a aprendizagem consiste no resultado de uma disposição ativa para solucionar problemas, não de uma aquisição passiva de aptidões práticas.

2 DESENVOLVIMENTO

O conceito de aprendizagem organizacional, no entender de Ruas et al (2005), pode ser compreendido a partir de diversas perspectivas, encontrando seu

maior desenvolvimento no campo da psicologia ao longo de sua história evolutiva. A aplicação da aprendizagem em nível organizacional foi condicionada, mormente, como uma coletividade da aprendizagem organizacional, do treinamento e do desenvolvimento. O processo de aprendizagem individual exerce um impacto significativo no conceito e nas práticas de aprendizagem organizacional, pois essa se inicia a partir dos indivíduos.

Ruas et al (2005, p. 27) assim conceituam a aprendizagem organizacional:

[...] é um processo contínuo de apropriação e geração de novos conhecimentos nos níveis individual, grupal e organizacional, envolvendo todas as formas de aprendizagem – formais e informais – no contexto organizacional, alicerçado em uma dinâmica de reflexão e ação sobre as situações-problema e voltado para o desenvolvimento de competências gerenciais.

Nesse sentido, Argyris e Schön (1996 apud RUAS et al, 2005) afirmam que as organizações não se constituem simplesmente como coleções de indivíduos, embora não existam organizações sem essas coleções. Do mesmo modo, a aprendizagem organizacional não é simplesmente aprendizagem individual, ainda que se reconheça que o aprendizado nas organizações somente é viável por meio da experiência e da ação dos indivíduos.

Argyris e Schön (1978 apud CARBONE, 2005) sustentam que no âmbito das organizações a aprendizagem pode ser entendida basicamente como a solução de problemas, envolvendo mudanças rotineiras e mudanças estruturais.

O fluxo principal desse foco da aprendizagem organizacional é considerar os indivíduos como agentes para as organizações de aprendizagem (RUAS et al, 2005).

De acordo com Ruas et al (2005, p. 18):

A aprendizagem organizacional ocorre na medida em que os integrantes da organização experienciam uma situação problemática e a investigam empregando um olhar organizacional, conseguindo identificar as lacunas entre o esperado e os resultados de suas ações presentes. A partir disso, respondem a este fato com um processo de pensamento e ações que os levam a modificar seus modelos mentais em relação à compreensão dos fenômenos organizacionais e reestruturar suas atividades de forma a alcançar os resultados previamente esperados.

Fleury e Fleury (1997) também abordam a relação entre aprendizagem individual e aprendizagem organizacional. O processo de aprendizagem de uma organização não somente envolve novos mapas cognitivos, que possibilitam compreender melhor o que está ocorrendo em seu ambiente externo e interno, como também a definição de novos comportamentos, que evidenciam a efetividade do

aprendizado individual.

As organizações, ainda que não possuam cérebros, têm sistemas cognitivos e memória. Elas desenvolvem rotinas, ou seja, procedimentos relativamente padronizados, com o fim de lidar com problemas internos e externos. Estas rotinas vão sendo incorporadas, de maneira explícita, ou inconsciente, na memória organizacional. A mudança comportamental, na realidade, não constitui o único indicador de que a aprendizagem aconteceu, mas a possibilidade de este conhecimento poder ser recuperado pelos membros da organização (FLEURY e FLEURY, 1997).

Nesse sentido, um conceito simples de organizações que aprendem foi proposto por Garvin (1993 apud FLEURY e FLEURY, 1997), como o de organizações capacitadas para criar, adquirir e transferir conhecimentos e para modificar seus comportamentos com o fim de possibilitar a reflexão sobre estes novos conhecimentos e *insights*.

Todavia, segundo Fleury e Fleury (1997), embora o conceito seja simples, difícil é operacionalizá-lo no dia-a-dia da organização, ou seja, como uma organização, seja ela uma empresa, uma universidade, um hospital, pode desenvolver uma dinâmica constante e permanente de aprendizagem e mudança.

Outra importante linha de pesquisa acerca da aprendizagem organizacional investiga a empresa como um sistema de aprendizagem, ou seja, um processo através do qual as organizações entendem e gerenciam suas experiências. Sob essa perspectiva, as organizações são percebidas como capazes de processar a informação e de adquirir, interpretar e distribuir informações pela organização. A finalidade consiste em aumentar sua habilidade de procurar, codificar, distribuir e interpretar a informação externa, isto é, fazer com que a organização eleve sua capacidade de absorção (RUAS et al, 2005, p. 19).

Ainda conforme Ruas et al (2005, p. 21), na literatura relacionada a aprendizagem organizacional, há também um enfoque direcionado para a perspectiva cultural da organização. A cultura é apresentada como um mecanismo de construção de significados, responsável por guiar e formar os valores, comportamentos e atitudes dos funcionários. É com base nos valores que os comportamentos são guiados, sendo que a cultura de uma organização impõe coerência, ordem e significado, além de permitir a institucionalização de uma estrutura tendo em vista a construção de sentidos de modo a facilitar a interpretação de eventos pouco conhecidos.

A construção do processo de aprendizagem organizacional se dá socialmente à medida que um indivíduo interage com o ambiente do qual participa na criação da realidade, sendo compreendido como um agente ativo e construtor da realidade na qual se encontra inserido, da mesma maneira que a realidade organizacional também é socialmente construída. A função dos indivíduos como aprendizes consiste em construir significados, adquirindo e influenciando os processos de aprendizagem e o desenvolvimento do conhecimento em sua trajetória de participação (RUAS et al, 2005, p. 21).

Numa perspectiva mais recente, a aprendizagem organizacional tem sido vista, como a busca para assegurar e desenvolver condições de competitividade, produtividade e inovação em condições tecnológicas e de mercado incertas. E muitas empresas têm procurado estabelecer percursos por meio dos quais as mesmas concebem e organizam conhecimento e rotinas em suas atividades e em sua cultura, além de adaptarem e desenvolverem eficácia organizacional por intermédio do desenvolvimento e aproveitamento das diversas competências de seus recursos humanos (RUAS et al, 2005, p. 16).

Importa salientar ainda que aprendizagem organizacional e gestão do conhecimento, conforme salienta Ruas (2005, p. 22), compreendem “dois conceitos desenvolvidos paralelamente na nova economia” e, com freqüência, recorrem um ao outro em suas definições e práticas.

Ademais, também o que se tem constatado é que boa parte da literatura de aprendizagem organizacional e das organizações de aprendizagem não esclarece o que os autores e pesquisadores entendem por conhecimento, embora seja comum a declaração de que o propósito central da aprendizagem organizacional reside na produção do conhecimento.

Nesse sentido, Carbone (2005) afirma que a aprendizagem representa um processo de modifica o *status* do conhecimento, dos indivíduos ou de organizações, de formas diversas, tais como: alteração de crenças existentes, adoção de novas crenças, abandono de crenças anteriormente tida como verdadeiras, mudança do grau de confiança que as pessoas têm em determinada crença ou conjunto de crenças no contexto organizacional. Portanto, aprendizagem e conhecimento são dois temas intimamente ligados, pois é através da aprendizagem que se dá a criação do conhecimento.

Para Probst, Raub e Ropmhardt (2002), a diferença central existente entre a

gestão do conhecimento à aprendizagem organizacional é que a primeira compreende um processo ativo e direto. A aprendizagem organizacional é o nome atribuído a mudanças na base de conhecimento da organização, enquanto que a gestão do conhecimento envolve uma intervenção deliberada. Ademais, a gestão do conhecimento é um conjunto integrado de intervenções que aproveitam as oportunidades para dar forma à base de conhecimento.

As empresas devem desenvolver seu conhecimento de forma objetiva e não devem deixar desenvolver-se ao acaso. O escopo e a estrutura da base do conhecimento da organização modificam-se como consequência do aprendizado organizacional. É inútil que os administradores acumulem conhecimento de forma desordenada, mas eles devem ter em vista a finalidade de garantir o uso e o desenvolvimento de habilidades e de conhecimento que sejam relevantes para os objetivos da organização. O conhecimento não é o mesmo que cognição e ele precisa demonstrar sua utilidade em aplicações práticas (PROBST, RAUB e ROPMHARDT, 2002).

A compreensão da aprendizagem organizacional e sua conexão com a geração de conhecimento organizacional encontra-se ainda pouco clara. Esse problema foi identificado por Nonaka e Takeuchi (1997 apud RUAS et al, 2005), ao afirmarem que nas teorias sobre aprendizagem organizacional falta a visão de que o desenvolvimento do conhecimento constitui aprendizagem. Não obstante, essas teorias concentram seu foco na aprendizagem individual, deixando de contemplar ou desenvolver uma visão inclusiva de aprendizagem num nível organizacional.

Segundo Gephart (1996 apud RUAS et al, 2005), a essência de uma organização de aprendizagem é um sistema aberto de informação e conhecimento e isso deveria ser abordado como um tema central dentro das organizações.

Nonaka e Takeichu (1997 apud RUAS et al, 2005) defendem que a chave para as organizações obterem mais conhecimento consiste na transformação do conhecimento tácito em explícito, sendo que grande parte do conhecimento é criada por gerentes intermediários. Essa exigência para converter conhecimento tácito em explícito tem sido uma visão forte da atual teoria de aprendizagem. Tal abordagem tem sido discutida como sendo um processo organizacional essencial, discutindo-se como é possível realizar a transferência do conhecimento individual para a organização e como esse conhecimento pode ser empregado pela organização.

Sob essa perspectiva associada ao conhecimento, a aprendizagem

organizacional pode ser entendida como um processo de mudança no estado do conhecimento, implicando sua aquisição, disseminação, refinamento, criação e implementação de conhecimento. Também pode ser entendida como a habilidade para adquirir informação diversa e compartilhar entendimento comum de forma que este conhecimento possa ser explorado. Além disso, a aprendizagem organizacional pode ser compreendida como uma habilidade para desenvolver *insights* e conhecimento, efetuando associações entre passado e atividades futuras.

Em parte o conhecimento organizacional é armazenado nos indivíduos na forma de experiência, habilidades e competências, e em parte na organização, na forma de documentos, registros, regras, regulamentos e padrões. Uma parcela do conhecimento entre uma organização e os indivíduos é complementar e parte incongruente em virtude do sistema de crenças de cada um.

Com base nesse entendimento, afirmas Ruas et al (2005), a aprendizagem organizacional em seu nível mais básico recorre à aquisição de compreensão, experiência, técnicas e práticas que são, em certo grau, novas para a organização. A aprendizagem. A aprendizagem desse tipo se torna em novos pensamentos e ações, mudanças de comportamento e modelos mentais subjacentes, e no redesenho de práticas organizacionais. O sucesso da aprendizagem organizacional depende diretamente da capacidade da organização de ver as coisas de modos diferentes, obter novos *insights* e compreensões, além de adotar novos padrões de comportamento.

A aquisição de conhecimento está diretamente relacionada ao processo de aprendizagem, sendo mais amplo e mais profundo do que a simples acumulação de dados e informações. A aprendizagem pressupõe uma tensão entre o novo e o velho conhecimento, além da transformação do conhecimento presente na memória de um indivíduo. Esse Contexto de aprendizagem acontece quando conceitos, estruturas e capacidades são criados, ou se desenvolvem à luz do conhecimento que é novo ao indivíduo (RUAS et al, 2005).

Levar em conta a relação entre conhecimento e aprendizagem também significa salientar os tipos diferentes de conhecimento fundamentais nas situações de trabalho assim como a diversidade de tipos e níveis de aprendizagem. E como conhecimento e aprendizagem encontram-se conectados, esses tipos de conhecimento podem ser aprendidos e podem ser empregados num nível superficial ou num domínio mais profundo. Alguma aprendizagem ínfima pode fazer diferença

em relação à perspectiva do indivíduo, enquanto que uma aprendizagem mais significativa pode conduzir a uma reconceitualização do que dá suporte às suas suposições e valores.

A palavra competência é de uso corriqueiro na língua portuguesa, sendo empregada, segundo Fleury e Fleury (2004), para se referir à pessoa qualificada para realizar algo. Já no mundo do trabalho, o termo competência vem assumindo diversos significados, alguns mais ligados às características da pessoa, como conhecimentos, habilidades e atitudes, enquanto outros mais relacionados à tarefa e aos resultados.

De acordo com Leite e Porsse (2002), o conceito de competência está relacionado à capacidade que uma organização tem para sustentar alocações coordenadas de recursos com o fim de auxiliar a empresa a alcançar os seus objetivos. Segundo tal conceito, a empresa enfrenta dois tipos de decisões estratégicas: 1) a alavancagem de competências, o que significa que a empresa aloca os recursos sem que ocorram mudanças qualitativas nos ativos, nas capacidades e nas formas de coordenação dos recursos e 2) a construção de competências na qual as firmas adquirem e empregam ativos novos e diferentes em termos qualitativos, assim como capacidades e formas de coordenação de recursos. Importa salientar que as competências que permeiam o referido modelo são encaradas como multidimensionais – dinâmicas, sistêmicas, holísticas e cognitivas –, caracterizando a complexidade e a dinamicidade do ambiente.

Assim, em primeiro lugar, tem-se que as competências são dinâmicas, pois a alavancagem e a construção das mesmas pressupõem a ocorrência de interação entre as pessoas e grupos dentro das empresas, entre empresas e fornecedores externos re recursos, entre as firmas e clientes e entre as empresas competitivas e cooperativas (LEITE e PORSSE, 2002).

Em segundo lugar, as competências também são sistêmicas, uma vez que o funcionamento das firmas enquanto sistemas abertos que tem em mira o alcance de objetivos definidos, cujos ativos tangíveis e intangíveis interconectados são organizados sob uma lógica estratégica de realização de resultados, por meio do uso de diversos processos gerenciais, incluindo a alavancagem e a construção de novas competências.

Em terceiro lugar, sustentam Leite e Porsse (2002), as competências se constituem como elemento cognitivo na medida em que assumem características de uma disputa entre conhecimentos gerenciais visando identificar as competências

importantes para a organização no futuro, tornando-se o foco dos objetivos organizacionais de construção de competências. Existem diferentes padrões de construção de competências e atividades de alavancagem, em virtude das diferenças de cognição gerencial.

Por fim, as competências são holísticas, entendendo-se a empresa como um sistema multidimensional, ao mesmo tempo quantitativo e qualitativo, tangível e intangível: humano, social e econômico. Desse modo, para a compreensão do processo de construção de competências, é preciso desenvolver uma visão das empresas como sistemas humano-sociais e econômicos (LEITE e PORSSE, 2002).

O ser humano vem ao mundo motivado a aprender, explorar e experimentar. Todavia, a maior parte das instituições da sociedade são orientadas mais para o controle do que para a aprendizagem, recompensando o desempenho das pessoas em função de obediência a padrões estabelecidos e não por seu desejo de aprender (FLEURU e FLEURY, 1997).

Em geral, as definições de uma organização que aprende voltam-se para a capacidade da mesma de adaptação às constantes mudanças, que perpassam o mundo na atualidade. No entanto, Senge (apud FLEURY e FLEURY, 1997) escreve que a adaptabilidade crescente constitui somente o primeiro passo no processo de aprendizagem. O desejo de aprendizagem se expande para, além disso: é criativo e produtivo. Portanto, é por meio do processo de aprendizagem que emergem as inovações dentro de uma organização.

De acordo com Senge (1998), as organizações devem desenvolver cinco disciplinas essenciais para promover o processo de inovação e aprendizagem em seu contexto interno, quais sejam: domínio pessoal; modelos mentais; visões partilhadas; aprendizagem em grupo; e pensamento sistêmico.

A noção de domínio pessoal diz respeito estende-se para além da competência e das habilidades, embora nelas esteja pautada. Significa encarar a vida como um trabalho criativo, vivê-la com base na perspectiva criativa e não reativa. Quanto se torna uma disciplina, ou seja, uma atividade que é integrada a vida individual, o domínio pessoal passa a incorporar dois movimentos subjacentes.

O primeiro é o contínuo esclarecimento do que é relevante para cada um. Em determinadas situações, uma pessoa passa muito tempo procurando solucionar os problemas ao longo do caminho, esquecendo quais os motivos relacionados a sua estada naquele caminho. O resultado é que se tem uma visão vaga e imprecisa do

que realmente é relevante para si mesmo.

O segundo movimento subjacente ao domínio pessoal consiste na aprendizagem contínua de como ver a realidade atual com maior clareza. As pessoas em geral já conheceram pessoas envolvidas em relacionamentos contraproducentes, que continuam empacadas por que fingem estar tudo bem. Assim, ao andar rumo ao destino almejado, é fundamental saber onde cada um se encontra a cada momento (SENGE, 1998).

O modo para dar início ao desenvolvimento de uma noção de domínio pessoal é abordá-lo como uma disciplina, como uma série de práticas e princípios que necessitam ser aplicados para serem úteis.

No que tange à disciplina modelos mentais, tem-se que estes compreendem as idéias que se encontram profundamente enraizadas no pensamento das pessoas. No entender de Senge (1998), esses modelos mentais, podem, muitas vezes, ser motivo de insucesso. Em muitas situações, tais modelos não permitem que novos *insights* sejam colocados em prática pelo fato de conflitarem com imagens internas profundamente arraigadas sobre o funcionamento do mundo. Tais modelos, que determinam a forma como cada um entende o mundo e nele desenvolve suas ações, são responsáveis por limitar os indivíduos a determinadas formas de pensar e agir.

Destarte, a disciplina do domínio dos modelos mentais promete uma importante revolução para a criação das organizações que aprendem, assegura Senge (1998). Ela pretende trazer à tona, testar e aperfeiçoar as imagens internas acerca do funcionamento do mundo, pois ninguém poderá manter uma organização, ou mesmo uma família e uma comunidade, na mente. O que se tem em mente são imagens, premissas e histórias.

Em relação à disciplina visões compartilhadas, Senge (1998) dispõe:

Uma visão compartilhada não é uma idéia. Nem que essa idéia seja tão importante quanto a liberdade. Ao contrário, é uma força no coração das pessoas, uma força de impressionante poder. Pode ser inspirada por uma idéia, mas quando evolui – quando é estimulante o suficiente para obter o apoio de mais de uma pessoa – deixa de ser uma abstração. Torna-se palpável. As pessoas começam a vê-la como se existisse. Poucas forças, se é que existe algum, nas questões humanas, são tão poderosas quanto uma visão compartilhada.

Da mesma forma que as visões pessoais constituem-se como retratos ou imagens que as pessoas têm na mente, as visões compartilhadas são imagens que pertencem a pessoas que fazem parte de uma organização. Essas pessoas

desenvolvem um senso de comunidade que permeia a organização e assegura a devida coerência a diversas atividades.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com Senge (1998), uma visão é realmente compartilhada quando pelo menos duas pessoas possuem a mesma imagem e assumem o comprometimento mútuo de manter essa visão, não apenas individualmente, mas em conjunto. Quando realmente compartilham uma visão, as pessoas sentem-se conectadas, ou seja, ligadas por uma aspiração em comum. O poder das visões pessoais vem de um interesse individual profundo para com a visão. Por sua vez, o poder das visões compartilhadas resulta de comum. Na realidade, infere-se que um dos motivos pelos quais as pessoas buscam visões compartilhadas reside em seu desejo de se sentirem conectadas a um empreendimento importante.

A visão compartilhada é fundamental para uma organização que aprende, visto é responsável por fornecer o foco e a energia para a aprendizagem. Embora a aprendizagem adaptativa seja possível sem uma visão, a aprendizagem generativa somente ocorre quando as pessoas estão lutando para alcançar um objetivo de profunda relevância para elas. A idéia de aprendizagem generativa será aparentemente abstrata e sem significado até as pessoas se sentirem entusiasmadas em relação a uma visão que realmente desejam concretizar (SENGE, 1998).

No que concerne à aprendizagem em grupo ou em equipe compreende, segundo Senge (1998, p. 263), “o processo de alinhamento e desenvolvimento da capacidade da equipe de criar os resultados que seus membros realmente desejam”. Ela se baseia na disciplina do desenvolvimento da visão compartilhada. Entretanto, visão compartilhada e talento não são suficientes. O mundo está repleto de equipes e indivíduos talentosos que compartilham uma visão durante algum tempo, mas que não conseguem aprender.

REFERÊNCIAS

PROBST, Gilbert; RAUB, Steffen; ROMHARDT, Kai. **Gestão do conhecimento: os elementos construtivos do sucesso**. Porto Alegre: Bookman, 2002.

DAVENPORT, Thomas H.; PRUSAK, Laurence. **Conhecimento empresarial: como as organizações gerenciam o seu capital intelectual**. 4. ed. Tradução de Lenke Peres. Rio de Janeiro: Campus, 1998. 237 p.

RUAS, Roberto Lima. **Aprendizagem organizacional e competências**. Porto Alegre: Bookman, 2005.

SENGE, Peter M. **A quinta disciplina**: arte e prática da organização que aprende. 3 ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1998.

VASCONCELOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. 4 ed. Campinas: Papirus, 2002.

ZORZI, Adriane et al. *Balanced scorecard*: alicerce de um modelo de gestão para uma entidade fechada de previdência complementar. **XIII Congresso Brasileiro de Custos**. Belo Horizonte, out./nov. 2006.

DIREITOS E DEVERES NAS NOVAS RELAÇÕES FAMILIARES

Rights and duties in the new family relations

Silmara Granemann¹

Ivonete Moreira²

Joice Luiza de Flores Matias Wagner³

Rodrigo Barzotto Pereira de Souza⁴

Thiara Zen⁵

Resumo: O presente trabalho versa sobre os Direitos e Deveres nas Novas Relações Familiares. É apresentado sob a forma de artigo científico atendendo a requisito obrigatório para a obtenção de nota na disciplina de Monografia II, pela UNIARP – Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. O objetivo geral da pesquisa é analisar as novas instituições da família e identificar os direitos, fundamentos e deveres na relação familiar. São objetivos específicos: examinar o direito da família frente à Constituição Federal de 1988; descrever as principais alterações no Direito Civil, esclarecer as espécies de poder familiar. O estudo faz uso do método indutivo associado à pesquisa bibliográfica utilizando a produção descritiva e observando a Normalização dos Trabalhos Acadêmicos da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) e regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Palavras-chave: Família; Direitos; Deveres; Evolução; Igualdade.

Abstract: This paper deals with the rights and duties in the New Family Relations. It is presented in the form of a scientific paper serving mandatory requirement for obtaining note in discipline Monograph II by UNIARP - University Alto Vale do Rio do Peixe. The overall objective of the research is to analyze the new family of institutions and identify the rights, grounds and duties in the family relationship. Specific objectives: to examine the right of the family in the Federal Constitution of 1988; describe the main changes in civil law, to clarify the kinds of family power. The study makes use of the inductive method associated with the bibliographic research using descriptive production and observing the Normalization of Academic University Alto Rio do Peixe Valley (UNIARP) and rules of the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT).

Keywords: Family; Rights; Duties; Evolution; Equality.

¹ Bacharel em direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, campus de Caçador. E-mail: silmaragranemann@hotmail.com.

² Bacharel em direito, Mestranda no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Desenvolvimento e Sociedade da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. E-mail: ivonete.moreira@uniarp.edu.br.

³ Professora do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP).

⁴ Professor Orientador - Esp. Rodrigo Barzotto Pereira de Souza.

⁵ Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP (2011). Graduada Bacharel em Direito pela UnC – Universidade do Contestado Campus Caçador (2006). Advogada com a OAB/SC 24.822. Professora na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como tema, os direitos e deveres nas novas relações familiares, verificando-se os elementos necessários para sua caracterização bem como os fundamentos necessários capazes de proporcionar um melhor entendimento das novas famílias.

Sabe-se que o vínculo sanguíneo, biológico da organização familiar por décadas vigorou na formação da família, aonde a mulher figurava o papel de dona de casa e de mãe responsável unicamente pela criação dos filhos, enquanto que o esposo tinha a função de trazer o sustento para dentro do lar.

Ocorre que, com o passar dos tempos, e principalmente com a evolução social na sociedade, o modelo transformou-se, sendo que o pai perdeu o autoritarismo e passou a competir com a mulher, e a ter influência dentro dos lares, expondo opiniões, participando efetivamente, das decisões familiares.

Dessa maneira, a pesquisa pauta-se no objetivo geral em analisar as novas instituições da família e identificar os direitos, fundamentos e deveres na relação familiar.

2 AS FORMAS DE FILIAÇÃO NA ORIGEM HISTÓRICA

Filiação é a relação de parentesco que une uma pessoa à outra, seja ela através do nascimento natural, adoção ou mesmo vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção mediante procedimento artificial, denominada inseminação artificial heteróloga.⁶

Pode ser dividido o instituto da filiação como, em sentido estrito, denominando a relação jurídica que liga o filho a seu pai, também chamado de filiação propriamente dita. Já se visualizada pelo lado inverso, do genitor em relação ao filho, o vínculo denomina-se paternidade ou maternidade.⁷

A evolução histórica que hoje abrange o Direito Civil brasileiro estabelece total igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e a adotiva. Eram considerados como filhos legítimos os que procediam de justas núpcias, não

⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 6.v. p. 272

ocorrendo o casamento os filhos eram considerados ilegítimos.⁸

Washington de Barros Monteiro faz menção ao parentesco legítimo e ilegítimo:

Espécies de Parentesco: o parentesco é legítimo ou ilegítimo; legítimo, se procede do casamento; ilegítimo, em caso contrario. Assim dispunha o art. 332 do Código Civil, revogado pela Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. De acordo com esse dispositivo, são parentes legítimos dois irmãos que procedam de um mesmo casal unido pelos laços matrimoniais; se, todavia, os irmãos procedem de união livre ou extralegal, serão parentes ilegítimos.⁹

Os filhos considerados ilegítimos passavam por uma segunda classificação, a qual distinguia os naturais dos espúrios. Naturais, quando entre seus genitores não havia nenhuma forma de impedimento para o casamento. Já os espúrios quando a lei proibia de alguma forma a união conjugal dos genitores, esses podiam ser adúlteros, quando o impedimento fosse resultado de fato de um ou de ambos serem casados, e incestuosos, decorrente do parentesco próximo, como entre pai com filha ou entre irmãos.¹⁰

Com a evolução histórica, todos são apenas filhos, independente de serem concebidos em uma relação incestuosa, adúltera, ou mesmo decorrentes do casamento, tratados com igualdade de direito e qualificações.¹¹

O instituto da filiação pode ser dividido entre, filiação matrimonial e extramatrimonial, enquadrando-se também, como forma de filiação a decorrente de reprodução assistida e da adoção.

3 ASPECTOS FUNDAMENTAIS NA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER

FAMILIAR

No passado, os romanos davam ao *pater familias*, o direito, inclusive, de matar seu filho (*jus vitae et necis*), estendendo-se esse poder no período da República, embora com algumas moderações, porém, apenas no século II, sob a influência de Justiniano, os poderes do chefe de família limitaram-se aos direitos de correção dos atos da prole.¹²

⁸ GONÇALVES, 2006, p. 273

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 2.v. p. 243

¹⁰ Loc.cit.

¹¹ Ibid., p. 273

¹² MADALENO, loc, cit., p. 497

Sobre o tema discorre Washington de Barros Monteiro:

O pátrio poder foi instituído perfeitamente organizado em Roma. Primitivamente, no direito romano, a *pátria potestas* visava tão somente ao exclusivo interesse do chefe de família. Nos primeiros tempos, os poderes que se enfeixavam na autoridade do pai, tanto os de ordem pessoal como os de ordem patrimonial, se caracterizavam pela sua larga extensão.¹³

Se no terreno pessoal o pai exercia o direito de expor o filho ou matá-lo, *jus vitae et necis*, de transferi-lo a outrem, *in causa mancipi*, ou mesmo de entregá-lo como indenização, *noxae deditio*, no terreno patrimonial, o filho, como o escravo, nada possuía de próprio. Tudo que o filho adquiria, adquiria para o pai, princípio que só não se estendia em relação às dívidas.¹⁴

Ao longo dos anos, mudou substancialmente o instituto do pátrio poder, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária, que era voltada ao interesse do chefe de família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos.¹⁵

Essa evolução que ocorreu com o passar do tempo, restringiu os poderes outorgados ao chefe de família, sob o aspecto pessoal, reduzindo o absolutismo opressivo dos pais a simples direito de correção.¹⁶

Atualmente o denominado poder familiar, chamado até 2002 de pátrio poder, está previsto na Legislação Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, cuja matéria vem disciplinada nos arts. 1.630 a 1.689.¹⁷

O instituto do poder familiar resulta de uma necessidade natural do homem. Constituída a família e nascidos os filhos, não basta prover os alimentos e deixá-los crescer à lei da natureza, como os animais, há que educá-los e dirigi-los, com o intuito de prover a proteção necessária nos primeiros anos de vida.¹⁸

Sobre as necessidades dos seres humanos, ressalta Carlos Roberto Gonçalves:

O ente humano necessita, durante sua infância, de quem o crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência de sua pessoa e seus bens. As pessoas naturalmente indicadas para o exercício dessa missão são os pais. A eles confere a lei, em princípio,

¹³ MONTEIRO, 2001, p. 287

¹⁴ Ibid., p. 287

¹⁵ LÔBO, 2010, p. 292

¹⁶ MONTEIRO, 2001, p. 287

¹⁷ VERONESE, 2005, p. 22

¹⁸ GONÇALVES, 2006, p.357

esse mistério, organizando-o no intuito do poder familiar.¹⁹

A concepção de um filho é uma experiência gratificante, que vem acompanhada de algumas responsabilidades. Aos pais cabe preparar o filho para a vida, que consciente ou inconscientemente, transmite seus valores, sua visão de mundo. À grande responsabilidade que os pais exercem para com seus filhos, é inerente a um poder que é atribuído a tal.²⁰

O poder familiar pode ser denominado não como o exercício de uma autoridade, mas sim, um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente de lei. Nesse sentido, entende-se que o poder familiar é um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos genitores para com sua prole, desde que os filhos não sejam maiores ou emancipados.²¹

Constitui um direito da pessoa o poder familiar e por isso não pode ser alienado ou mesmo renunciado, delegado ou substabelecido. Em decorrência a tal peculiaridade, qualquer convenção em que o pai ou a mãe abdique desse poder é considerada nula.²²

4 DIREITOS E DEVERES NA NOVA FAMÍLIA

Como dever prioritário devem os pais, antes de tudo, assistir seus filhos, na mais ampla e integral destreza de proteção, não apenas da função de alimentar e manter, mas também, para mantê-los sob sua guarda, segurança e companhia, assegurando todo o suporte necessário para conduzi-los ao completo desenvolvimento, cabendo aos filhos a necessária obediência.²³

No passado era exclusivamente do pai o exercício do poder familiar, e ao cônjuge varão era atribuída a chefia da sociedade conjugal, sendo possível a sua substituição apenas em decorrência de sua ausência ou impedimento, diferentemente da atualidade, quando sequer era cogitado a possibilidade de um pátrio poder compartilhado.²⁴

O poder inerente ao pai foi abolido pela Constituição da Republica Federativa

¹⁹ LÔBO, 2010, p. 357

²⁰ COELHO, 2006, p. 184

²¹ VENOSA, 2009, p. 334

²² GONÇALVES, op. cit., p. 359

²³ MADALENO, *loc.cit.*, p. 501

²⁴ *Ibid.*, p. 500

do Brasil, em seu artigo 226, parágrafo 5º, que relata:

Art. 226 [...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.²⁵

Conclui-se dessa forma que a igualdade dos cônjuges na chefia da sociedade conjugal, cuja igualdade deve ser estendida aos companheiros da união estável, e a qualquer outra forma de entidade familiar, somente passou a ser consagrada com a promulgação da atual Constituição Federal.²⁶

Os direitos e deveres atribuídos ao poder familiar, não competem exclusivamente aos pais que constituíram família legítima, podendo ser exercido somente pela mãe ou pelo pai, quando esses não forem casados.²⁷

O conteúdo do poder familiar encontra origem no artigo 229 da Constituição Federal, ao comandar como dever inerente aos pais os de assistir, criarem e educarem os filhos menores.²⁸

Sobre o dever dos pais preceitua a Constituição Federal:

Art. 229. Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.²⁹

O poder familiar é um poder-dever dos pais para com seus filhos. Ao Estado cabe a legitimidade de fiscalizar e defender os menores que nele vivem. Assim, reserva-se o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender ou excluir o poder familiar. Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir seus deveres decorrentes do poder familiar, o estado pode e deve intervir.³⁰ A lei disciplina casos em que o titular, os pais, devem ser privado de seu exercício temporariamente ou definitivamente.³¹

Nesse sentido preceitua Paulo Lôbo:

Por sua gravidade, a perda do poder familiar somente deve ser decidida quando o fato que ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. A suspensão do poder familiar ou adoção de medidas eficazes devem ser preferidas à perda, quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de

²⁵BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06 de março 2016.

²⁶ MADALENO, 2009, p. 498

²⁷ GOMES, 2001, p. 390

²⁸ MADALENO, 2009, p. 501

²⁹BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06 de março 2016.

³⁰ DIAS, 2009, p. 392

³¹ VENOSA, 2009, p. 347

afetividade. A perda é imposta no melhor interesse do filho; de sua decretação que lhe trouxe prejuízo, deve ser evitada.³²

Deste modo temos sempre a criança e o adolescente protegidos pela legislação, e dispomos de formas diferentes de preservar os interesses dos mesmos. Sendo a suspensão e a extinção do poder familiar sanções aplicadas aos genitores pela infração dos deveres que incumbem aos responsáveis pelo exercício do poder familiar, ainda que não sirva como pena ao pai faltoso. O intuito principal não é punir, visa muito mais preservar o direito do menor, afastando influências nocivas.³³

Diante de todo o exposto, pode ser considerado o poder familiar, uma evolução do pátrio poder, que visa proteger o interesse do menor. Sendo então, o poder familiar um *múnus* que deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, e o Estado pode interferir nessa relação, que em resumo, afeta a entidade familiar.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa tratou com enfoque principal as novas relações familiares. Sendo tratado desde as formas de filiação na história, os aspectos do poder familiar e sua evolução, bem como os direitos e deveres na nova família.

Outrora ao regime democrático brasileiro, se conceituava família apenas as relações do casamento. Já com a promulgação da Constituição Federal de 1988, família passou a ser entendida como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O instituto do poder familiar atribui a responsabilidade para com os filhos ao pai e mãe sem distinção ou preferência, isso sendo uma evolução do pátrio poder, que dava somente ao pai o poder sobre os filhos.

Com a evolução para o poder familiar, a igualdade entre os pais prevaleceu, e o filho da mesma maneira passou a ter vontades e direitos, sendo reconhecido isso como forma de assegurar sua integridade física e psicológica. Essa evolução é resultado de uma necessidade humana e jurídica, pois, a estrutura da família mudou, e hoje não se tem mais o casal sendo homem e mulher e seu casal de filhos como o padrão da sociedade.

³² LÔBO, 2010, p. 305

³³ DIAS, *loc.cit.*, p. 392

O que se tem, são famílias que se adaptaram de acordo com a evolução do mundo, de acordo com suas necessidades, como caso de casais separados que dividem a guarda, pais e mães que por outras circunstâncias criam e educam seus filhos sozinhos, ou até mesmo famílias formadas por irmãos, avós e netos, tios e sobrinhos, homossexuais que adotam, enfim inúmeros são as possibilidades de formação de família que se tem hoje.

Desta forma, sendo o exercício do poder familiar atribuído a ambos os genitores, sem distinção, o que deve sempre prevalecer é o Princípio da Igualdade correlacionado com o Princípio do Melhor Interesse da Criança, pois a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, titulares de direitos fundamentais, reconhecidos pelo sistema jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 19. ed. Brasília: Ridel Editora, 2013.

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil. Disponível em <www.senado.gov.br>. Acesso em 21 de abril 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Orlando. **Direito de família**: 14. ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 6.v.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: Direito de família. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 2.v.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009. 7.v.

LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA DA EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA – UMA ANÁLISE JURÍDICO SOCIAL DA APLICAÇÃO DA NORMA A REALIDADE¹

Regulations of distance learning programs - analysis on the law applied to reality

Maria Eduarda Gropp Longen²
Maria Luiza A. A. Serra³

Resumo: O presente artigo se propõe, a realizar uma análise acerca da legislação regulamentadora da EAD e estabelecer um comparativo da norma escrita com a realidade com o fim de se obter uma maior compreensão, quer por parte do público, quer por parcela da comunidade acadêmica, que tem certo preconceito com a modalidade de educação a distancia, e investigar se a normatização criada em nosso país atende às expectativas, à demanda social, e se de fato, a modalidade em foco, se insere em todas as camadas sociais, eis que uma das motivações para a criação da EAD é a inclusão social. Ainda, visa demonstrar se o ensino, aplicado através da modalidade a distancia consegue ser absorvido pelo aluno de maneira eficaz e perene. Ainda, a LDB preconiza que a educação escolar se compõe de básica e superior, e as pormenoriza. Assim se questionou também quanto a possibilidade da educação a distância ser aplicada a todos os estágios/fases da educação. Por fim, considerando que a maior parte do público tem algum preconceito quanto ao ensino a distância, sendo estes colocados em contato com esta modalidade, a opinião, através da experiência, é modificada de forma positiva? Tais questionamentos restaram respondidos, através de pesquisa cuja técnica aplicada foi a bibliográfica, sendo realizada análise detalhada da legislação pátria que rege a educação a distância bem como referencial doutrinário e eventualmente lançado mão do método dedutivo.

Palavras-chave: Ensino a distância. Inclusão social. Tecnologias. Legislação. Aspectos jurídicos.

Abstract: This article proposes to carry out an analysis of the regulatory legislation about Distance Learning to establish a comparison of the written standard with reality in order to obtain a greater understanding, both by the public and a portion of the academic community, that has an misjudgement with that kind of education, and to investigate whether the rules created in our country meets the expectations, the social demand, and if in fact, the modality in focus, is inserted in all the social layers, once that one of the motives to creates distance learning is social inclusion. Furthermore, it aims to demonstrate if the teaching, applied through the distance modality can be absorbed by the student in an effective and perennial way. LDB also recommends that school education be composed of basic and higher education, and details them. It was

¹ Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação lato sensu a distancia em Gestão Educacional pelo convênio UCDB/Portal Educação/2013.

² Bacharelada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Advogada. Pós-graduanda em Docência do Ensino Superior pela UCDB/Portal Educação (lato sensu). E-mail: meduarda.gropp@gmail.com.

³ Professora, especialista, Mestre em Educação. Orientadora do trabalho de conclusão do curso de pós-graduação em Gestão Educacional da UCDB/Portal Educação. E-mail: marialuiza@ead.ucdb.br.

also questioned about the possibility of distance education being applied to all stages of education. Finally, considering that most of the public has some prepossession regarding distance education, if they can be in contact with this modality, is the opinion, through experience, modified in a positive way? These questions were answered by means of a research whose applied technique was the bibliographical one, being carried out a detailed analysis of the national legislation that governs distance education as well as doctrinal referential and possibly using the deductive method.

Keywords: Distance Learning. Social Inclusion. Technologies. Legislation. Legal Aspects.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo, será trabalhada inicialmente, uma breve pontuação histórica acerca do nascimento da Educação a Distância (EAD), com o fito de situar o leitor e identificar os princípios que regem esta modalidade de ensino, para que possamos então, adentrar no tema ora proposto e destrinchar a legislação regulamentadora.

A presente análise visa esmiuçar algumas questões legais e realizar um estudo a fim de constatar se o espírito da lei vem sendo cumprido através do tempo, pois é cediço que a EAD passou a ser inserida como modalidade de ensino na legislação pátria a fim de tornar viável o acesso de todas as camadas sociais aos estudos, na medida em que, nos termos da atual Lei de Diretrizes e Bases (LDB) a EAD se revela uma oportunidade de ensino a distância, em diversos níveis de ensino.

Ainda, será verificada a importância das tecnologias como peças fundamentais para a concretização e existência da EAD, porquanto lhe compete facilitar as condições de penetrabilidade de iniciativas educativas e, ao mesmo tempo, tencionam as relações de aprendizagem em diferentes dimensões bem como o acesso ao ensino numa perspectiva de democratização das oportunidades e superar limitações de recursos financeiros, bem ainda restou necessária a análise acerca da fixação ou perenidade dos conteúdos aprendidos/absorvidos pelo educando. Nessa seara se constatou a formação continuada, como grande aliada da EAD, pois não se espera que um curso, qualquer que seja, esgote os conteúdos dos temas a ser estudados, mas sim construir no aluno a capacidade de reconhecer fontes de informação e saber, para que, em atenção as demandas globais, este permaneça estudando e se auto formando sem cessar.

Ao final, tocante a questão da aplicação da EAD em todos os níveis de escolaridades, se concluiu pela inaplicabilidade não somente no ensino infantil, mas também no ensino fundamental, notadamente por força da disposição contida no

paragrafo 4, do Art. 32 da LDB, “(...) o ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distancia utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais”.

2 EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA – HISTÓRIA, CONCEITOS E DEFINIÇÃO, PRINCÍPIOS

2.1 HISTÓRIA

A Educação a Distância teve seus primeiros passos na Europa e Estados Unidos, tanto que, no alvitre de Belloni (1999), esta surgiu com o desenvolvimento dos meios de transporte e comunicação, na medida em que a confiabilidade destes meios permitia o aparecimento das primeiras experiências de ensino por correspondência.

Neste primeiro momento, a EAD surge como um método de estudo complementar, utilizado essencialmente por adultos entre 25 e 40 anos, que estudam em tempo parcial, sendo importante, inclusive, trazer a lume características relativas a pesquisas realizadas por Walker (apud BELLONI, 1999), que define como elemento primordial de um estudante de EAD como sendo:

Uma imagem dominante é a do silêncio, tranquilidade e solidão. Um tema recorrente é o tempo de estudo: tarde da noite, quando as crianças estão acomodadas, o marido vendo televisão na sala (muitos estudantes são mulheres), está escuro lá fora, pode haver um cão ou um gato por perto, a cozinha esta limpa e arrumada, os lanches para o dia seguinte estão prontos na geladeira, e a estudante arruma um espaço na ponta da mesa, desarrumando o mínimo possível a mesa posta para o café da manhã. Os livros estão abertos e o “estudo” pode começar. (WALKER apud BELLONI, 1999, p. 40).

Assim, podemos ter um vislumbre dos primórdios da EAD, retratada como uma modalidade complementar de estudos, manejada em tempo parcial por adultos que já tinham base escolar, cujo material chegava às mãos de seus alunos/clientes, através de fascículos, cartas etc., que chegavam pelos trens e correios, por exemplo.

No Brasil a Educação a Distância começa a tomar corpo a partir da segunda metade de 1990, notadamente em razão das inovações tecnológicas e com a disposição das Leis de Diretrizes e Bases, que passa a contemplar a modalidade a distancia como método de trabalho e ensino no nosso país. (FRAGALE FILHO, 2003).

Esta introdução da modalidade do Ensino a Distancia a nossa legislação se dá em razão de algumas facilidades e princípios norteadores da EAD que possibilitam

uma abrangência de grande número de alunos, por valores acessíveis, e que atingem os recôncavos de nosso país de dimensões continentais.

Outro ponto de destaque para a implementação da EAD no Brasil se dá ao fato da disparidade de distribuição de renda, bem como a melhor oportunidade de inclusão de diversos tipos de pessoas, com suas diversas culturas, debilidades e eventualmente deficientes físicos ou mentais, de poderem ser incluídos no sistema de ensino ora analisado, ocorrendo, portanto, uma maior inclusão social na educação do Brasil. Assim, se pode afirmar que:

[...] a Lei n. 9394 apresentou um ponto de partida a busca de alternativas que tornem viáveis a realização de cursos aos alunos que residem em locais distantes das instituições educativas ou que estão fora do sistema regular de ensino por algum motivo. A LDB também dispôs que a EAD deve receber tratamento diferenciado com [...] custos de transmissão reduzidos em canais comerciais de radiodifusão sonora e de sons e imagens [...] (HACK, p. 33, 2011)

Com a finalidade de ampliar e diversificar o acesso ao ensino superior no Brasil foi criado pelo MEC, um sistema conhecido como Universidade Aberta no Brasil (UAB), a qual primordialmente visa aprimorar, expandir e interiorizar o ensino superior público e gratuito no País, com apoio da educação a distância e a incorporação de novas metodologias de ensino, mormente o uso de tecnologias digitais, de modo a ofertar os cursos de nível superior a camadas da população que até então não tinham acesso ao processo educacional. (HACK, 2011).

A UAB, além dos objetivos acima mencionados, visa também “[...] apoiar pesquisas em metodologias inovadoras de ensino superior respaldadas em tecnologias de informação e comunicação”. (UAB, s/d). Desta maneira, conforme a UAB/CAPES (2014), com o advento da UAB, que implementou a universidade pública de qualidade em locais distantes e isolados, se passa a ter importante mecanismo de inserção social e acesso ao ensino superior, fortalecendo a escola no interior do Brasil, minimizando a concentração de oferta de cursos de graduação nos grandes centros urbanos e evitando o fluxo migratório para as grandes cidades, assim, se inicia a EAD nos moldes que hoje se conhecem em nosso País.

2.2 CONCEITOS E DEFINIÇÕES

Importante se ter em mente, antes de adentrar as definições e conceitos da EAD que não há que se falar em comparações relativas à metodologia ou modelos convencionais e a distância. Isto porque a EAD não pretende substituir o ensino

presencial hoje existente, o qual vem passando por desafios, inclusive por influência da EAD, especialmente no que se refere à característica da formação continuada, renovação de horizontes, expansão do conhecimento humano (ESCOTET apud ENRICONE, 2003). Nas palavras de Gustavo Cirigliano (1983 Apud VIDAL; MAIA, 2010), a EAD é um ponto intermediário de uma linha contínua em cujos extremos se situam de um lado, a relação presencial professor-aluno, e, de outro, a educação autodidata, aberta, em que o aluno não precisa da ajuda do professor.

Entretanto, entendemos que esta afirmação não pode ser levada ao pé da letra, tendo em vista que a EAD não prega a inexistência, ou desnecessidade do professor no método de aprendizado a distância, eis que, muito embora o papel deste se descentralize do processo educacional, na medida em que não é mais o único detentor e transmissor do saber, ao mestre compete bem nortear os pupilos, preparando bons materiais, indicando bibliografias pertinentes e substanciais, estando sempre atento para amparar o aluno com feedbacks, incitando e fomentando a ampliação dos pensamentos, conhecimento e capacidade crítica dos acadêmicos.

No Brasil, segundo Vianney, (2009 apud VIANA; MAIA, 2010), existem cinco modelos de EAD: Os de tele-educação, com transmissão ao vivo e via satélite em canal aberto para todo o País; a vídeo educação com reprodução pré-gravada em forma de teleaulas; o semipresencial, que combina a educação a distância com a presencial em polos regionais e funcionam como apoio aos alunos para laboratórios, bibliotecas, e salas de aula para realização de tutoria presencial; o modelo de universidade virtual, aonde as etapas presenciais são reservadas para a realização de provas, sendo as demais atividades realizadas a distância; por fim, os cursos a distância, no qual os alunos frequentam períodos, de forma presencial na Instituição de Ensino e onde realizam não apenas provas, mas atividades em laboratório, por exemplo. Consoante o Decreto n. 5.622/2005 que regulamenta o artigo 80 da LDB assim dispõe:

Art. 1º Para os fins deste Decreto, caracteriza-se a educação a distância como modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorre com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com estudantes e professores desenvolvendo atividades educativas em lugares ou tempos diversos. [...] (BRASIL, 2005).

Dentre tantas definições, podemos assentar que a educação a distância apresenta características específicas, rompendo com a concepção da presencialidade

no processo de ensino-aprendizagem. Para a EAD, o ato pedagógico não é mais centrado na figura do professor, e não parte mais do pressuposto de que a aprendizagem só acontece a partir de uma aula realizada com a presença deste e do aluno. (VIDAL; MAIA, 2010).

Referente às características podemos afirmar que os cursos a distância possuem sua marca fundamental na superação da exigência de sincronidade presencial de professor e aluno em um mesmo local, pois a base de sua metodologia se funda no material didático que é transmitido *on line*, por televisão, correio etc. (ROVER; FRAGALE FILHO, 2003).

Concernente a EAD *on line*, é possível se verificar um maior controle e dinamismo por parte de professores e alunos, uma vez que estes podem se comunicar através de fóruns, e-mails, mensagens, videoconferências, o que oportuniza uma maior interação entre estes e também entre os demais estudantes, tornando o processo mais caloroso e próximo, auxiliando positivamente o processo.

Assim, temos que o ensino a distância foi criado inicialmente como método complementar, ascendeu a modalidade capaz de atender demandas globais, mormente em razão da facilidade com que as informações puderam, ao longo do tempo, ser difundidas e chegar até as pessoas, entretanto, e hoje se faz essencial para a sociedade moderna, na medida em que amplia o acesso de grandes fatias populacionais ao ensino, entretanto, para que bem funcione e atinja seu fim com primazia, necessário que se observe princípios norteadores, os quais serão mais especificamente mencionados a seguir.

2.3 PRINCÍPIOS

As ações de EAD são norteadas por alguns princípios, entre eles a flexibilidade, permitindo mudanças durante o processo, não só para os professores, mas também, para os alunos; contextualização, satisfazendo com rapidez demandas e necessidades educativas ditadas por situações socioeconômicas específicas de regiões ou localidades; diversificação, gerando atividades e materiais que permitam diversas formas de aprendizagem e Abertura, permitindo que o aluno administre seu tempo e espaço de forma autônoma (LEITE, 1998, p. 38 apud VIDAL; MAIA, 2010).

No entender de (ROVER; FRAGALE FILHO, p. 52, 2003) as características da EAD são: separação física entre professor e aluno; sistema tecnológico de

comunicação bidirecional; forte embasamento em recursos didáticos e material de apoio; aprendizagem autônoma do estudante; forte influência da organização educacional, planos, projetos e planejamento; forma industrializada de educação. É possível notar que a EAD é método de ensino cuja base é a autoformação, realizado de maneira autônoma, de pedagogia individualizada, coformado por meio de troca e autodirigida. (ALAVA, 2002).

2.3.1 Separação espacial e o professor na EAD

A primeira coisa que sentimos quando iniciamos um curso a distância é o afastamento físico daquele que é nosso professor bem como do espaço geográfico que separa a pessoa que aprende dos recursos uteis a sua aprendizagem (BOUCHARD, 2003).

Esse distanciamento que se pretende minimizar através de meios técnicos, reflete uma característica fundamental do ensino a distância, que, entretanto, merece cuidado para que não espelhe: “[...] distância pedagógica, produzida pelo acesso limitado de recursos educativos e dificuldade do aprendiz de exercer influencia direta sobre o desenvolvimento de sua experiência educativa”. (BOUCHARD, p. 71, 2003). Desta forma, a questão da diferença de tempo e espaço que se verifica na EAD, deve ser superada através da multiplicidade de estratégias através das mídias e da constante interação e motivação do usuário.

No tocante ao professor podemos pontuar como primeira peculiaridade a substituição da palavra, que no ensino a distância, passa a se chamar tutor. As diferenças não terminam por aí, uma vez que na EAD se verifica que o tutor não assume o papel de professor, pois funciona como um auxiliador na construção do próprio caminho, orientando a aprendizagem, ajudando no esclarecimento de suas dúvidas, identifica dificuldades, indicando leituras, organizando atividades de estudo em grupo, supervisionando a prática de oficina ou laboratório e assim por diante. (VIDAL; MAIA, 2010). Tal modificação está intimamente ligada às novas demandas sociais, ao formato da EAD e as exigências de um aprendizado mais autônomo, no qual o professor deixa de ser o único detentor do conhecimento e passa a ser um parceiro do aluno, na medida em que o constroem juntos.

Segundo Belloni (1999), quem ensina no método a distância é a Instituição, porquanto a responsabilidade do ensinar se divide em uma equipe de especialistas

na qual haverá quem elabora, quem executa, quem planeja, quem define, sendo, portanto, o ato de ensinar segmentado, com vistas a otimizar o tempo e a qualidade do ensino.

2.3.2 Tecnologias e material de apoio

Como suporte fundamental e porque não dizer como premissa de existência do ensino na modalidade a distância se observa a evolução e a utilização das tecnologias em prol do ensino.

A tecnologia nos traz múltiplas possibilidades e seu uso eficiente é indispensável para o processo educativo. O cinema, o rádio, a TV, o computador, a teleconferência, a videoconferência a webconferência, e tantas outras coisas, devem ser utilizadas para dinamizar o processo de ensino pela EAD, pois quebram a monotonia, exemplificam a temática com recursos diversos, motivam o estudante a dar continuidade aos estudos, e ampliam a possibilidade de comunicação (HACK, 2010).

Não menos importante se corrobora o material de apoio, o qual deve ser concebido pela Instituição com o propósito de mediar e comunicação entre aluno e professor, bem como deve apresentar os conteúdos de maneira a orientar o aluno na trajetória de cada disciplina e ainda precisa estar em consonância com o projeto pedagógico do curso, levando em conta as habilidades e competências específicas a serem desenvolvidas mediante um conjunto de mídias compatíveis com a proposta e com o contexto sócio- econômico do público alvo (FRAGALE FILHO, p. 152, 2003).

Portanto, bem utilizados e aliados, com o propósito de atender as demandas da EAD, tecnologia e material de apoio são indispensáveis para o bom aproveitamento do aluno e seu crescimento ao longo do curso realizado a distância.

2.3.3 Motivação, aprendizagem autônoma/autodirigida

A motivação tem papel importante no ensino a distancia. Esta deve repousar no aluno, entretanto, grande parte da responsabilidade por mantê-la e alimentá-la concerne ao professor, que deverá fazê-lo através das tecnologias colocadas a sua disposição.

No sentir de Vidal e Maia (2010, p. 15), o professor deverá mobilizar os alunos para que construam significados o conhecimento que formam, de maneira que se

sintam motivados a trocar informações, experiências, registrem suas descobertas e compartilhem suas impressões com a turma, se tornando participantes ativos e dinâmicos na sociedade em que estão inseridos.

Entretanto, em consonância com a motivação provocada pelo professor, compete ao aluno desempenhar seus estudos de maneira autônoma, estando em condições de reconhecer suas necessidades de estudo, formulam objetivos de aprendizagem, selecionam conteúdos, planejam estratégias de estudo, selecionam material didático, identificam fontes adicionais de pesquisa e se utilizam delas, bem como ordenam, conduzem e avaliam seu processo de aprendizagem (HACK, 2010, p. 91).

Falar de aprendizagem autodirigida significa dizer que o aluno tem o poder de ser independente, possui controle de sua capacidade de formação, controle psicológico de seus procedimentos cognitivos (ALAVA, 2002).

A autonomia e a capacidade de se autodirigir são de suma importância para aquele que pretende se utilizar da educação a distância e obter resultados satisfatórios nesta empreitada, contudo, infelizmente nem todos são possuidores de tais características, o que acaba por reforçar as experiências negativas com a EAD e a ideia equivocada de que o sistema não funciona ou não atende as expectativas.

3 LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA DA EAD NO BRASIL – ANÁLISE DA EAD NO BRASIL, ESTUDOS DE CASOS X LEI– A COMPARAÇÃO.

3.1 ANÁLISE DA EAD NO BRASIL

Diante da expansão da modalidade de ensino a distância mundo afora e também em nosso país, surge a necessidade de se regulamentar o método através de leis, com vistas a tornar essa modalidade de ensino algo mais seguro e passível de fiscalização e acompanhamento do Estado. Isto porque “Falar em educação a distância é tocar num assunto polêmico, visto por grande número de educadores como sinônimo de ensino de baixa qualidade ou de oportunismo mercantilista. (...)” (BACHA FILHO; FRAGALE FILHO, 2003, p. 27).

Com efeito, esta ideia se dava pelo fato de que, apesar de existir uma grande demanda pela modalidade do ensino a distância, havia desconfiança, por parte das

grandes lideranças educacionais de nosso país, que o sistema talvez contivesse falhas as quais poderiam tolerar fraudes com a participação de instituições oportunistas, mercenárias e da afastabilidade do poder público na fiscalização do mencionado sistema.

Entretanto, o crescimento do ensino na modalidade a distância vem ocorrendo sobremaneira, notadamente nos últimos vinte anos, de modo que, conforme alhures mencionado, com o advento da Universidade Aberta, muito embora a ideia inicial fosse possibilitar o acesso do ensino público federal, estadual e municipal a todas as camadas da população, a vanguarda da implementação do sistema se deu por parte das Universidades Particulares, o que, por vezes ensejou a desconfiança e falta de segurança acima apontada. (BACHA FILHO; FRAGALE FILHO, 2003).

A Carta Magna preconiza em seu inciso I do artigo 206 o acesso ao ensino, que deverá ser ministrado a todos os brasileiros, em atenção ao princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Dispondo sobre a Educação a distância a Lei de Diretrizes e Bases, Lei n. 9.394/1996, enuncia:

Art. 80. O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada.

§ 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União.

§ 2º A União regulamentará os requisitos para a realização de exames e registro de diploma relativos a cursos de educação a distância.

§ 3º As normas para produção, controle e avaliação de programas de educação a distância e a autorização para sua implementação, caberão aos respectivos sistemas de ensino, podendo haver cooperação e integração entre os diferentes sistemas.

§ 4º A educação a distância gozará de tratamento diferenciado, que incluirá:
I - custos de transmissão reduzidos em canais comerciais de radiodifusão sonora e de sons e imagens e em outros meios de comunicação que sejam explorados mediante autorização, concessão ou permissão do poder público; (Redação dada pela Lei nº 12.603, de 2012)

II - concessão de canais com finalidades exclusivamente educativas;

III - reserva de tempo mínimo, sem ônus para o Poder Público, pelos concessionários de canais comerciais.

Para melhor regulamentar as disposições gerais contidas no artigo supra, o legislador houve por bem fazê-lo através do artigo 2º, do Decreto n. 5.622/05.

Art. 2º A educação a distância poderá ser ofertada nos seguintes níveis e modalidades educacionais:

I - educação básica, nos termos do art. 30 deste Decreto;

II - educação de jovens e adultos, nos termos do art. 37 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996;

III - educação especial, respeitadas as especificidades legais pertinentes;

IV - educação profissional, abrangendo os seguintes cursos e programas:

- a) técnicos, de nível médio; e
- b) tecnológicos, de nível superior;

V - educação superior, abrangendo os seguintes cursos e programas:

- a) sequenciais;
- b) de graduação;
- c) de especialização;
- d) de mestrado; e
- e) de doutorado.

Assim, o legislador promulgou dispositivos legais, os quais revestem de maior segurança e proximidade a fiscalização pelo Estado da aplicação da EAD pelas entidades de ensino, cujo desafio é tornar cada vez melhor a qualidade desta modalidade de ensino. Por conseguinte, surge a grande questão: o ensinamento aplicado através do método a distancia consegue ser absorvido e fixado pelos alunos?

Para tanto, insta observar que o que se deve ter em mente é um dos princípios que guiam a EAD, qual seja o da educação continuada e permanente. Um curso realizado pela modalidade a distância, não tem a pretensão de esgotar os temas trabalhados, mas sim de nortear o aluno de maneira que este, munido do autogerenciamento dos estudos, possa localizar as fontes de onde procurar e retirar as informações necessárias para aplicar nos problemas que se apresentarem em sua vida prática e profissional.

Inclusive, é possível afirmar que na mesma senda vem se desenvolvendo, nos últimos anos, estas premissas acadêmicas do ensino presencial, haja vista que diante de toda a globalização e celeridade com que os dados e as informações se transmitem e se disseminam pelo mundo, é por demais pretensioso e ingênuo crer que mesmo na modalidade presencial um aluno ou um professor seja capaz de exaurir os temas pertinentes aos cursos ministrados.

Além do mais, especificamente na EAD, as técnicas de aprendizagem são aplicadas com a finalidade de que o aprendizado por esta transmitido se firme no aluno, por exemplo, a teoria da aprendizagem significativa (COLLA, MEDEIROS; ANDRADE, 2003).

Na aprendizagem significativa se levam em conta, variáveis que remetem o sujeito que aprende à disposição para aprender e capacidade para dar significado ao aprendizado, e também ao material que precisa ser absorvido, o qual necessita de uma carga significativa, ou seja, deve ter um significado lógico para o aprendiz, que se utiliza de estruturas de conhecimentos prévios para formar, construir uma nova

informação, um novo saber. (COLLA, MEDEIROS; ANDRADE, 2003).

Não obstante, a comunicação dialógica entre professor e aluno surge como uma tônica das boas propostas da construção do conhecimento, que pode ser definida, nas palavras de HACK (2010), como um processo de comunicação interativa (*feedback*) no qual o emissor busca se certificar de que a informação que transmitiu foi codificada corretamente pelo interlocutor, por corolário, necessário se faz o domínio das tecnologias envolvidas no processo.

De mais a mais, o que se deve é sempre ter em mente de que ambos os acadêmicos, seja presencial, seja a distancia, se pretendem desempenhar bem seus papéis como profissionais e mesmo bem utilizar as informações e ensinamentos adquiridos nos bancos escolares, ou através das tecnologias utilizadas pela EAD devem sempre se manter estudando, se atualizando e disposto a trocar frequentemente informações e ideias, quer com seus professores, quer com seus colegas.

Com efeito, devemos observar ainda, a aplicação da EAD e em quais níveis da educação esta pode ser aplicada, eis que, conforme descrito no Art. 2º do Decreto n. 5.622/05, a EAD não pode ser aplicada indiscriminadamente em todas as esferas acadêmicas e níveis da educação, havendo casos em que esta será utilizada somente em regime de excepcionalidade e principalmente nos casos de educação infantil fundamental, na qual os usuários em potencial são desprovidos do senso de responsabilidade, disciplina, motivação e ainda não possuem um conhecimento prévio, ou seja, uma estrutura cognitiva bastante para que possa reestruturação das informações recebidas por materiais didáticos e assim bem aproveitar o método a distância e criar novas conexões e modificações de conceitos.

3.2 ESTUDOS DE CASOS X LEI – A COMPARAÇÃO

Diante de todas as ponderações acima realizadas, bem como da legislação existente no Brasil com o fito de regulamentar, fiscalizar e incentivar a EAD é importante que se possa trazer à baila a experiência de alunos e professores com a modalidade que ora se estuda.

Para tanto, HACK (2000), ao desenvolver sue mestrado em Comunicação Social elaborou algumas perguntas e as encaminhou, por *e-mail*, a entrevistados selecionados, pesquisadores da área, as quais, servirão de base para a nossa análise.

No mesmo norte, foram coletados dados de pesquisas e realizadas entrevistas por Alava (2002), que descrevem a experiência de formadores e aprendizes no que concerne a autoformação, formação dos professores, multimídia e internet para favorecer a autonomia dos estudantes no processo de aprendizagem, acompanhamento do estudante entre outros.

Segundo os entrevistados de Hack (2010), as vantagens do ensino a distância se refletem na otimização de tempo e de recursos educacionais, acesso da população que dificilmente poderiam se dirigir a espaços escolares, em razão do pouco tempo, poucos recursos financeiros, residem longe, dentre tantas outras razões.

Como corolário Alava (2002), aponta como facilitador a motivação do aluno arraigada a um objetivo pelo aprendiz em formação, quer seja um projeto pessoal ou profissional. De outro norte, ambos os estudos realizados pelos autores supracitados, indicam como desvantagem significativa para a EAD o isolamento em que se insere o estudante, que deve constantemente tentar suprir a lacuna através de interação com os demais alunos e tutores.

Ainda, são mencionadas algumas dificuldades de adequação de novas formas de se produzir conhecimento, concepções pedagógicas ultrapassadas, falta de orientação, ausência de planejamento, de diálogos reflexivos e ausência de domínio das mídias.

Sobre a tecnologia, pilar do método da educação a distância, especialmente a internet que derrubou as fronteiras do conhecimento e, portanto, é chave para formação continuada. Entretanto, não deve ser encarada como única via do processo, pois é necessário que professores e alunos disponham de conectividade, autodisciplina e metodologia, na medida em que se visa a integração dos recursos em um ambiente multimídia, somada a capacidade de se estabelecer novas formas de comunicação, troca e cooperação (ALAVA, 2002).

Considerando as proporções continentais de nosso país, discrepância de realidades sócio econômicas, aonde muitas vezes mesmo os professores não sabem utilizar ou não têm acesso a tecnologia (internet, computador, televisão etc.) o modo de inserção destes grupos a EAD é apontado como de responsabilidade do governo e de políticas comprometidas para implementar a infra estrutura mínima necessária, e investimento na formação dos professores. (HACK, 2010)

Nesse sentido, há que se ter cuidado para que a autoformação, indispensável para atender as demandas da realidade moderna, quando realizada através das

tecnologias não favoreça apenas os privilegiados, não sendo instrumento de segregação (ALAVA, 2002). Do contrário, o ensino a distância se relega a poucos privilegiados, em dissonância a intenção do legislador quando regulamentou tal modalidade de ensino.

Nas palavras de Brandão (2010), ao analisarmos o conteúdo disposto no ordenamento jurídico que visa atender e regulamentar o ensino a distância em nosso país, se pode constatar que esta modalidade possui todo o incentivo e suporte necessários para se tornar uma opção real e efetiva de educação escolar.

O ordenamento tratou de prever uma definição para o ensino a distância, instituir as formas de supervisão, avaliação, atividades presenciais, níveis de oferta, diplomas, transferência e aproveitamento de estudos, convênios, cooperação e integração entre os sistemas de ensino, credenciamento institucional para a oferta da EAD, entidades qualificadas que podem requerer competência para a concessão do credenciamento e o pedido, projetos pedagógicos, prazos de validade, área de abrangência territorial. Previu, entre outras coisas, a forma de aplicação no ensino fundamental e médio, educação para jovens e adultos, educação especial e profissional, educação superior, Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), autorização específica para os cursos de Direito, Medicina, odontologia e Psicologia, cursos de pós graduação entre outras (FAUCHES, 2007).

Entretanto, ao coletarmos dados e nos defrontarmos com a realidade, é possível constatar muito embora a legislação se apresente de maneira satisfatória, trazendo o regramento necessário para a implementação da modalidade a distância, nota-se, por exemplo, que nos recôncavos do nosso país, em que pese existir previsão legal, falta oportunidade para a população de baixa renda e até aos que vivem distantes dos grandes polos, o que colide com o princípio básico da inserção social. Nesse sentido, tratando sobre o desafio de levar a educação a maior parte da população possível, notadamente o ensino superior, são as palavras de Medeiros (2003, p. 42),

A inclusão tem sido um desafio da maioria das universidades brasileiras. Como tal, se configura a necessidade de uma “alfabetização digital”, não só no limiar de uma sociedade do conhecimento, mas alfabetização essa que permita a criação de uma sociedade de aprendizagem.

Desta forma, podemos perceber que mais do que um investimento em qualidade de formação de professores para que sejam capazes de elaborar bons

projetos pedagógicos, é necessário que se oportunize a docentes e discentes a aptidão para dominar as tecnologias que fazem parte do mundo moderno.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao arrematar o presente trabalho se conclui que, conforme suposto na fase de elaboração de projeto de pesquisa que deu origem a este artigo, em nosso país ainda não há acesso a educação em todas as camadas sociais, tanto pela educação tradicional como pela EAD.

Entretanto, não se trata de falta ou falha na regulamentação da modalidade a distância, mas sim de comprometimento por parte de nossos governantes na tarefa de fazer cumprir o direito fundamental e constitucional de acesso e oportunidade de educação para todos.

Decorrente desta ausência de investimento na área educacional surge, por conseguinte, a falta de incentivo e emprego de recursos na formação dos professores, pois como falar em ensino a distância se muitos não possuem formação para a utilização das tecnologias, muitos sequer sabem ligar um computador, o que dificulta sobremaneira a disseminação do ensino na modalidade a distância.

O preconceito em relação à EAD permanece mesmo após a regulamentação legal que se deu em nosso país em razão do impacto tecnológico ocorrido com as políticas de massificação de acesso ao ensino superior. O pensamento de que a modalidade a distância reverbera como um barateamento do ensino, baixa qualidade, oportunismo mercantilista etc.

Contudo, ao analisarmos e estudarmos os fundamentos que norteiam a EAD, como formação continuada, que, diga-se é inseparável de qualquer modalidade de educação, tendo em vista o massivo acesso a informação que o desenvolvimento das tecnologias hoje nos disponibilizam, a autonomia, o fato de a forma de avaliação considerar a maior parcela das notas para aprovação na fase presencial, é de se concluir que os temores não têm cabimento, eis que, falha na formação de professores e desmotivação de aluno, ou falta de comunicação podem se apresentar na educação tradicional também.

Da mesma maneira, a fixação das informações e aprendizado obtidos através da EAD, para que tal ocorra de acordo com as demandas atuais, é necessária a consciência e aplicação da formação autodirigida, tecnologias e domínio das mesmas

para bem explorar os conteúdos e mídias hoje existentes, interação entre docentes e discentes, comunicação dialógica. Não podemos nos esquecer da existência de projeto pessoal ou profissional do aluno, bem como um feedback atento e substancial por parte do professor para que se aflore a disposição e motivação do aluno.

Observou-se ainda, que a lei estabelece ressalvas quanto à aplicação da EAD na educação fundamental. Ao elencar quais as faixas de educação são passíveis de serem realizadas a distância deixa de fora a educação infantil, pois os objetivos que se almeja ao se educar uma criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade, podem colidir com os moldes da EAD, dada a ausência de senso de responsabilidade e maturidade dos alunos e por consequência, inaplicáveis a educação autodirigida, autônoma, dependente quase que exclusivamente de tecnologias.

REFERÊNCIAS

- ALAVA, Seraphin. **Ciberespaço e Formações Abertas** – Rumo as Novas Práticas Educacionais. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- BELLONI, Maria Luiza. **Educação a distância**. Campinas/SP: Autores Associados, 1999.
- BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **LDB passo a passo**: Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei n. 9.394/96 Comentada e Interpretada, Artigo por Artigo. 4 ed., revista e ampliada. São Paulo: Avercamp, 2010.
- FAUCHES, Celso da Costa; FAGUNDES, Gustavo M. **LDB Anotada e Comentada e Reflexões a Educação Superior**. 2 ed., atual. Brasília: ILAPE, 2007.
- FRAGALE FILHO, Roberto. **Educação a distância**: análise dos parâmetros legais e normativos. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- HACK, Josias Ricardo. **Introdução à Educação a Distância**. 1 período. Florianópolis: UFSC, 2011.
- MEDEIROS, Marilu Fontoura de; FARIA, Elaine Turk (Orgs.) **Educação a distância**: cartografias pulsantes em movimento. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- Universidade Aberta do Brasil. **O que é?** Disponível em: <http://www.uab.capes.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6&Itemid=18>. Acesso em 08/01/2014.
- VIDAL, Eloísa Maia; MAIA, José Everaldo Bessa. **Introdução à Educação a Distância**. Ceará: RDS Editora, 2010.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

New code of civil process and burden of proof in the work process

Rubens Luís Freiberger¹
Cassio Andrei Vargas Furlan²
Jean Carlos Kuss³
Leandro Chiarello de Souza⁴
Rodrigo Barzotto Pereira de Souza⁵

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo apresentar a possibilidade de utilização do instituto da redistribuição do ônus da prova na seara trabalhista a partir da leitura e aplicação do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, de forma subsidiária ao processo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. Analisar as inovações do novo Código de Processo Civil e suas intercomunicações com a dinâmica própria com o Processo do Trabalho. Estudar a teoria da carga dinâmica da prova e a distribuição do ônus da prova pelos magistrados no processo trabalhista.

Palavras-chave: Ônus da Prova. Novo Código de Processo Civil. Processo do Trabalho. Teoria da carga dinâmica.

Abstract: The purpose of this paper is to present the possibility of using the institute for the redistribution of the burden of proof in the labor court by reading and applying the new Code of Civil Procedure, Law 13.105/2015, in a subsidiary form to the process governed by the Consolidation of Labor Laws. Analyze the innovations of the new Code of Civil Procedure and its intercommunications with its own dynamics with the Labor Process. To study the theory of the dynamic load of the test and the distribution of the burden of proof by the magistrates in the labor process.

Keywords: Burden of Proof. New Code of Civil Procedure. Labor Process. Theory of dynamic load.

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (CPC) trouxe inúmeras inovações necessárias aos novos tempos em que a jurisdição se encontra, atravancada por um sistema processual pensado há mais de meio século e que intencionava primordial e

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e Especialista em Advocacia Trabalhista pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP. Possui experiência na área de Direito com ênfase em Direito do Trabalho. Atua como Professor Universitário no Curso de Direito na Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP. Advogado militante no Estado de Santa Catarina.

² Professor Direito – UNIARP – Caçador-SC.

³ Professor Direito – UNIARP – Caçador-SC.

⁴ Professor do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP), nas disciplinas Direito do Trabalho I, Direito Tributário I e Direito Tributário II.

⁵ Professor Orientador - Esp. Rodrigo Barzotto Pereira de Souza.

principalmente a busca pela segurança jurídica.

A sociedade, todavia, transformou-se nesse período e os cidadãos buscam hoje, mais do que antes, a tutela jurisdicional com demandas crescentes em todos os campos, fruto dos movimentos sociais e democráticos, da Constituição de 1988, da expansão das escolas de direito e da inserção do país em um mercado de consumo.

Nos anos 90, várias inovações processuais de grande importância modificaram no, campo processual, a primazia pela segurança jurídica em benefício de um sistema judicial mais célere e eficiente, mais justo e inserido na solução de conflitos sociais.

A exemplo disto existe a Lei nº 8.952/1994 que alterou o CPC/1973 e criou a tutela antecipada e a fixação de *astreinte* em casos em que houvesse obrigação de fazer e não fazer, conferindo eficiência à solução das demandas, que não necessitaram mais do trânsito em julgado para satisfazer os litigantes. Também a Lei nº 9.099/95, que desburocratizou o acesso das denominadas pequenas causas aos cidadãos, bem como a Lei nº 9.307/1996 que regulamentou a arbitragem como solução à resolução de conflitos e a reforma da Lei 11.232/2005 responsável por agilizar a execução das sentenças, entre tantas outras com o mesmo norte de trazer eficácia e justiça na resolução de conflitos sociais.

Mesmo assim, o número crescente de ações judiciais, e o intrincado sistema recursal que sobrecarrega o Poder Judiciário, fez com que, em 2004, criasse-se um novo princípio fundamental, cláusula pétrea, por meio da Emenda nº 45, que inseriu o inciso LXXVIII no rol de direitos e garantias fundamentais, o da razoável duração dos processos.

Todas essas inovações, ao longo dos últimos 30 anos, buscam trazer aos jurisdicionados a solução satisfatória das demandas, com justiça, equidade e rapidez. Tais mutações culminaram agora com a edição de novo diploma processual civil, que prioriza a efetivação dos direitos da cidadania conquistados ao longo do último quarto do século XX e positivados em grande número na Constituição da República.

Busca-se agora, concretizar cada vez mais esses direitos por um sólido e eficiente sistema jurisdicional e as mudanças no direito processual civil devem ser incorporadas para beneficiar a consubstanciar os direitos sociais insculpidos no art. 7º da Carta Magna, que defendem o trabalho em face ao capital.

Por conseguinte, neste texto, imiscuiu-se na inovação trazida pelo CPC em referência ao ônus da prova, superada a imutável, outrora, estaticidade da sua

distribuição entre autor e réu, reclamante e reclamado, para uma nova possibilidade de distribuição entre as partes por determinação do juízo.

2 DIREITO DO TRABALHO: DIREITOS FUNDAMENTAIS

O tema proposto no presente artigo é a pareceria indiscutível, e sem contradições, acerca da aplicabilidade da inovação trazida pelo novo CPC no que se refere à possibilidade de o Magistrado distribuir o ônus probatório entre as partes. Contudo, importante doutrina de renomado escol⁶, destaca que a aplicação da novidade presente no § 1º do art. 373 da Lei nº 13.105/2015, em detrimento da proposição expressa no art. 818 da CLT é impropriedade do interprete, porque a regra processual trabalhista “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer” é suficiente e não há omissão da legislação laboral a justificar a aplicação subsidiária da regra prevista no novo CPC.

Destarte, a aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova em detrimento da distribuição estática violaria comando expresso do art. 769 da CLT, que somente autoriza a aplicação subsidiária de norma processual comum nos casos em que a legislação do trabalho for omissa.

Em reforço a esta tese, existe o art. 15 do CPC/2015 que destaca que, na ausência de normas trabalhistas o novel diploma se aplica supletiva e subsidiariamente. Ou seja, na exegese gramatical, a inovação em relação à distribuição do ônus da prova seria rechaçada, porquanto há norma específica na seara laboral.

De outro vértice, importante autor renomado, destaca que o art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) está revogado pelo art. 15 do CPC/2015 e que as inovações do ônus da prova se aplicam ao processo trabalhista, tendo em vista que o art. 818 da CLT “é muito enxuto e não resolve questões cruciais como as hipóteses de ausência de prova e prova dividida”.⁷

Esta posição encontra maior vigor hoje entre os operadores do direito do trabalho, porque se verifica que a regra processual trabalhista hoje é injusta e

⁶TEIXEIRA FILHO, M. A. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2015, p. 499.

⁷SCHIAVI, M. **A aplicação supletiva e subsidiária do código de processo civil ao processo do trabalho**. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 56.

insatisfatória, ao não propiciar efetividade na aplicação do direito laboral.

Negar, por essa via, a aplicação do art. 373 do CPC/2015 ao processo trabalhista é negar a concretização dos direitos previstos no elenco do art. 7º da Constituição da República.

Não pode ser esquecido que o tratamento dado ao trabalhador deve ter especial atenção no campo processual, sempre que se busquem inovações a facilitar a efetivação de seus direitos, porquanto é ramo fundamental à sociedade, nesse sentido⁸ “(...) o Direito do Trabalho auxiliaria a garantia da liberdade humana na sua dimensão social, imprescindível, como as dimensões econômicas e política para o alcance da liberdade”.

Está superada a ideia de que o Direito Trabalhista é autônomo ligado a regulamentar relações entre trabalhadores e empregadores, tendo em vista que é isso e, além disso, campo de luta do cidadão, condição *sine qua non* à dignidade da pessoa humana, corolário do Estado Democrático de Direito, conforme bem assevera o mesmo autor⁹ “(...) lembrando que o fundamento maior do Direito do Trabalho é a busca da dignidade da pessoa humana, ou de seu pleno desenvolvimento (...) garantidor de condições mínimas de meios de vida dignos e de trabalho às pessoas”.

Destarte, todo o conteúdo ligado ao Direito do Trabalho, tanto quanto as manifestações processuais à garantia na aplicação da lei laboral, devem ser aplicadas para empregar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais¹⁰.

É, sobretudo, entre nós corrente hoje que todas as leis devem ser interpretadas conforme à Constituição, ainda mais quando se busca a aplicação de normas constitucionais referentes aos direitos ligados ao art. 1º, III, da Carta Magna, que irradia sobre todo o cipoal de normas sua força imediata, obrigando tanto o legislador quanto o intérprete a subsumir a lógica infraconstitucional aos princípios democráticos republicanos.

O professor Ingo Sarlet, ao apresentar os efeitos das normas constitucionais, põe em evidência esse caráter, destacando que tais regras: “Constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das demais normas jurídicas,

⁸CARELLI, R. L. **O mundo do trabalho e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011, p. 67.

⁹Idem, p. 67/68.

¹⁰LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 73. O autor destaca o princípio da máxima efetividade descrito por J.J. Gomes Canotilho segundo o qual a interpretação das normas deve objetivar sempre maior eficácia a direitos fundamentais.

influenciando, nesse sentido, toda a ordem jurídica, ademais de implicarem um dever de interpretação conforme a Constituição”.¹¹

Dessa forma, a aplicação da teoria da carga dinâmica em benefício do trabalhador, ampliando seus direitos, é medida de rigorosa hermenêutica constitucional, tanto mais que a lógica do art. 818 da CLT não é suficiente a garantir os direitos dos trabalhadores, que sempre devem ser ampliados.

Nessa esteira, o *caput* do art. 7º da Constituição destaca que os direitos ali previstos podem ser sempre ampliados, interpretação confirmada pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da ADI 639¹²: “(...) deve-se mencionar que o rol de garantias do art. 7º da Constituição não exaure a proteção dos direitos sociais”.

O Direito do Trabalho é um direito fundamental ligado à dignidade, todas as regras que vierem a somar-se em benefícios dos destinatários da norma deverão ser incorporadas, para dar máxima efetividade à concretização dos direitos dos trabalhadores.

Dessa forma, importante analisar como é possível a aplicação de novas regras processuais em benefício dos direitos dos trabalhadores.

3 TEORIA CLÁSSICA DO ÔNUS DA PROVA: ART. 333 DO CPC/1973, ART. 373, I, II, CPC/2015

O processo de conhecimento, seja cível ou trabalhista, objetiva a expedição pelo Poder Judiciário de uma regra de certeza para solucionar determinado conflito entre partes. Ademais disso, todo enfrentamento jurisdicional leva em consideração a oposição de fatos, dependendo a sentença da análise das provas produzidas.

Ou seja, mesmo que haja um direito violado e uma pretensão resistida àquele que litiga deverá comprovar perante o Judiciário suas alegações, sob pena de sucumbir, manifesta-se aqui o velho brocardo jurídico: *quod non est in actis non est in mundo*¹³. Porque ao poder jurisdicional somente é possível deduzir sentença a partir das provas colhidas nos autos, pelo que se afirma que apesar de se buscar a verdade real em um processo judicial para a mais perfeita jurisdição, tem-se que o magistrado

¹¹SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: RT, 2013. 191.

¹²BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A constituição e o supremo**. 4 ed. Brasília: Secretaria de Documentação. p. 2.117. 2011. p. 599.

¹³*Não está nos autos não está no mundo*.

deve decidir com lastro na verdade processual.

Outrossim, em relação ao sistema legal do ônus da prova encontrado no CPC/1973, repetido nos incisos I e II do art. 373 do CPC/2015, tem-se que aquele que alega deve provar, sistema semelhante ao art. 818 da CLT. O professor Humberto Theodoro Júnior muito bem resume essa engrenagem processual estática, importante à jurisdição:

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.¹⁴

O professor segue seu ensinamento demonstrando, que ao réu, é possível negar o fato que lastreia a ação, assim todo o ônus de provar sobrecarregará apenas o autor, que se não lograr êxito em provar perderá a causa.¹⁵

Em concordância, os professores baianos¹⁶ destacam, em celebrada obra, que o juiz deverá analisar a produção das provas no momento do julgamento e proferir sentença desfavorável àquele que não conseguiu provar suas alegações.

De forma sintética, em relação às consequências da distribuição do ônus da prova. vale apontar ensinamento doutrinário pertinente de modernos juristas:

Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos.¹⁷

Destacam esses autores, todavia, que o juiz poderá, por óbvio, se convencer mesmo se a parte não se desincumbir de provar os fatos sobre seus direitos.

Observa-se que a distribuição do ônus da prova é fator preponderante à realização da justiça, porquanto é direito humano fundamental o acesso a órgão julgante, que, todavia não se limita ao ingresso de uma demanda judicial, mas de uma resposta estatal segura e equânime. Assim, a teoria clássica do ônus da prova

¹⁴THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de processo civil**. v. 1, 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.387.

¹⁵Idem, p. 388.

¹⁶DIDIER J. R. F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. **Curso de direito processual civil**. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Podivim, 2007, p. 56.

¹⁷MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Curso de processo civil**. Processo de conhecimento. 7 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 267.

limita em muitos casos a realização da Justiça, porque se conforma com a verdade processual, muitas vezes colidente com a realidade.

4 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA: ART. 818 DA CLT

De igual modo, no processo do trabalho, persiste no art. 818 da CLT a distribuição clássica do ônus da prova em sintaxe perfeita: “A prova das alegações incumbe à parte que a fizer”.

Do que se extrai em um primeiro momento que “Quem não pode provar é como quem nada tem; aquilo que não é provado é como se não existisse (...)”.¹⁸

O art. 818 da CLT ao que parece inspirado no art. 209¹⁹ do CPC/1939, seu predecessor, que distribuía o ônus da prova de forma igual ao autor e réu, cabendo a cada parte provar o que alega, tendo em vista que no processo civil há fixação do procedimento levando em consideração, sempre, a igualdade entre as partes.

Entretantes, ao longo de quase 80 anos, a doutrina e a jurisprudência buscaram diversas formas de auxiliar a parte hipossuficiente – trabalhador – por sua condição econômica, trazendo para o processo do trabalho a figura da inversão do ônus da prova para equilibrar a contradição existente entre o polo ativo e passivo.

Além disso, cita-se também que é aplicável, em relação ao ônus da prova na seara trabalhista o princípio da aptidão da prova, descrito pela doutrina como a obrigação de o litigante que possui os meios possíveis trazer aos autos a prova, quando inacessível à parte contrária. Importa trazer a descrição deste preceito:

O fundamento para a aplicação do princípio da aptidão está na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. O critério será o da proximidade real e de facilidade do acesso às fontes de prova. Indiscutivelmente, o princípio será aplicado todas as vezes em que o empregado não pode fazer a prova a não ser através de documento ou coisa que a parte contrária detém.²⁰

Por certo, observou-se na aplicação do Direito do Trabalho que a regra estática, ou clássica, e até mesmo literal do art. 818 da CLT, de inspiração no ramo do processo civil, que traz igualdade aos litigantes, é, na verdade, fonte de injustiça,

¹⁸CARRION, V. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 628.

¹⁹ Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas. § 1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.

²⁰PAULA, C. A. R. de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2001, p. 143.

que viola o princípio da isonomia em muitos casos, por isso pontualmente afastada.

Nada obstante, a regra geral, trazida no art. 333 do CPC/1973 e incisos I e II do art. 373 do CPC/2015, é válida para a CLT: “(...) a prova incumbe a quem alega o fato”.²¹

Isto porque, em regra, há já proteção aos trabalhadores em diversos dispositivos legais, sendo justo também, que haja obrigações ao autor/trabalhador que deverá trazer provas ao processo daquilo que alegar, nesse sentido, importa destacar lúcida doutrina sobre o tema:

“(...) não há que se falar em mitigação ou flexibilização da regra do ônus probatório pra fins de proteger o trabalhador, uma vez que há regramento específico e rígido da matéria, bem como o trabalhador hipossuficiente está amparado por um sistema, seja de direito material ou processual, visivelmente protetivo. Assim, não há que se estender tal proteção em se tratando dos critérios legais de distribuição do *onus probandi*.”²²

A aplicação inflexível da distribuição clássica do ônus da prova prospera, em alguns casos, verdadeira injustiça e é afastada pela doutrina e tribunais, a exemplo disso temos a Súmula 338, item III, do TST que inverte o ônus da prova no caso de cartões ponto com anotação “britânica” de jornada; de igual sorte, a Súmula 212 do TST, cria presunção em favor do trabalhador que deverá ser elidida apenas se provada pelo empregador nos casos de ruptura contratual.

Tais casos evidenciam a necessidade de superação da máxima *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*²³ na seara laboral em muitos casos, sob pena de flagrante injustiça.

5 TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

No parágrafo 1º do art. 373 do CPC/2015 encontramos²⁴ o que é chamado de teoria da carga dinâmica do ônus da prova, uma verdadeira inovação legislativa que permite a divisão do ônus da prova durante o processo.

²¹MACHADO JÚNIOR, C. P. da S. **O ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 1993, p. 91.

²²PEGO, R. F. **A inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

²³Incumbe a prova a quem alega não a quem nega.

²⁴Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)^{1º} Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A doutrina há tempos busca solução a superar a distribuição clássica do ônus da prova trazendo agora “(...) a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode.”²⁵

Novel instituto serve para superar a limitação criada à parte quando impossível desincumbir-se do ônus probatório, chama-se pela doutrina de prova diabólica, toda aquela que o autor ou réu não tem como produzir, sendo impossível.

Nesse caso, se a parte *ex adversa* tem condição de produzir tal prova deverá o juiz determinar que assim proceda, invertendo neste caso o ônus.

Essa figura já é bastante utilizada no direito pátrio e foi positivada no Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VIII, que prevê a possibilidade de superação da distribuição clássica do *onus probandi*.

Importante doutrina comentando sobre a teoria da carga dinâmica referindo ao art. 373, §1º do CPC/2015 destaca:

Muitas vezes, uma das partes detém, naturalmente, os meios de prova (documentos, estatísticas internas, boletins de produção etc.). Neste caso, tudo sugere que se atribua a ela o encargo da prova, que, em princípio, era do adversário. Essas peculiaridades estão jungidas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.²⁶

Em brilhante tese²⁷ sobre o tema que sagrou seu doutoramento, tem-se ampla e precisa obra que estabelece, antes mesmo da disposição no novo CPC, com precisão, os limites, fundamentos e aplicações da distribuição do ônus da prova:

Em outras palavras, a teoria sob comento deve ser aplicada naquelas situações em que critérios estabelecidos pela lei quanto à distribuição do ônus da prova, não se mostram adequados e eficazes para atingir o seu fim. Nessas situações o *onus probandi* deve recair sobre aquela parte que guarda melhores condições técnicas ou fáticas para produzi-las.

Prossegue o autor esclarecendo que o fundamento teórico profundo que lastreia a aplicação de novíssima teoria é a justiça-equidade. Além da necessidade de as partes no processo procederem com lealdade e boa-fé, contribuindo, assim como o magistrado, à busca da verdade real ou material à solução dos conflitos, forma única de se obter uma jurisdição com verdadeira justiça.

²⁵DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit. p. 62.

²⁶TEIXEIRA FILHO, op. cit. p. 502.

²⁷COUTO, C. J. A. **Dinamização do ônus da prova: teoria e prática.** (Tese-Doutorado) São Paulo. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP. 2011, p 101.

Deve-se destacar que a inversão do ônus da prova se dá por decisão fundamentada do juiz, trata-se de exceção que deve vir fundamentada além disso, na verossimilhança das alegações da parte que não possui condições de produzir a prova.

Há julgamentos recentes nos tribunais brasileiros acerca dessa exceção, mesmo anteriores à aprovação do novo CPC, a título de exemplo um julgado do Superior Tribunal de Justiça que resumiu bem a proposição, determinando que a ré, uma empresa de sorteios pela televisão, deveria comprovar o modo como se deu o certame, fato impossível ao autor: “A teoria da dinâmica da prova transfere o ônus para a parte que melhores condições tenha de demonstrar os fatos e esclarecer o juízo sobre as circunstâncias da causa”.²⁸

No caso, a prova do autor que questionava a higidez do sorteio televisivo era impossível e diabólica, motivo pelo qual foi invertido o ônus à ré. Todavia, há o problema da *probatio diabolica reversa*²⁹, i.e., àquele que está obrigado a produzir a prova, derivada da decisão do magistrado, deve ter a possibilidade e oportunidade de produzi-la.

Motivo pelo qual há a previsão do art. 373, §2º, do CPC/2015, dando direito à parte sobrecarregada com a divisão do ônus dentro do processo de poder se desincumbir se impossível para si tal ônus.

6 APLICAÇÃO DO § 1º DO ART. 373 AO PROCESSO DO TRABALHO

A doutrina e jurisprudência, majoritariamente, adotam entendimento de que o art. 373, §1º do CPC/2015 se aplica subsidiariamente ao processo do trabalho, porquanto a norma insculpida no art. 818 da CLT é omissa. Nada obstante, em que pese tal entendimento, existe regra específica de distribuição do *onus probandi* na CLT. Insuficiente o argumento da omissão à importação de norma do processo do trabalho à esfera processual.

Todavia, como explicitado, o direito do trabalho é direito fundamental e sua concretização merece especial ênfase, devendo todas as normas processuais e

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 316.316/PR, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2001, DJ 12/11/2001, p. 156. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=316316&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

²⁹AMBROSIO, G. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2013, p. 61.

materiais serem interpretadas de acordo com a Constituição.

Em sintonia com esse pensamento, Almeida³⁰ destaca cinco fundamentos acerca da necessidade e possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova: 1) aplicação do art. 852-I, §1º da CLT³¹; 2) plena satisfação dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana; 3) mitigação das desigualdades entre as partes; 4) aplicação do art. 15 do CPC/2015 e 5) utilização do art. 8º e 769 da CLT para suprir omissões.

Conclui a professora que:

(...) também no processo do trabalho, o juiz está autorizado a fixar o ônus da prova respeitando as peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo estabelecido a partir da natureza do fato controverso ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário (...).³²

A justiça especializada do trabalho necessita de formas de efetivação. Por isso, não é de hoje que a jurisprudência necessitou criar presunções em favor dos trabalhadores para equiparar a dialética processual e propiciar uma síntese (sentença) justa.

Cita-se a Súmula 338 do TST³³, que inverte o ônus da prova, encarregando ao empregador à obrigação de trazer aos autos prova de fato constitutivo do empregado.

Igualmente, a Súmula 212 do TST³⁴, também inverte o ônus da prova, encarregando o empregador de provar o término do contrato de trabalho, outro fato constitutivo de direito do autor.

A Súmula 6 do TST³⁵ que versa sobre a equiparação salarial, traz menção expressa no seu item VIII, impondo ônus da prova ao empregador.

Já a Orientação Jurisprudencial nº 301³⁶, SBDI-I, que fixava o ônus da prova ao empregador para comprovar o efetivo depósito nas contas FGTS do trabalhador

³⁰ALMEIDA, W.G.R. **A teoria dinâmica do ônus da prova**. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 454/456.

³¹§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

³²Idem, p. 454.

³³BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno/Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos [recurso eletrônico]**. Brasília: Coordenadoria de Serviços Gráficos de Administração do Conselho da Justiça Federal, 2015, p. 104.

³⁴Idem, p. 62.

³⁵Idem, p. 7/8.

³⁶BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. op. cit. p. 215.

foi revogada, porque é fácil ao empregado, hoje, conseguir junto à Caixa Econômica Federal, a qualquer tempo, extrato detalhado de seus depósitos, o que torna a prova constitutiva do direito dos empregados de fácil confecção, desnecessário no caso a inversão do ônus.

A Orientação Jurisprudencial nº 233, SBDI-I³⁷, é regra de distribuição do ônus da prova que possibilita ao juiz ampliar a condenação por horas extraordinárias mesmo que não haja prova de todo o período.

Recente a Súmula 443 do TST³⁸, do ano de 2012, traz nítida a distribuição do ônus da prova ao fazer presumir que a dispensa do trabalhador com doença grave é discriminatória, porque comprovar a motivação interna do empregado é prova impossível ao trabalhador.

Ou seja, antes mesmo da entrada em vigor do novo CPC, com a inovação acerca da distribuição do ônus da prova, na seara laboral tal método já era amplamente aplicado, sempre na intenção de fazer a norma material ser possível ser aplicada.

O melhor exemplo é a citada Súmula 443 do TST, porque uma dispensa discriminatória geralmente não tem testemunhas, é, sobretudo, impossível comprovar a real motivação do empregador. Sendo assim, não fosse a inversão do ônus da prova, ou melhor, a distribuição do ônus de forma diversa da clássica, os direitos constitucionais à dignidade e não discriminação previstos no art. 1º, III e art. 3º, IV, respectivamente, seriam letra morta no caso concreto.

Por último cabe destacar preciso pensamento do juiz paulista³⁹ que apresenta alicerce robusto à aplicação da teoria da carga dinâmica na justiça especializada “(...) *porque o sistema processual trabalhista se diferencia do processo comum, porquanto visa se tornar instrumento de aplicação plena do direito material do trabalho.*”

Assim, é imperiosa a aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova conforme a expressão do CPC/2015, na intenção de dar efetividade aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

³⁷BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. op. cit. p. 201.

³⁸BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. op. cit. p. 138.

³⁹JAKUTIS, P.S. **A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista.** In: MIESSA, E. (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho.** Salvador: JusPodivm, 2015. p. 442.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aprovação da Lei 13.105/2015 trouxe novas possibilidades de aplicação do direito processual civil, tendo em mira sua aplicação subsidiária ao processo do trabalho, dessa forma é imperativa a aplicação do art. 373, § 1º daquele novíssimo diploma à justiça especializada do trabalho, porque não colide, mas complementa o sentido do art. 818 da CLT, porquanto para a busca da verdade é possível a distribuição de obrigatoriedade de produção de certas provas pelas partes, que não terão condições de fazê-lo, excepcionalmente, impedidas de exercerem seus direitos.

Nessa esteira, o art. 769 da CLT chama o processo civil como auxiliar subsidiário ao processo trabalhista, motivo pelo qual se requer um estudo aprofundado sobre o tema, pela inovação trazida pelo parágrafo 1º do art. 373 do CPC. Desta via, poder-se-ia buscar na seara trabalhista a garantia da distribuição do ônus da prova pelo magistrado para além da perspectiva formal do estabelecido pela Consolidação, de que quem alega deve provar, mas invocando pela necessária proteção aos hipossuficientes e na intenção de distribuir justiça com base na verdade material, obrigar os litigantes a trazerem aos processos as provas que somente elas poderão produzir.

Na clara e nítida intenção de um processo justo que objetiva a verdade real e, principalmente, a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, W.G.R. **A teoria dinâmica do ônus da prova**. In: MIESSA, E. (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2015.

AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTR. 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A constituição e o supremo**. 4 ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

_____. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno/Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos [recurso eletrônico]**. Brasília: Coordenadoria de Serviços Gráficos de Administração do Conselho da Justiça Federal, 2015.

_____. **Resp 316.316/PR, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2001, DJ 12/11/2001 p. 156**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=316316&b=ACOR&p=true&>

l=10&i=3>. Acesso em: 22 dez. 2016.

CARELLI, R. L. **O mundo do trabalho e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COUTO, C. José A. **Dinamização do ônus da prova: teoria e prática**. (Tese-Doutorado) São Paulo. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP. 2011.

DIDIER J. R. F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. **Curso de direito processual civil**. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Podivim, 2007.

JAKUTIS, P.S. **A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista**. In: MIESSA, E. (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: JusPodivim, 2015.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 1993.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Curso de processo civil**. Processo de conhecimento. 7 ed. São Paulo: RT, 2008.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTR. 2001.

PEGO, Rafael Foresti. **A inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de processo civil**. v. 1, 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: RT, 2013.

SCHIAVI, M. **A aplicação supletiva e subsidiária do código de processo civil ao processo do trabalho**. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: JusPodivim, 2015.

O CONFLITO DE NORMAS NO DIREITO DO TRABALHO

El conflicto de normas en el derecho del trabajo

Taise Carla Campagnin¹
Rodrigo Barzotto Pereira de Souza²
Thiara Zen³
Leandro Chiarello de Souza⁴
Rubens Luís Freiberger⁵

Resumo: Este artigo versa sobre o conflito de normas no Direito do Trabalho, uma vez que o mercado de trabalho sofre constantes modificações, gerando questionamentos aos operadores do Direito quanto a aplicação de uma ou outra norma, especialmente as dispostas na Constituição Federal de 1988 face a outras de origem infraconstitucional. O objetivo geral do estudo é pesquisar sobre a aplicabilidade das normas concernentes ao Direito do Trabalho em casos de conflitos, sem usurpar os direitos dos trabalhadores, focando na aparente divergência entre Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho e negociação coletiva. São objetivos específicos: apontar as fontes do Direito do Trabalho; definir a hierarquia das normas no direito comum e no Direito do Trabalho, prestigiando as teorias da acumulação, do conglobamento e do conglobamento mitigado; e, relatar como a doutrina e jurisprudência tem se posicionado para melhor resolver os conflitos, demonstrando as divergências em casos concretos. Ao final, conclui-se que, em que pese, haja a aplicação do princípio protecionista nas relações de trabalho, onde sempre deve prevalecer a disposição mais benéfica ao trabalhador, recentemente as decisões das Cortes de julgamento tem adotado o entendimento que direitos podem ser suprimidos.

Palavras-chave: Fontes Justrabalistas; Hierarquia; Conflito.

Resumen: Este artículo versa sobre las normas de conflicto en la legislación laboral, ya que el mercado de trabajo sufre cambios constantes, planteando preguntas a los profesionales del derecho como la aplicación de cualquiera de las normas, especialmente las previstas en la Constitución Federal de 1988, contra otras de jerarquía inferior. El objetivo general del estudio es investigar la aplicabilidad de las normas relativas a la legislación laboral en caso de conflicto, sin usurpar los derechos de los trabajadores, centrándose en la aparente discrepancia entre la Constitución,

¹ Acadêmica da 10ª fase do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador-SC.

² Professor Orientador - Esp. Rodrigo Barzotto Pereira de Souza.

³ Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP (2011). Graduada Bacharel em Direito pela UnC – Universidade do Contestado Campus Caçador (2006). Advogada com a OAB/SC 24.822. Professora na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP.

⁴ Professor do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP), nas disciplinas Direito do Trabalho I, Direito Tributário I e Direito Tributário II.

⁵ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e Especialista em Advocacia Trabalhista pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP. Possui experiência na área de Direito com ênfase em Direito do Trabalho. Atua como Professor Universitário no Curso de Direito na Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP. Advogado militante no Estado de Santa Catarina.

Consolidación de las Leyes Laborales y la negociación colectiva. Objetivos específicos: señalar las fuentes del derecho del trabajo; definir la jerarquía de las normas en el derecho común y el derecho del trabajo, honrando las teorías de la acumulación, la conglobamento y conglobamento mitigado; e informar cómo la doctrina y la jurisprudencia se ha posicionado para mejor resolver conflictos, lo que demuestra las diferencias en casos específicos. Al final, se llega a la conclusión de que, a pesar de que hay la aplicación del principio proteccionista en las relaciones laborales, que siempre debe prevalecer el acuerdo más beneficioso para el trabajador, las últimas decisiones de los tribunales han adoptado el entendimiento de que los derechos pueden ser suprimidos.

Palabras-clave: Fuentes Justrabalhistas; Jerarquía; Conflicto.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como tema o conflito de normas no Direito do Trabalho. A publicação do Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – criou o principal instrumento regulador das relações de trabalho, juntamente com a Constituição Federal de 1988. Com o passar dos anos, muitas foram as alterações sofridas na tentativa de adequar às novas realidades do mercado de trabalho, o que acabou gerando questionamentos quanto a efetivação das garantias ali estabelecidas.

É neste contexto que surge o problema do conflito das normas e qual deve ser aplicada. Certo é, que na comparação entre duas normas, é necessário verificar, primeiramente, se ambas obedecem a hierarquia formal, para depois encontrar a mais benéfica ao empregado.

O presente estudo tem como justificativa o conflito das normas jurídicas trabalhistas, especialmente no que se refere às divergências entre a Consolidação das Leis do Trabalho, a Constituição Federal e, mais recentemente, com o advento da possibilidade de flexibilização, a negociação coletiva, com prevalência do negociado sobre o legislado.

A questão é que esses conflitos geram dúvidas aos aplicadores e futuros aplicadores do Direito, gerando questionamentos quanto aos reais direitos trabalhistas. Tal problemática, por sua vez, cria certa insegurança jurídica e inúmeros entendimentos jurisprudenciais, ora convergentes, ora divergentes.

Assim, a pesquisa pauta-se no objetivo geral de pesquisar sobre a aplicabilidade das normas concernentes ao Direito do Trabalho em casos de conflitos, sem usurpar os direitos dos trabalhadores, focando na aparente divergência entre Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho e negociação coletiva.

São objetivos específicos: apontar as fontes do Direito do Trabalho; definir a hierarquia das normas no direito comum e no Direito do Trabalho, prestigiando as teorias da acumulação, do conglobamento e do conglobamento mitigado; e, relatar como a doutrina e jurisprudência tem se posicionado para melhor resolver os conflitos, demonstrando as divergências em casos concretos.

Quando se fala em fontes, remete-se a origem, a indagação do por que surgiram as normas do direito e também como surgiram. No Direito do Trabalho elas se classificam em material, que são fatores sociais, políticos e econômicos que acarretam a necessidade de surgimento de uma norma, portanto, ela é pré-jurídica, tem-se o problema, mas não a solução. Já a fonte formal é a exteriorização do direito, ou seja, é a norma já elaborada. Por sua vez, as fontes formais dividem-se em autônomas e heterônomas.

Com relação à hierarquia, segundo a classificação do Direito comum, mais precisamente, de acordo com a pirâmide elaborada por Hans Kelsen, no topo hierárquico estão as normas constitucionais, seguidas pelas leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas e as medidas provisórias. Por conseguinte, os decretos e, sucessivamente, os diplomas de menor eficácia e intensidade normativa. Já no campo juslaboral, há certa flexibilidade, estando no topo da pirâmide hierárquica a norma mais favorável ao trabalhador.

Para finalizar serão apresentados alguns conflitos em casos concretos como o direito as horas extras, expressamente garantido pela Constituição Federal, mas excluído aos gerentes pela Consolidação das Leis do trabalho. Outro caso abordado é o da flexibilização com a possibilidade de redução de direitos e garantias dos trabalhadores, quando permite que o negociado prevaleça sobre o legislado. Para tanto, será elaborada pesquisa jurisprudencial e doutrinária para análise das soluções aplicadas a esses casos em específico.

2 FONTES DO DIREITO DO TRABALHO: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

No sentido jurídico, as fontes são os componentes utilizados no processo de composição, de origem, de produção do direito, ou, nas palavras de Luciano Martinez, fontes são “as estruturas de poder de onde emergem as normas – princípios e regras

– que disciplinam os efeitos decorrentes dos fatos e atos jurídicos”.⁶

As fontes no Direito do Trabalho diferenciam-se das provenientes de outros ramos jurídicos, pois, possuem um número amplo de regras provindas de fonte privada, contrapondo as inúmeras oriundas da fonte estatal. Esse pluralismo jurídico importa em normas criadas pelo Estado, mas também por grupos sociais, como a Igreja, uma corporação profissional, entre outros. Por derradeiro, esses grupos sociais particulares influenciam na formação do direito de tal modo que, em alguns casos, são até mesmo contrários à ordem jurídica estatal.⁷

No Direito do Trabalho há um plurinormativismo as fontes podem ser classificadas em materiais e formais.

Entendem-se como fontes materiais de direito os elementos que estão na base da elaboração da norma jurídica. Na visão de Garcia, “fontes materiais referem-se aos fatores sociais, econômicos, políticos, filosóficos e históricos que deram origem ao Direito, influenciando na criação das normas jurídicas.”⁸

Já as fontes formais são as formas de exteriorização do direito. São aquelas que visam expressar juridicamente as fontes materiais, dando-lhes o caráter de direito positivo, ou seja, são a exteriorização do Direito (leis, costumes, etc).⁹ Por sua vez, as fontes formais podem ser classificadas em autônomas e heterônomas.

As fontes heterônomas são assim conceituadas por Mauricio Godinho Delgado:

Heterônomas seriam as regras cuja produção não se caracteriza pela imediata participação dos destinatários principais das mesmas regras jurídicas. São, em geral, as regras de direta origem estatal, como a Constituição, as leis, medidas provisórias, decretos e outros diplomas produzidos no âmbito do aparelho do Estado.¹⁰

Já as fontes formais autônomas constituem naquelas normas produzidas por certos grupos sociais organizados, como os usos e costumes, e os instrumentos

⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://161919.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/161919>>. Livro digital. ISBN 978850262466-5, cap. 1

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 379

⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 46

⁹ FONTES do direito do trabalho. Colunista Portal – Educação. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/24542/fontes-do-direito-do-trabalho>>. 2012. Acesso em: 22 set. 2015. p. 1

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. p. 141

normativos decorrentes da negociação coletiva (acordos coletivos e convenções coletivas). É uma atividade desenvolvida por sujeitos distintos do Estado que ao final do processo serão os destinatários do regramento.¹¹ Também é fonte autônoma os usos e costumes.

São fontes heterônomas do Direito do Trabalho: a Constituição, as leis e medidas provisórias, os tratados e convenções internacionais, os regulamentos normativos, as portarias, avisos, instruções e circulares e também a sentença normativa.

Além dessas fontes, existem outras figuras consideradas especiais, são elas: o laudo arbitral, o regulamento empresarial, a jurisprudência, os princípios, a doutrina, a equidade, a analogia e as cláusulas contratuais.

3 HIERARQUIA ENTRE AS FONTES JUSTRABALHISTAS

Como estudado anteriormente, a ordem jurídica é constituída de diversas fontes e, nos casos de o aplicador do direito encontrar várias normas para um único caso, nem sempre em harmonia, aparecerá a necessidade de estabelecer a hierarquia, ou seja, “a precedência de normas para a aplicação da que ocupar o primeiro lugar em detrimento das demais.”¹²

A noção de hierarquia é comum ao Direito e significa ordem, graduação, organização segundo uma preferência, ou seja, colocar em ordem de acordo com um critério. É imprescindível a necessidade de regulação do problema da pluralidade de ordens jurídicas do ordenamento, pois, se assim não fosse, inúmeras normas concorreriam, desordenadamente, para a solução de casos concretos, dificultando a escolha da norma adequada.¹³

Diante da pluralidade de normas que compõe o ordenamento jurídico, o jurista Hans Kelsen criou a chamada teoria pura do direito, segundo a qual, “é a norma fundamental que constitui a unicidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.”¹⁴

No direito comum, observa-se a teoria de que as normas de um ordenamento

¹¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. p. 46

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. p. 517

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. p. 516

¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 217

não estão todas no mesmo plano, ou seja, existem normas superiores e normas inferiores, das quais, estas derivam aquelas. Partindo dessa premissa, tem-se que, iniciando nas normas inferiores e passando por aquelas que estão mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior. Tal norma suprema é a norma fundamental.¹⁵

Observa-se, dessa forma, que o ordenamento jurídico apresenta uma estrutura hierárquica em forma de pirâmide. Nessa pirâmide, nada agride a Constituição e ela apresenta-se com a seguinte disposição: Constituição, no ápice da pirâmide, ao lado das emendas constitucionais. Logo após, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas e as medidas provisórias. Por conseguinte, os decretos e, sucessivamente, os diplomas de menor eficácia e intensidade normativa.¹⁶

Ainda, nessa pirâmide, as normas podem ser consideradas executivas e produtivas: executivas em relação à norma superior e produtivas em relação à norma inferior. Ou seja, observada a pirâmide de cima para baixo, verificar-se-á uma série de processos de produção jurídica; se observada de baixo para cima, verificar-se-á uma série de processos de execução jurídica. Contudo, nos planos extremos ocorre só produção (norma fundamental) ou só execução (atos executivos).¹⁷

No Direito do Trabalho, a hierarquia tem características especiais que a colocam num patamar diferente daquele do direito comum. Dentre essas características especiais, destacam-se a composição diversificada das fontes justralhistas, estas incluindo uma enorme variedade de normas não estatais, como as convenções e os acordos coletivos de trabalho e, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador na escolha da norma, dentre outras sobre a mesma matéria, que deve prevalecer nessa escala.¹⁸

O direito do trabalho, é composto por normas que asseguram um mínimo de proteção ao trabalhador e, por isso, em vez de recorrer a essas técnicas tradicionais de solução de antinomias, orienta a aplicação da norma mais favorável, aquela que apresenta a conquista mais significativa do conjunto de trabalhadores.¹⁹

Neste diapasão, verifica-se que os componentes normativos justralhistas apresentam notável especificidade perante o direito comum, ou seja, o critério

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. p. 199

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. p. 174

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. p. 201

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. p. 516

¹⁹ CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho**. p. 83

informador da pirâmide hierárquica no Direito do Trabalho é distinto do rígido e inflexível imperante no Direito Comum.²⁰

Na concepção de Martinez, “no plano das relações de trabalho, não se pode falar em uma hierarquia normativa rígida, haja vista no topo da pirâmide hierárquica estará a norma mais favorável ao trabalhador.”²¹ Esse princípio da norma mais favorável não se harmonizaria com a inflexibilidade piramidal típica do Direito Comum, bem como, o conglomerado de normas não estatais entraria em choque com a rigidez das normas estatais, frustrando o desenvolvimento democrático do Direito do Trabalho.²²

Sendo assim, “o ápice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas é a norma mais favorável ao trabalhador.”²³ O vértice da pirâmide normativa, variável e mutável, não será a Constituição Federal ou a lei federal necessariamente, mas a norma mais favorável ao trabalhador.²⁴

Por ser flexível, o direito laboral constrói teorias para a hábil execução do seu critério hierárquico. São elas: a teoria da acumulação; a teoria do conglobamento e a teoria do conglobamento mitigado.

Sobre a teoria da acumulação, Carvalho ensina que implica que se tome de cada norma o que é mais conveniente ao trabalhador, fracionando dessa maneira as leis para buscar em cada uma o mais favorável.²⁵ Ainda, na visão mais didática de Alice Monteiro de Barros: “A teoria da acumulação implica extrair de cada uma das fontes, objeto de comparação, as disposições mais favoráveis ao empregado, e, reunidos, esses “retalhos” serão aplicados ao caso concreto.”²⁶

A teoria do conglobamento, sustenta que as normas devem ser comparadas em seu conjunto. Tal teoria estabelece a comparação entre dois regimes em seu conjunto, ou seja, considera o caráter unitário de cada um, excluindo a possibilidade de aplicar simultaneamente disposições de um regime e de outro.²⁷

Por fim, segundo a teoria do conglobamento mitigado, ao invés de verificar, na sua integralidade, qual o conjunto mais favorável ao trabalhador, o aplicador

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. p. 174

²¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. cap. 1

²² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. p. 175

²³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. p. 47

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. p. 176

²⁵ CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho**. p. 84

²⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. p. 131

²⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. p. 53

seleciona, dentro de um conjunto, os institutos que podem ser apreciados separadamente.²⁸ São exemplos de institutos que podem ser analisados separadamente conforme a teoria do conglobamento mitigado: o regime de férias, o regime de despedimento, aviso prévio.²⁹

A teoria do conglobamento mitigado ou por institutos é a adotada pelo ordenamento justralhista brasileiro e entendida como a melhor alternativa entre as teorias, pois melhor assegura o princípio da norma mais benéfica aos trabalhadores.³⁰

4 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE NORMAS NO DIREITO DO TRABALHO

BRASILEIRO

No Direito do Trabalho, na aplicação da norma no caso concreto, o conflito tem sido resolvido com a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador que se traduz nos seguintes termos: havendo duas ou mais normas dispendo sobre a mesma matéria, prevalecerá a que mais beneficiar o trabalhador.³¹

Neste sentido, é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE HORAS EXTRAS - PERCENTUAL 100%. FERIADOS TRABALHADOS. COMPENSAÇÃO. Acórdão proferido em recurso ordinário a traduzir, quanto ao adicional de horas extras, a **aplicação do princípio da norma mais favorável, derivação do mega princípio da proteção que informa o Direito do Trabalho**. Ademais, o exame das razões esgrimidas na revista exigiria revisita ao conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 126/TST. Revista desfundamentada, quanto à compensação requerida, à luz do art. 896 da CLT, a inviabilizar por qualquer ângulo o seu trânsito. Agravo de instrumento conhecido e não-provido.³² (grifo não original)

Contudo, existem controvérsias que devem ser analisadas no caso concreto.

Um dos casos é o conflito entre Constituição Federal e Consolidação das Leis

²⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. cap. 2

²⁹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. cap. 5

³⁰ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. cap. 5

³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. Segunda parte. cap. 5

³² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 27700-76.2002.5.03. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. 3ª Turma. Brasília, DF. Julgamento: 21 maio 2008. Publicado no DJ em: 13 jun. 2008. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2027700-76.2002.5.03.0064&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAADuAAN&dataPublicacao=13/06/2008&localPublicacao=DJ&query=norma%20and%20mais%20and%20favor%E1vel>>. Acesso em: 14 set. 2016. p. 01

do Trabalho ao tratar das horas extras para os gerentes. O artigo 62, II da CLT exclui os gerentes, do regime previsto no Capítulo II da CLT, intitulado “Da Duração do Trabalho” e, conseqüentemente da percepção das horas extras.³³ Tal previsão conflita com a Constituição Federal que assegura não só o direito à duração do trabalho limitada a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (art. 7.º, inciso XIII), mas também à remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (art. 7.º, inciso XVI), sem estabelecer quaisquer exceções.³⁴

Evidenciado o conflito e, embora ainda não seja o adequado, doutrina e jurisprudência tem admitido o pagamento das horas de serviço extraordinário para aqueles que não exercem efetivamente cargo de gestão.³⁵

HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 62, II, DA CLT. Não comprovado nos autos o efetivo exercício de cargo de confiança pela autora, já que suas funções eram operacionais e não de gerência geral, são devidas as horas extras e intervalares pleiteadas.³⁶

Ou seja, é preciso que a pessoa exerça cargo de gestão na empresa, não bastando a mera nomenclatura, uma vez que o empregado pode ser rotulado de gerente, mas efetivamente não o ser, ou não ter poderes para tanto.³⁷

Tema relevante também para a questão dos conflitos é a flexibilização que, no âmbito justralhista, consiste em uma forma de amenizar o rigor ou a rigidez de certas normas jurídicas,³⁸ e é um dos maiores debates da atualidade, quando importar na redução de direitos mínimos previstos no ordenamento estatal.³⁹

O diretor da Confederação Nacional da Indústria (CNI), Alexandre Furlan declarou que a flexibilização é essencial para a sustentabilidade das empresas, a competitividade e a produtividade no ambiente de trabalho.⁴⁰

Uma forma de flexibilização que está em alta na atualidade é a questão

³³ MACHADO, Costa (Org.). **CLT interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2016. p. 68

³⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. p. 619

³⁵ SERAFINI, Lucas. A (in)constitucionalidade do inciso II do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho face aos postulados da proteção no direito trabalhista. **Revista Perspectiva**. p. 9

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina. Acórdão nº 00647-2014-015-12-00-9 do Processo nº 0000647-04.2014.5.12.0015. Relator: José Ernesto Manzi. 5ª Turma. Florianópolis, SC. Julgamento: 20 out. 2015. Publicado no TRTSC/DOE em: 27 out. 2015. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=310942>>. Acesso em: 24 set. 2016. p. 01

³⁷ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. p. 190

³⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. p. 82

³⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. p. 81

⁴⁰ DOCA, Geralda. Flexibilização da CLT entra na pauta do governo Temer. **O Globo**, Rio de Janeiro, 20 jul. 2016. O Globo Economia. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/flexibilizacao-da-clt-entra-na-pauta-do-governo-temer-19353463>>. Acesso em: 05 out. 2016. p. 3

negociado sobre o legislado, inclusive com a tramitação do Projeto de Lei nº 4.962, de 11 de abril de 2016, que pretende alterar a redação do artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O modelo legislado consolida o comando do Estado nas relações de trabalho, a amplitude da lei, tanto constitucional quanto infraconstitucional, e a retração da negociação coletiva, retirando boa parte de sua autonomia. O intervencionismo é uma forma de realização da justiça social pelas leis destinadas a garantir um regulamento mínimo de proteção ao trabalhador.⁴¹

Já o modelo negociado é fundado na ideia do contrato, no predomínio da autonomia da vontade, nos acordos coletivos e também nos ajustes individuais, ficando a lei em um espaço menor.⁴²

Existe uma corrente que defende que o negociado prevaleça sobre o legislado, contudo, deve haver a participação do sindicato dos trabalhadores na negociação. Em que pese o assunto ainda é motivo de discussão, o STF já vem se posicionando favoravelmente à prevalência do negociado.

Recentemente, mais precisamente no dia 13 de setembro de 2016, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, decidiu que um acordo coletivo firmado entre sindicato e empresa deveria prevalecer sobre uma regra da Consolidação das Leis do Trabalho. Mais uma vez o STF reformou decisão do TST, que havia anulado uma cláusula de acordo coletivo que excluía o pagamento das horas *in itinere*, em troca de outros benefícios mais vantajosos financeiramente aos empregados.⁴³

Na explanação de sua decisão, o Ministro Teori Zavascki enalteceu que a Constituição reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas, inclusive para a redução de direitos trabalhistas e, embora admita que o acordo coletivo tenha limitado direito legalmente previsto, declarou que não se constata que tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical.⁴⁴

⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Ordenamento jurídico trabalhista**. p. 81-82

⁴² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Ordenamento jurídico trabalhista**. p. 78-81

⁴³ PIMENTA, Guilherme; POMBO, Bárbara. Ministro do STF reforça prevalência do negociado sobre o legislado em causa trabalhista. **Uol**, Brasília, 14 set. 2016. Uol Política. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/09/14/ministro-do-stf-reforca-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado-em-causa-trabalhista.htm>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 1

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 895.759. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário do STF. Brasília, DF. Julgamento: 8 set. 2016. Publicado no DJE em: 12 set. 2016. Disponível em:

A supressão integral das horas *in itinere* nunca foi admitida pelo TST, que autorizava apenas a negociação sobre 50% da verba, sendo que a outra metade deveria ficar intacta:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - HORAS *IN ITINERE* - LIMITAÇÃO POR NORMA COLETIVA - DISPARIDADE ENTRE O TEMPO EFETIVAMENTE GASTO PELO EMPREGADO E AQUELE PREVISTO NA NORMA - INVALIDADE. Consoante o entendimento oriundo da SBDI-1 desta Corte, é possível a fixação prévia, em norma coletiva, de um determinado número de horas *in itinere* a serem pagas aos trabalhadores, desde que demonstrados a razoabilidade no ajuste efetuado pelas partes e o equilíbrio entre o pactuado e a realidade dos fatos. **Isso para se evitar o benefício apenas do empregador, com a ausência de concessões mútuas e a consequente renúncia dos empregados ao direito de recebimento das horas concernentes ao período de deslocamento de ida e volta ao local de trabalho. Considera-se adequada a redução de até 50% (cinquenta por cento) entre o montante das horas de percurso efetivamente cumpridas e aquele pago ao empregado. (...)**⁴⁵

Figura-se evidente conflito entre as decisões uma vez que uma válida e dá ampla relevância aos acordos e convenções coletivas e outra, restringe-se ao preceituado pela Constituição Federal.

Fala-se muito da participação sindical nas negociações e, uma questão bastante preocupante na adoção do negociado sobre o legislado é que não há sindicatos fortes no Brasil. Desta forma, o empregador poderá impor condições menos favoráveis aos trabalhadores ainda que com a assistência do sindicato. Em um país onde ainda existe trabalho escravo, se o negociado prevalecer sobre o legislado, quem garantirá os direitos mínimos dos trabalhadores?⁴⁶

5 CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho nasceu como um mecanismo de defesa do operário das fábricas do início da revolução industrial, diante da inexistência de instrumentos legais para proporcionar um grau mínimo de intervenção na autonomia contratual das partes com o propósito de equilibrar uma relação trabalhista desigual. Os trabalhadores, por serem a classe menos favorecida, precisavam de proteção, ou seja, da intervenção

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4794743>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 04

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 690-82.2013.5.09.0459. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho. 7ª Turma. Brasília, DF. Julgamento: 10 dez. 2014. Publicado no DJET em: 12 dez. 2014. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=158464&ano_int=2014>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 01

⁴⁶ MARTINS. Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. p. 146

direta do Estado. O fato era que, o trabalhador e o trabalho estão lado a lado, se este não é protegido, aquele pode ser explorado.

Fato é que nenhum outro ramo do direito é tão caracterizado pelo pluralismo de fontes legislativas quanto o direito do trabalho. Um mesmo empregado pode estar regido simultaneamente pela lei, pelo contrato individual de emprego, pelo regulamento interno de trabalho elaborado pela empresa, por uma convenção coletiva de trabalho e, ainda, se for o caso, por um acordo coletivo de trabalho. O emaranhado de fontes se orienta e se organiza segundo o princípio da aplicação da norma mais favorável, observado, quando for o caso, o método do conglobamento por instituto, de modo que no ápice da pirâmide hierárquica normativa esteja sempre a regra geradora de melhorias nas condições sociais de trabalho.

A Constituição Federal de 1988 trouxe profundas alterações no campo do Direito Trabalhista impondo garantias mínimas nas relações de trabalho ao estabelecer que: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, ou seja, os direitos dos trabalhadores não podem ser menores que aqueles previstos na Lei Maior.

Muitas vezes, esses direitos mínimos garantidos pela Carta Magna entram em conflito com a própria CLT, como é o caso das horas extras dos gerentes, ou melhor, a exclusão desse direito. Ora, se é um direito mínimo garantido a todos os trabalhadores, independentemente da função, não há que se falar em não percepção, uma vez que a CF é a norma mais benéfica, afinal, tal conduta afeta também a saúde e o lazer do trabalhador, uma vez que, por não terem controle da jornada de trabalho, podem ficar a mercê do empregador por um tempo indeterminado. Diante de tal situação, a doutrina e jurisprudência já estão analisando com outros olhos essa questão e reconhecendo que nem todos os nominados nesses cargos, realmente exercem cargo de gestão, tendo o direito as horas extraordinárias garantido. Ainda não é o suficiente, mas já é o primeiro passo.

Outro ponto de conflito existente é o fenômeno da flexibilização e, entende-se por flexibilização um abrandamento do teor protecionista da legislação brasileira. Em que pese a flexibilização é autorizada pela Constituição Federal em assuntos específicos, a ampliação da negociação coletiva vem tomando espaço e gerando atritos inevitáveis entre o negociado e o legislado.

Mais recentemente, o STF julgou que o negociado pode prevalecer sobre o legislado, desde que sejam estipulados outros direitos aos trabalhadores e haja a

participação sindical nas negociações, como foi no caso das horas in itinere. Ocorre que, para que seja realmente mais vantajoso para o empregado, na base na negociação deve estar o sindicato. Contudo, os sindicatos no Brasil não estão preparados para atender essas necessidades, uma vez que são caracterizados como muitos e pequenos e, por não terem força, favorecem a perpetuação de um poder ilimitado e absoluto empresarial.

Portanto, quando de fala na problemática apontada no presente estudo, verifica-se que as atuais decisões não estão de acordo com a contínua progressão das garantias sociais previstas no *caput* do artigo 7º da Constituição Federal, que proclama o respeito às garantias “mínimas legais de proteção ao trabalho”, mais uma vez fundamentando a perspectiva de construir sempre o mais e o melhor. Além disso, uma lei que autorize negociação contra vantagem legal mínima é extremamente preocupante, uma vez que os problemas dos trabalhadores podem ser agravados por normas coletivas mal convencionadas.

Por conseguinte, resta esclarecer que objetivo de tal estudo não é o de esgotar o assunto, mas de chamar a atenção para um tema que está em evidência na atualidade, de modo que, no mais breve espaço de tempo possível, se construa a melhor orientação e solução em torno dele, para que, afinal, os direitos laborais não sejam extintos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 895.759. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário do STF. Brasília, DF. Julgamento: 8 set. 2016.

Publicado no DJE em: 12 set. 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4794743>>.

_____. Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina. Acórdão nº 00647-2014-015-12-00-9 do Processo nº 0000647-04.2014.5.12.0015. Relator: José Ernesto Manzi. 5ª Turma. Florianópolis, SC. Julgamento: 20 out. 2015. Publicado no TRTSC/DOE em: 27 out. 2015. Disponível em:

<<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=310942>>.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 27700-76.2002.5.03. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. 3ª Turma. Brasília, DF. Julgamento: 21 maio

2008. Publicado no DJ em: 13 jun. 2008. Disponível em:
<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2027700-76.2002.5.03.0064&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAADuAAN&dataPublicacao=13/06/2008&localPublicacao=DJ&query=norma%20and%20mais%20and%20favor%E1vel>>.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 690-82.2013.5.09.0459. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho. 7ª Turma. Brasília, DF. Julgamento: 10 dez. 2014. Publicado no DJET em: 12 dez. 2014. Disponível em:
<http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=158464&ano_int=2014>

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho**. 2013. s.i., s.n.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DOCA, Geralda. Flexibilização da CLT entra na pauta do governo Temer. **O Globo**, Rio de Janeiro, 20 jul. 2016. O Globo Economia. Disponível em:
<<http://oglobo.globo.com/economia/flexibilizacao-da-clt-entra-na-pauta-do-governo-temer-19353463>>.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://2673.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/2673>>. Livro digital. ISBN 978-85-02-18051-2.

FONTES do direito do trabalho. Colunista Portal – Educação. Disponível em:
<<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/24542/fontes-do-direito-do-trabalho>>. 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Costa (Org.). **CLT interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2016.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://161919.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/161919>>. Livro digital. ISBN 978850262466-5.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito contemporâneo do trabalho**. – São Paulo: Saraiva, 2011. Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<https://central-usuario.editorasaraiva.com.br/leitor/epub:1104>>. Livro digital. ISBN 9788502120532.

_____. **Ordenamento jurídico trabalhista**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2013.

PIMENTA, Guilherme; POMBO, Bárbara. Ministro do STF reforça prevalência do

negociado sobre o legislado em causa trabalhista. **Uol**, Brasília, 14 set. 2016. Uol Política. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/09/14/ministro-do-stf-reforca-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado-em-causa-trabalhista.htm>>.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SERAFINI, Lucas. A (in)constitucionalidade do inciso II do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho face aos postulados da proteção no direito trabalhista. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/130_179.pdf>. **Revista Perspectiva**, Erechim, v. 35, n. 130, p. 161-176, jun./2011.

**O INSTITUTO DAS ASTREINTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E
SUA REPERCUSSÃO DOUTRINÁRIA: ANÁLISE DOS ARTIGOS 536 E 537 DA
LEI Nº 13.105/2015¹**

*The Institute of Astreintes in the New Code of Civil Procedure and its doctrinal
repercussion: Articles analysis 536 and 537 of the Law number 13.105.2015*

Pâmela Tamires Miglióli²
Dayse Aline Kellermann³

Resumo: As *astreintes* são um mecanismo muito utilizado a fim de obter a adimplência da obrigação principal através de coação ao devedor por meio da multa instituída. Por este motivo, este trabalho tem por objetivo relatar a importância da multa coercitiva a partir de suas características e princípios primordiais, além de elencar as principais alterações dos artigos basilares do Código de Processo Civil de 2015 referentes à multa em estudo. Através de pesquisa bibliográfica, o presente artigo científico enaltece a significância das *astreintes* no mundo jurídico por meio dos conceitos doutrinários e das recentes modificações no Código de Processo Civil, que vieram, por ventura, gerar maior eficácia e segurança jurídica para a aplicação da multa coercitiva.

Palavras-chave: *Astreintes*. Multa coercitiva. Eficácia.

Abstract: The *astreintes* are a widely used mechanism for obtaining payment of the principal obligation through coercion of the debtor by means of the fine for this reason, this work aims to report the importance of a the coercive fine from its characteristics and principles, besides elencar the main changes of the basic articles of the Code of Civil Procedure of 2015 referring to the fine under study. Through bibliographic research the present scientific article exalts the significance of the *astreintes* in the legal world through doctrinal concepts and the recent modifications of the Code of Civil Procedure which have led to greater efficiency and safety, for the application of the penalty payment.

Keywords: *Astreintes*. Coercive penalty. Efficiency.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo geral demonstrar a importância das *astreintes* no âmbito jurídico brasileiro a partir de suas características, como também,

¹ Faculdade Metropolitana de Blumenau – FAMEBLU. Bacharelado em Direito (DIR 30) – Trabalho de Conclusão de Curso II. 28/10/2016.

² Pâmela Tamires Miglióli, graduada do curso de Direito pela Faculdade Metropolitana de Blumenau. E-mail: pamelamires@hotmail.com.

³ Dayse Aline Kellermann, graduada em Direito pelo Centro Universitário Leonardo Da Vinci. Pós Graduada em Direito Processual Penal pelo ICPG. Advogada inscrita na OABSC 28.374. E-mail: advocaciadk@outlook.com.

tem por objetivo específico elencar as principais alterações inerentes à multa que surgiram com o Código de Processo Civil de 2015, a fim de ressaltar se as mudanças tornarão a multa mais efetiva para a garantia da segurança jurídica.

Primeiramente, será apresentado um breve contexto histórico da multa, sua concepção em Roma, sobre o sistema da *Common Law* e o sistema do *Contempt of Court*. Posteriormente, far-se-á uma análise sobre a evolução na forma de coação na França, qual seja, a mais importante e que consolidou inclusive, a nomenclatura *astreintes* adotada no Brasil. Sendo assim, constatará se o direito brasileiro se inspirou e foi influenciado pelo direito francês para elencar a multa no ordenamento jurídico.

Ainda, para que este artigo científico cumpra seu objetivo, e para entender melhor sobre como se dá a ideal aplicação das *astreintes*, observar-se-á o seu conceito, que, em síntese, é a multa imposta pelo magistrado ao devedor recalcitrante para coagi-lo a cumprir a obrigação principal através da pressão psicológica, bem como, será discorrido sobre a natureza jurídica da multa, a qual se pode dividir em de caráter coercitivo, acessório e patrimonial, além de descrever a sua finalidade, que consiste basicamente em garantir a segurança jurídica das ordens judiciais.

Outro importante tema referente à multa coercitiva que será estudado é em relação ao enriquecimento ilícito, sendo este um dos males para a aplicação das *astreintes*, o qual se tenta evitar com a aplicação dos princípios basilares no tocante à multa, a proporcionalidade e razoabilidade, os quais são utilizados para verificar a adequação do valor da multa tanto para o devedor, quanto para o credor.

Por fim, após tratar destes assuntos de grande relevância para a exata compreensão do instituto das *astreintes*, serão analisadas as principais alterações de destaque no tocante à multa coercitiva, podendo-se considerar o art. 537 e seus parágrafos do Código de Processo Civil de 2015 o dispositivo base ao tratar da multa, conjuntamente com os comentários aos artigos 536, 538, 139, IV, 497, parágrafo único, 500 e 814, os quais, também retratam alterações ou elucidções de certos questionamentos, a fim de que a efetividade das *astreintes* seja prevalecida.

2 MÉTODO

O método de pesquisa utilizado no presente trabalho foi o método bibliográfico, o qual foi realizado por meio de pesquisas na internet e doutrínria efetuadas em livros, a fim de obter o resultado pretendido de demonstrar a importância

das *astreintes* na atualidade por meio das recentes modificações no Código de Processo Civil de 2015.

Neste sentido, sobre a pesquisa bibliográfica, Fonseca (2002, p. 32) retrata que:

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem, porém, pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica [...].

Portanto, o método bibliográfico utilizado para a presente pesquisa, teve por finalidade, buscar da melhor maneira o adequado entendimento do tema em estudo.

3 A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DAS *ASTREINTES*

Para melhor entender a funcionalidade deste instituto, objeto de estudo no presente trabalho, cabe relatar alguns pontos históricos que evoluíram com o tempo até se chegar ao que se conhece hoje como sendo multa, multa coercitiva ou, doutrinariamente, como *astreintes*.

Primeiramente, bem antes de ser introduzida no Brasil, as *astreintes* teve uma remota origem no Direito Romano, onde ainda não possuía esta nomenclatura, em que predominava o instrumento de *manus injectio* e *actio iudicati*, que tinha uma forma de compensação ao credor, dispondo a ele a prerrogativa de ter em sua posse o devedor, podendo vendê-lo como escravo ou matá-lo, entre outras barbaridades existentes na época. Porém, por meio da *Lex poetelia papiria*, foi abolida (AMARAL, 2010).

Em relação ao sistema do *Common Law*, este baseia-se por meio de *writs*, uma espécie de: “ação nominada e com fórmulas fixadas pelos costumes, que correspondia à obtenção de um remédio adequado à situação” [...] (SOARES, 2000, p. 32, apud MARZAGÃO, 2015, p.77).

Ainda, segundo Júlio César Bueno (2001, p. 46, apud MARZAGÃO, 2015, p. 82), o conceito de *Contempt of Court* surgiu: “como um meio de assegurar a autoridade e a dignidade do soberano, tendo por fundamento o caráter divinal da lei e de seu poder”.

Porém, apesar de serem importantes para o entendimento da evolução da multa, a remota origem no Direito Romano, o *Common Law* e o *Contempt of Court*

não são a base para a influência das *astreintes* no Brasil.

3.1 A ORIGEM NA FRANÇA

Foi na França, apesar de várias contradições, que através de jurisprudência, mesmo que no início com caráter de perdas e danos, que se teve o conceito aceito atualmente de *astreintes*, dando origem a própria denominação que também é adotada em jurisprudências e doutrinariamente pelo Brasil.

Após a Revolução Francesa e com a edição do *Code Napoléon*, a França passou a proteger o devedor, considerando a obrigação de fazer ou de não fazer como não obrigatória juridicamente, ou facultativa, permitindo ao devedor a possibilidade de escolher cumprir a obrigação ou pagar seu correspondente pecuniário. (AMARAL, 2010).

Cubells (2015, p. 21), sobre a origem das *astreintes* na França, destaca o seguinte:

Verifica-se, portanto, que a figura da multa periódica nasceu na França, a partir da própria prática dos tribunais franceses. De igual modo, constata-se que sua criação decorreu da percepção dos juízes sobre a clara insuficiência da indenização por perdas e danos como substituto do cumprimento espontâneo da obrigação de fazer ou não fazer pelo executado.

Portanto, a ideia de multa coercitiva na França tomou forma com a prática dos tribunais por meio de jurisprudências, desencadeando as transformações conhecidas hoje e que influenciam a multa coercitiva aplicada no Brasil.

3.2 A EVOLUÇÃO NO BRASIL

Em relação à aplicação das *astreintes* no Brasil, tem-se que o território brasileiro se inspirou nesta forma de coerção de origem francesa adotando características.

Neste sentido, Guerra (1998, p. 108, apud AMARAL, 2010, p. 35/36) salienta:

A *astreinte* francesa, com toda a sua evolução legislativa e jurisprudencial, serve de modelo de medida coercitiva judicial para diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, notadamente o brasileiro, que, no entanto, não dedicou a mesma quantidade de dispositivos legais para o tratamento do instituto [...].

O Código de Processo Civil de 1973, que tinha a multa como preferência entre os outros meios, começou a tratar a multa de uma maneira melhor, com o art. 461 e, posteriormente, o art. 461-A, bem como, em leis especiais que mencionam a

ocorrência da multa em determinadas situações:

Avanços significativos foram alcançados em relação à sistemática de aplicação da multa coercitiva no direito brasileiro. Por primeiro, abandonou-se a exigência de prévio requerimento por parte do autor para a cominação da multa processual, podendo ser concedida *ex officio* pelo juiz, conforme preceitua o artigo 461, §4º. [...]. Desta forma, é facultado ao juiz, tanto em sede de tutela antecipada, como em sentença, impor multa ao réu, fixando-lhe prazo para seu cumprimento (SCHECHTEL, 2015, p. 11).

Desta forma, tem-se que as *astreintes* brasileira sofre forte influência francesa, sendo que dentre as diversas modificações no instituto das *astreintes* no decorrer dos anos para melhor proporcionar efetividade para este instrumento coercitivo, destaca-se a última alteração quanto à multa com a promulgação da Lei nº 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil.

4 CONCEITO DE *ASTREINTES*

Astreintes, nomenclatura adotada doutrinariamente e utilizada em jurisprudências ou, também, conhecida como multa coercitiva ou, ainda, no Código de Processo Civil de 2015, denominada apenas como multa, é um instituto de grande relevância para o âmbito jurídico, em se tratando de cumprimento de obrigações de fazer, de não fazer, de dar, e agora, também com a possibilidade de ser imposta nas obrigações de pagar.

Guilherme Rizzo Amaral (2010, p. 75) diz que: “[...] a multa é medida coercitiva, destinada a pressionar o devedor para cumprir decisão judicial, e não a reparar os prejuízos de seu descumprimento [...]”.

Interessante é a observação de Dinamarco (2009, p. 535) quanto à multa coercitiva:

Das medidas necessárias autorizadas pelo Código de Processo Civil como meios de induzir o obrigado ao adimplemento das obrigações específicas, têm bastante realce as multas coercitivas, que são a versão brasileira das *astreintes* concebidas pelos tribunais franceses com a mesma finalidade. Elas atuam no sistema mediante o agravamento da situação do obrigado renitente, onerando-o mais e mais a cada hora que passa, ou a cada dia, mês ou ano, ou a cada ato indevido que ele venha a repetir, ou mesmo quando com um só ato ele descumprir irremediavelmente o comando judicial – sempre com o objetivo de criar em seu espírito a consciência de que lhe será mais gravoso descumprir do que cumprir a obrigação emergente do título executivo.

Nesta vereda, já se percebe a importância deste instituto, tendo por objetivo principal, pressionar o devedor para que este cumpra a decisão judicial. Portanto, o devedor deve se sentir coagido pela aplicação das *astreintes*, pelo fato de que se não

cumprir a obrigação, será muito mais constrangedor a incidência da multa, pois seus valores podem ser estipulados de forma que seja muito mais benéfico cumprir a obrigação, do que postergar seu adimplemento.

5 NATUREZA JURÍDICA

A análise da natureza jurídica do instituto das *astreintes* é de grande importância, pois, desta forma brotará as definições dos demais aspectos da multa.

Neste sentido, Amaral (2010, p. 67) diz o seguinte sobre o estudo da natureza jurídica:

O estudo da natureza jurídica das *astreintes* e das decisões judiciais que as fixam é de suma importância para a exata compreensão do funcionamento do instituto em análise. Somente compreendendo de forma exata a natureza jurídica das *astreintes*, poder-se-á alcançar conclusões acerca de seu cabimento, incidência, exigibilidade e eficácia. Também o próprio conceito das *astreintes* brotará da exata compreensão de sua gênese.

Destarte, é da natureza jurídica das *astreintes* que vai emergir os entendimentos das demais questões inerentes à multa, com o propósito de compreender a sua funcionalidade.

5.1 NATUREZA COERCITIVA

As *astreintes* possuem como caráter predominador o coativo, a fim de obrigar o devedor ao cumprimento da sentença.

Nas palavras de Schechtel (2015, p. 16), conforme previa o §2º do art. 461 do antigo Código de Processo Civil, a natureza jurídica das *astreintes* é: “[...] puramente coercitiva, uma vez que se destinam a forçar o cumprimento da obrigação de maneira espontânea e diretamente pelo devedor, sem estar vinculada a qualquer questão reparatória ou indenizatória pelo atraso ou pelo descumprimento da ordem [...]”.

Assim, tem-se que mesmo quando descumprida a obrigação, ficando desta maneira o devedor inadimplente obrigado a pagar a multa, constituindo aparência de natureza indenizatória, a natureza jurídica original da *astreinte* é coercitiva, ou seja, visa coagir o devedor a cumprir com a obrigação principal, e não o pagamento da multa:

Do caráter coercitivo das *astreintes* brotarão diversas outras características importantes, tais como a desvinculação do valor da multa para com o da obrigação principal cujo cumprimento é almejado, bem como a independência em relação às perdas e danos oriundas do descumprimento da decisão

judicial (AMARAL, 2010, p. 79).

Deste modo, tem-se que a coercitividade é o caráter predominador para definir as *astreintes*, deixando claro seu objetivo de constranger o devedor ao ponto de que ele se sinta coagido e perceba a vantagem em cumprir com a obrigação imposta em juízo do que pagar a multa. Não há controvérsias sobre o caráter coercitivo das *astreintes*, sendo o mais lembrado ao falar da multa pelo estímulo dado ao cumprimento da obrigação.

5.2 NATUREZA ACESSÓRIA

A natureza acessória das *astreintes* se torna presente apenas quando um fim ainda é buscado, pois, não faria sentido a utilização da acessoriedade sem ter um fim a ser alcançado.

Neste sentido, Amaral (2010, p. 79) aponta que: “[...] as *astreintes* possuem caráter acessório, ou seja, como técnica destinada ao alcance de determinado fim, só têm razão de existir quando este fim ainda é almejado.”

Schechtel (2015, p. 20), fala que há duas correntes no tocante ao caráter acessório:

Existe no direito brasileiro duas correntes doutrinárias em relação à acessoriedade da multa, a primeira defende que a multa é autônoma à ordem principal, sendo exigíveis independentemente, e tem como função preservar a dignidade do estado e garantir o cumprimento da decisão judicial; já a segunda corrente considera a multa como uma técnica de tutela, ou seja, método para alcançar determinado fim, sendo acessória a obrigação principal.

Nesta vereda, confirma-se que a natureza acessória aparece quando ainda há a possibilidade de cumprir determinada obrigação, senão, não haverá mais a necessidade de sua incidência. Assim, a acessoriedade das *astreintes* é uma característica também muito importante para o entendimento e aplicação da multa, tendo clara relação entre a decisão judicial e o cumprimento da obrigação principal.

5.3 NATUREZA PATRIMONIAL

As *astreintes* também possuem caráter patrimonial, pelo fato de que os bens são atacados para adimplir a obrigação, ou seja, o patrimônio do réu é ameaçado.

O doutrinador Guilherme Rizzo Amaral (2010, p. 83) descreve que:

Não obstante ser inafastável o fato de que a ameaça exercida pelas *astreintes*

é sobre o patrimônio do réu-devedor, cumpre salientar que a finalidade da multa não é atingir este mesmo patrimônio. Visam as *astreintes* a exercer pressão psicológica no obrigado, para que este cumpra a obrigação específica, determinada no comando judicial, justamente para *evitar* a excussão de seus bens particulares.

Ainda, Amaral (2010, p. 84) faz a seguinte conclusão:

Conclui-se, portanto, que o caráter patrimonial está presente nas *astreintes*, mas com a ressalva de que, antes de haver a execução da multa, a coerção se dá sobre a pessoa do réu, através de *ameaça* contra seu patrimônio. O fato de as *astreintes* atingirem, ocasionalmente, o patrimônio do réu inadimplente é, com efeito, meramente acidental.

Desta forma, tem-se o terceiro caráter das *astreintes*, no qual o patrimônio é atingido de forma acidental caso haja o descumprimento da obrigação principal, pois, inicialmente é tido apenas como uma forma de ameaça ao patrimônio do réu para lhe causar pressão psicológica. Em relação às mudanças inerentes à multa coercitiva no Código de Processo Civil de 2015, verifica-se que vieram para evidenciar ainda mais sua natureza jurídica, destacando sua importância para a correta e adequada aplicação das *astreintes*.

6 FINALIDADE DAS ASTREINTES

A finalidade das *astreintes*, pode-se dizer que é estritamente ligada à natureza da multa, pois, quando caracterizada a sua natureza, estará contribuindo para a obtenção da finalidade, que é, basicamente, de constranger o réu à cumprir a obrigação principal.

Nesta vereda, Marinoni (2001, p. 110) salienta que:

A multa não tem o objetivo de penalizar o réu que não cumpre a ordem; seu escopo é o de garantir a efetividade das ordens do juiz. A imposição da multa para o cumprimento da ordem é suficiente para realizar este escopo, pois a coerção está na ameaça do pagamento e não na cobrança do valor da multa.

Nessa lógica, Marinoni e Arenhart (2014, p. 78/79) discorre que:

[...] o objetivo da multa é o de vencer a resistência do réu, convencendo-o a adimplir, com a nítida finalidade de dar efetividade às decisões judiciais. Por este motivo, a multa deve ser imposta em montante suficiente para fazer o réu cumprir a decisão, considerando o valor em litígio e a capacidade econômica daquele a quem é dirigida.

Portanto, não há dúvidas quanto à finalidade das *astreintes* em propiciar o cumprimento da obrigação principal, a fim de que a ordem judicial seja respeitada. Assim, claro é que, para a finalidade da multa ser alcançada sem precisar ser cobrado

o seu valor estipulado, se faz necessário analisar um conjunto de decisões a serem tomadas, levando-se em conta a aplicação de princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que desta forma também seja evitado o enriquecimento ilícito.

7 ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

O enriquecimento ilícito é algo que gera muita contradição ao se tratar de *astreintes*, pois, o locupletamento ilícito é vedado pelo ordenamento brasileiro, e para que isso seja cumprido, é necessário analisar outras circunstâncias inerentes à aplicação da multa, como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Também é necessária uma análise individualizada do caso concreto.

Cândido Rangel Dinamarco (2009) ensina que, quando o valor da multa estipulado não for mais suficiente a persuadir o obrigado a cumprir com a obrigação, o seu acréscimo é justificado. Já se o valor arbitrado for exorbitante, não tendo o devedor condições para pagar, sendo que provavelmente irá descumprir ou gerar o locupletamento ilícito do destinatário, ou também, no caso de cumprimento parcial da obrigação, poderá diminuir o valor inicialmente arbitrado. Também há a possibilidade de alterar a periodicidade anteriormente fixada, caso os fatos concretos tenham sido modificados.

Marzagão (2015, p. 193/194), retrata as hipóteses de configuração do enriquecimento ilícito:

De acordo com sedimentada jurisprudência, a figura disciplinada no art. 884 do Código Civil emergiria toda vez que o crédito resultante da reiterada incidência das *astreintes* atingisse montante que sobejasse o correspondente monetário da obrigação inadimplida (indicador objetivo) ou que atentasse contra os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade (indicador altamente subjetivo).

Desta forma, verifica-se que a multa deve ser estipulada observando todas as questões inerentes à sua correta aplicação para não dar ensejo ao locupletamento ilícito, uma vez que, quando o valor da multa é arbitrado de forma exorbitante, e no futuro, seja necessário reduzir seu valor, esta poderá não causar o efeito desejado de coação, além de estar ferindo a integridade das *astreintes*.

Segundo Marzagão (2015, p. 199), o magistrado deverá escolher entre o princípio da efetividade do processo ou o princípio que proíbi o locupletamento ilícito:

Olhando prospectivamente, como deverá proceder o magistrado (i) se a exacerbação do valor da multa cominatória, ao mesmo tempo em que contribui para a efetividade processual (por intensificar a carga intimidatória

das *astreintes*), aumenta a possibilidade de um enriquecimento injustificado por parte do autor e (ii) se, como outro lado da moeda, o comedimento exagerado no momento da quantificação da multa, a despeito de evitar um futuro enriquecimento sem causa, pode vir a tornar ineficaz, desde logo, a coerção? Olhando retrospectivamente, qual dos dois princípios deverá ser albergado pelo juiz? Deverá ele “privilegiar” o princípio da efetividade do processo ou o princípio que veda o enriquecimento sem causa?

Portanto, quando o valor inicialmente arbitrado for exorbitante ou irrisório, sem terem sido respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, está autorizado ao magistrado a possibilidade de majorar ou minorar o valor da multa, a fim do devedor ser coagido para atingir a finalidade das *astreintes*, além de evitar o enriquecimento ilícito.

8 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

Dentre os vários princípios que norteiam os diversos ramos do direito, pode-se citar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como sendo os principais inerentes à utilização da multa coercitiva, que objetivam torná-la o mais eficaz possível, sendo empregados para uma adequada aplicação de determinada decisão, devendo utilizá-los com extrema responsabilidade para que a função da multa seja melhor alcançada.

Em relação ao princípio da razoabilidade, Barroso (1999, p. 215) ensina que:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo o equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Desta maneira, as *astreintes* devem ser aplicadas sem o cometimento de injustiças, como no caso, se fosse permitido, cobrar o valor da multa mesmo quando improcedente a sentença definitiva. Assim, deve-se, com base no princípio da razoabilidade, aplicar de forma moderada a multa, porém, podendo ser seu valor diferente da obrigação principal. Portanto, precisa existir: “[...] moderação e equilíbrio para com o fim pretendido pelo ato da autoridade estatal. Sendo este a coerção do réu, o valor fixado para as *astreintes* só seria excessivo quando ultrapassasse o necessário para demover o réu de sua recalcitrância” (AMARAL, 2010, p. 134).

Assim, tem-se que a razoabilidade da multa deve ser verificada a ponto de

evitar injustiças, observando a moderação do meio empregado para atingir o fim que se pretende.

Em relação ao princípio da proporcionalidade, que anda lado a lado com o da razoabilidade quanto à fixação das *astreintes*: “[...] significa sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos” (FREITAS, 1999, p. 400, apud AMARAL, 2010, p. 134).

Nesta vereda, Oliveira (2016, p. 281) comenta que:

De acordo com o art. 537, caput do CPC/2015 (que, nesse ponto, replicou a redação do art. 461, §4º do CPC/73), o magistrado, diante do caso concreto, deve observar se a aplicação das *astreintes* é “suficiente ou compatível com a obrigação”. Na verdade, ele deve pautar-se, nessa oportunidade e sempre, de acordo com o dever de proporcionalidade.

Portanto, deve-se observar o caso concreto para aplicar a multa de forma compatível, para que não seja desproporcional à situação, e desta forma, resguardar os direitos fundamentais.

Ainda, por ser de extrema importância o princípio da proporcionalidade, este pode ser dividido em três subprincípios: subprincípio da adequação, subprincípio da necessidade e subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (AMARAL, 2010).

O subprincípio da adequação é de grande relevância para a aplicação das *astreintes*, sendo que a sua fixação se traduz pela compreensão entre o fim que se pretende atingir e o meio para que tal pretensão se concretize.

Neste sentido, Amaral (2010, p. 135) relata que:

O subprincípio da adequação traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para sua consecução. Trata-se do exame de uma relação de causalidade, e uma lei (ou ato) somente deve ser afastada por inidônea quando absolutamente incapaz de produzir o resultado perseguido. Na fixação da multa, deve então perquirir o magistrado, primeiramente, se ela terá o condão de pressionar eficazmente o réu para a prática de determinada conduta, imposta pelo comando judicial. Assim, sendo o réu desprovido de patrimônio, ou sendo impossível o cumprimento da obrigação contida no preceito, não há falar em aplicação da multa, visto que inadequada, *inapta* para pressionar o réu a cumprir a determinação judicial.

Portanto, pelo subprincípio da adequação, tem-se que se deve observar se a multa é a medida adequada para atingir o resultado que se pretende em determinado caso concreto.

No tocante à necessidade da aplicação das *astreintes*, Amaral (2010, p. 135) salienta:

As *astreintes*, entretanto, podem ser *adequadas*, porém não *necessárias*.

Com relação ao subprincípio da *necessidade* do meio utilizado, este determina que, entre dois meios possíveis, deve-se escolher o que seja menos gravoso ao jurisdicionado. É deste subprincípio que emerge a *proibição de excesso*. Aqui, entretanto, reside um aparente problema. É que, para a verificação da necessidade de imposição da multa processual, em tese seria preciso conhecer justamente o ânimo do réu. Caso este estivesse disposto a cumprir, espontaneamente, a ordem judicial, *desnecessária* mostrar-se-ia a imposição de multa. O problema, como dito, é apenas aparente. Isso porque, nesse caso específico, a fixação de multa desnecessária não causará prejuízo ao réu que, cumprindo a obrigação, ilidirá a incidência das *astreintes*. Não se desvirtua, assim, o *telos* da proporcionalidade, que é o menor sacrifício possível, com a fixação da multa em tal situação.

Desta forma, o subprincípio da necessidade deve ser observado com o intuito de verificar se a medida é realmente necessária, ou seja, se é a melhor a ser escolhida para atingir o objetivo de cumprimento da ordem judicial. Se a resposta for negativa, desnecessária é aplicação de tal forma de se fazer cumprir determinada decisão judicial.

Sobre o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, muito bem conceituada é a explicação de Pacheco (apud SCHECHTEL, 2015, p. 31), que retrata o seguinte:

[...] o princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige que o meio utilizado se encontre em razoável proporção com o fim perseguido, revelando uma ideia de equilíbrio entre valores e bens. Ou seja, procede-se a uma análise da relação custo-benefício. Assim, deve haver um sopesamento das vantagens e desvantagens ocasionadas pela restrição a um direito e a realização do outro direito que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Assim, a proporcionalidade em sentido estrito consiste em equilibrar valores e bens, a fim de que haja relação entre as vantagens ou desvantagens que podem acontecer.

Portanto, diante destas considerações, fica clara a importância da utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para a adequada aplicação das *astreintes*, a fim de evitar incômodos futuros e para proporcionar maior eficácia na finalidade da multa.

9 COMENTÁRIOS ACERCA DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES OCORRIDAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 EM RELAÇÃO AO INSTITUTO DAS *ASTREINTES* E SUA REPERCUSSÃO DOUTRINÁRIA

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe várias inovações para diferentes

ramos do direito, e não seria diferente com as *astreintes*. Neste momento, passa-se a apresentar comentários referentes às principais mudanças relativas ao instituto das *astreintes*, com o intuito de demonstrar as importantes questões referentes à multa para torná-la mais efetiva.

Pode-se dizer que as alterações foram sutis, mas vieram com intuito de melhorar a aplicação das *astreintes*, tornando-a mais eficaz do que outrora, acabando com certas contradições, além de demonstrar que a multa coercitiva é um instrumento muito importante para a obtenção do cumprimento da obrigação principal.

O autor Marzagão (2015, p. 213) salienta que:

As questões mais polêmicas continuaram sem resposta na novel legislação e, por isso mesmo, deveremos permanecer com destoantes posições doutrinárias e jurisprudenciais – destoantes posições essas que, se no momento do surgimento do instituto indubitavelmente contribuíram para a necessária dialética jurídica e conseqüente evolução do Direito, hoje, em estágio mais avançado, pouco contribuem para a almejada segurança jurídica.

No tocante à nomenclatura das *astreintes*, Cubells (2015, p. 40) destaca a mudança da expressão “multa diária” para apenas “multa”, pois, sabe-se que a multa não tem, necessariamente, como diária sua periodicidade, podendo ser estipulada outra constância de tempo.

Em primeira vista, a mudança na nomenclatura encontrada nos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 não parece ser muito significativa, porém, em decorrência da alteração da nomenclatura para apenas multa, se esclarece que ela pode ter outra periodicidade que não seja a diária, apesar de essa ser a mais comum estabelecida pelos magistrados. Sendo assim, o juiz deverá sempre levar em consideração o caso concreto para estabelecer a frequência de tempo mais adequada.

9.1 ART. 536 DO CPC/2015

Primeiramente, cabe falar sobre o art. 536, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe sobre quais são as medidas adequadas para a satisfação do exequente nas obrigações que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou não fazer.

Cassio Scarpinella Bueno (2015, p. 367) reforça que o art. 536, *caput*. “[...] disciplina as medidas executivas voltadas à ‘tutela específica’ ou, quando menos, ao ‘resultado prático equivalente’ das obrigações de fazer ou de não fazer [...]”,

consistindo no §1º o: “[...] rol de atividades e de atos a serem adotados pelo magistrado [...]” na situação adequada.

Assim, tem-se que além da multa, o *caput* do art. 536 deixa claro que há outras medidas que são capazes de satisfazer o exequente, sendo que o §1º do art. 536 disponibiliza estas medidas, devendo o magistrado analisar o caso concreto e escolher dentre elas qual for a mais adequada para ser aplicada. Então, pelo §1º e *caput* do art. 536, que possui correspondência com o art. 461, §5º do CPC/73, entende-se que as *astreintes* são uma medida necessária à obtenção da obrigação quando esta for adequada ao caso concreto.

Em síntese, Theodoro Júnior (2016, p. 207) descreve que:

Quando for viável a efetivação da tutela específica (realização do exato fato devido) ou a obtenção do resultado prático equivalente (realizado por meio de algum fato que, na prática, equivalha ao fato inadimplido), o juiz na sentença condenatória (art. 537), ou em ato subsequente (art. 536, §1º), adotará medidas acessórias ou de apoio, que reforcem a exeqüibilidade do julgado.

Portanto, dentre outras medidas, as *astreintes* devem ser adotadas para ajudar, quando adequadas e necessárias, na concretização da satisfação da obrigação principal.

Por conseguinte, Marzagão (2015, p. 215) traz como sendo a “quarta novidade”, o §3º do art. 536, que causará debate interpretativo, pois, este parágrafo estabelece: “[...] que o executado poderá incidir nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência”. Porém, aponta que não há clareza, surgindo a dúvida de: “[...] que essas duas sanções deveriam coexistir e se somar à *astreinte* ou [...] que tais sanções seriam aplicáveis apenas nos casos em que não houvesse sido previamente cominada uma multa coercitiva à tutela mandamental?”

Para Neves (2015, p. 437): “O descumprimento injustificado da ordem judicial é, segundo o art. 536, § 4.º, do Novo CPC, ato de litigância de má-fé e, além da aplicação das sanções previstas na lei processual, o executado pode ser responsabilizado por crime de desobediência.”

Assim, pelo enunciado no art. 536, percebe-se que a multa está disposta juntamente com outras medidas, sendo que ela deverá ser aplicada quando for a medida mais adequada para determinado caso concreto. Além do mais, seus parágrafos determinam a possibilidade de multa por litigância de má-fé e crime de

desobediência.

9.2 ART. 537 DO CPC/2015

Em relação ao art. 537 do atual Código de Processo Civil, cabe ressaltar que este artigo é o principal em se tratando das *astreintes*, cabendo, primeiramente falar sobre o *caput* do art. 537 do CPC/2015 que possui correspondência com o §4º do art. 461 do CPC/73, o qual dispõe que a multa deve ser suficiente e compatível com a obrigação para gerar a ameaça necessária ao sujeito passivo, a fim de que ele escolha cumprir com a obrigação principal.

Assim, o art. 537, *caput*, do CPC/2015, dispõe que a multa: “[...] independe de pedido, pode ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória, na sentença ou na execução, devendo ser suficiente e compatível com a obrigação e que seja determinado prazo razoável para o cumprimento do preceito (obrigação)” (NEVES, 2015, p. 434).

Logo, verifica-se a importância da regra contida no *caput* deste artigo, em que elenca expressamente a possibilidade de aplicação da multa sem a necessidade de pedido da parte.

Oliveira (2016, p. 280) continua a proferir que:

As *astreintes* podem ser fixadas para coagir o devedor ao cumprimento de mandamento judicial contido em decisão proferida no curso do processo ou em seu final, prolatada na fase de conhecimento ou de execução, consoante regra prescrita no art. 537, *caput*, CPC/2015, que encontra correspondência no art. 461, §4º do CPC/73.

Enfim, no que diz respeito ao *caput* deste artigo, deve-se elogiar a atitude do legislador por manter a regra contida no §4º do art. 461 do CPC/73 no art. 537, *caput* do CPC/2015, o qual enaltece a prerrogativa concedida ao juiz de aplicar a multa quando adequada, tanto na fase de conhecimento, em tutela provisória, na sentença ou na execução, a fim de proporcionar maior coerção e por ventura a efetividade das *astreintes*.

Por segundo, se faz necessário comentar o art. 537, §1º do CPC/2015, que possui referência no §6º do art. 461 do CPC/73, o qual não trazia diferenciação entre a multa vencida e vincenda, sendo uma notável modificação que merece respeito, o qual faz expressamente a ressalva para a multa vincenda em relação à possibilidade de modificação no valor e na periodicidade da multa de ofício pelo juiz ou por requerimento da parte.

Nesse seguimento, Marzagão (2015) destaca essa alteração, digna de aplausos, pois, ressalta que, somente a multa vincenda, e não a que já se venceu, poderá ter seu valor modificado ou, até mesmo, ser excluída por decisão judicial, sendo que, em relação aos incisos I e II do §1º do art. 537, destaca a aproximação da multa do Brasil com a da França.

Sobre a modificação e a efetividade da multa, Marzagão (2015, p. 214) preceitua:

Essa singela – porém, importantíssima – modificação certamente trará mais efetividade à multa coercitiva, pois o devedor não poderá mais manter uma posição inerte, apostando na futura redução do valor final alcançado pela *astreinte* (pois a multa vencida não poderá ser objeto de revisão por parte do juiz).

Assim, verifica-se que este dispositivo tem a intenção de tornar a multa mais efetiva, uma vez que, não há a possibilidade de alteração da multa vencida, o que, se fosse possível, ocasionaria a inércia do devedor, pela esperança de a multa vencida também ser reduzida. O magistrado está autorizado a alterar a periodicidade ou excluir a multa que ainda não se venceu quando for necessário e adequado para que a finalidade seja prevalecida.

Na mesma seara do que já demonstrado acima, Humberto Theodoro (2016, p. 196) destaca a previsão do § 1º do art. 537, que preceitua: “[...] que a *multa vincenda* pode ser alterada no seu *quantum* e na sua periodicidade, quando o juiz verificar, de ofício ou a requerimento, que se tornou ‘insuficiente ou excessiva’ [...]”, como dispõe o inciso I, sendo que a alteração poderá ser para aumentar ou reduzir o valor ou a periodicidade. Já o inciso II determina que em: “[...] caso de demonstração pelo executado de justa causa para o descumprimento da obrigação que se invoca para justificar a sanção [...]”, poderá ser excluída ou reduzida a multa: “[...] quando restar comprovado que ocorreu o cumprimento parcial da sentença [...]”, conforme a 1ª parte do inciso II.

Desta forma, apenas a multa vincenda é passível de modificação quando não está mais atingindo seu objetivo de coação ao devedor e respeito à ordem judicial. Entende-se que é necessário preencher os requisitos elencados no §1º do art. 537 para que o magistrado possa alterar o valor ou a periodicidade da multa, senão, não há motivo convincente para que o juiz tome tal atitude.

Em terceiro lugar, quanto ao art. 537, cabe discorrer sobre o §2º, que retirou qualquer dúvida ou discussão ao prever expressamente que o valor da multa é devido

ao exequente.

Da mesma forma, Bueno (2015, p. 369) assevera que:

A multa é devida ao exequente independentemente de seu valor e de sua correlação com a expressão monetária da obrigação principal (§2º), orientação presente no Projeto da Câmara que prevaleceu sobre o Projeto do Senado, em que ela era devida ao exequente até o valor da obrigação e o excedente destinava-se ao Estado ou à União, consoante o processo tramitasse na Justiça Estadual ou Federal. Se a executada fosse entidade pública, o excesso destinar-se-ia à entidade pública ou privada com finalidade social.

Portanto, não há de existir mais discussões e/ou contradições quanto ao destinatário do valor da multa ser somente o exequente, estando esta questão sedimentada pelo §2º do art. 537, devendo-se o enriquecimento ilícito ser evitado de outras formas.

Outra modificação importante se deu no §3º do art. 537. Antes mesmo de entrar em vigor, o Código de Processo Civil de 2015 sofreu alterações pela Lei nº 13.256/2016, que acabou por alterar o §3º do art. 537, que retirou o final do parágrafo que permitia o levantamento do valor após o trânsito em julgado na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.142. Sendo assim, como a Lei nº 13.256/2016 revogou os incisos II e III do art. 1.042, fez bem em retirar também esta disposição da parte final do §3º do art. 537, a fim de ficar mais coerente com o restante do Código.

Sobre o §3º, Neves (2015, p. 436) assevera que:

A previsão do §3.º deve ser saudada por duas razões. Primeiro, porque consagra expressamente a eficácia imediata da multa, prestigiando assim a efetividade da tutela executiva à segurança jurídica. Segundo, porque deixa claro que a execução definitiva dessa multa depende do trânsito em julgado da sentença, afastando indevida confusão entre executabilidade e provisoriedade sentida em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, o referido parágrafo garante maior eficácia da multa, mas limita o direito do credor ao prever que, para levantar o valor da multa depositado em juízo, apenas poderá ser após a sentença ter transitado em julgado favorável à parte.

Em relação ao §4º do art. 537 do CPC/2015, este prescreve sobre a incidência da multa, relatando de que modo seu marco inicial e final se dará.

Oliveira (2016, p. 277) explica o seguinte no tocante ao referido parágrafo:

Da mesma forma, assim como no CPC/73, no novo CPC inexistente regra que vede a progressão indefinida do *quantum* da multa, até o cumprimento do mandamento judicial, ao revés, prescreve o §4º do art. 537 o seguinte: “A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e **incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver**

cominado". (grifo do autor).

Logo, o §4º do referido artigo retrata que a multa não terá um prazo preestabelecido, pois, apenas deixará de incidir quando a decisão for cumprida, e ainda, tem-se que a expressão "dia" não foi feliz em sua redação para tratar o início da incidência da multa.

No que se refere ao marco final da incidência das *astreintes*, destaca-se que a multa não mais incidirá quando suas funções de acessoriedade e coercitividade não forem mais exercidas, ou seja, quando a decisão for cumprida (OLIVEIRA, 2016).

Assim sendo, o §4º deixa claro o marco inicial e final de incidência das *astreintes*, sendo que ela não pode ser limitada, uma vez que será devida desde a data de descumprimento e, perpetuará até a data de cumprimento da obrigação.

Com base nos referidos parágrafos do art. 537, compreende-se que o supracitado artigo é fundamental na aplicação da multa coercitiva, devendo-se ser analisado suas disposições com responsabilidade para aplicar corretamente a multa, para que atinja seu objetivo de coagir o devedor e garantir a segurança jurídica.

9.3 ART. 538 DO CPC/2015

O art. 538 trata da obrigação de entregar coisa, a qual se encontrava anteriormente disposto no art. 461-A do CPC/1973.

Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 222) salienta que:

O novo Código prevê que no cumprimento das sentenças que determinem a entrega de coisa são utilizáveis todas as medidas sub-rogatórias, ou de apoio, aplicáveis às execuções de fazer e não fazer (art. 538, §3º), dentre as quais se sobressai a multa (*astreinte*) pelo atraso no cumprimento da prestação devida (art. 536, §1º). Assim, a intimação executiva será feita para proceder à entrega da coisa, no prazo assinalado na sentença, sob pena de incursão na referida multa, que já poderá constar da condenação, ou ser arbitrada pelo juiz da execução.

Portanto, as *astreintes* se sobressaem entre as medidas utilizadas nas sentenças que obrigam a entrega de coisa quando as outras medidas capazes de favorecer o cumprimento de obrigação de entregar coisa estiverem impossibilitadas de serem realizadas.

9.4 ART. 139, IV DO CPC/2015

Além das inovações já faladas anteriormente sobre os artigos 536, 537 e 538,

destaca-se outra grande mudança com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que se encontra descrita no art. 139, IV, que retrata a possibilidade da incidência da multa em obrigações de pagar.

Segundo Neves (2015, p. 208), quanto à aplicação das *astreintes* na obrigação de pagar, tem-se que a sua resistência perdeu força:

Como o art. 139, IV, do Novo CPC faz expressa menção a ações que tenham por objeto prestação pecuniária, é possível concluir que a resistência à aplicação das *astreintes* nas execuções de pagar quantia certa perdeu sua fundamentação legal, afastando-se assim o principal entrave para a aplicação dessa espécie de execução indireta em execuções dessa espécie de obrigação.

Portanto, tem-se que esta importante modificação no Código de Processo Civil de 2015, relatada no art. 139, inciso IV, retrata a possibilidade da aplicação da multa coercitiva quando se tratar de obrigação de pagar, ficando claro assim, a evolução deste instituto para propiciar maior efetividade.

9.5 ART. 497 DO CPC/2015

O art. 497, parágrafo único do CPC/2015 retrata sobre a desnecessidade de demonstrar o cometimento de dano por culpa ou dolo.

Para Marzagão (2015, p. 213), a primeira alteração que o atual Código trouxe e que merece ser aplaudida, é em relação à multa na tutela específica, que está descrita no art. 497, parágrafo único. Com base nesse dispositivo: “[...] a ocorrência de dano ou a demonstração de culpa ou dolo do agente causador para a obtenção de provimento inibitório, por parte do jurisdicionado queixoso”, se tornou desnecessária pelo expresse reconhecimento do legislador. Assim, por essa legislação que entrou em vigor, caberá ao autor apenas demonstrar: “[...] a ameaça de futura ocorrência de ilícito para que tenha seu reclamo agasalhado.”

Nesta vereda, o credor deverá apenas demonstrar que poderá surgir no futuro ocorrência de ilícito, não necessitando demonstrar o cometimento de culpa ou dolo para que sua pretensão em juízo seja garantida.

9.6 ART. 500 DO CPC/2015

O art. 500 do CPC/2015 possui correspondência com a regra descrita no §2º do art. 461 do CPC/73, e trata que a multa fixada periodicamente não prejudicará a indenização por perdas e danos.

Cassio Scarpinella Bueno (2015, p. 332), salienta que: “[...] a indenização não se confunde com a multa eventualmente imposta ao réu para compeli-lo ao cumprimento da obrigação na forma específica.”

Destarte, o art. 500 esclarece que a multa e a indenização por perdas e danos são coisas distintas, sendo que uma não prejudicará a aplicação da outra, além de destacar a periodicidade da multa.

9.7 ART. 814 DO CPC/2015

O art. 814, parágrafo único do CPC/2015 possui correspondência com o art. 645, parágrafo único do CPC/73, dispondo sobre execução das obrigações de fazer ou de não fazer fundada em título extrajudicial.

Neves (2015) destaca apenas uma diferença relevante entre o dispositivo do CPC/73 com o atual artigo, a utilização da expressão por “período de atraso”, e não mais “por dia de atraso”, modificação em relação ao período de fixação das *astreintes* por dia que deve ser exaltada, já que a periodicidade não é requisito da execução indireta no art. 814 do CPC/2015.

Desta forma, tem-se que em regra, o citado dispositivo estabelece ao magistrado quanto à execução de obrigações de fazer ou não fazer referentes à título extrajudicial, que ao ser despachada a inicial, deverá ser estipulada pelo juiz multa por período de atraso, podendo ser reduzida caso necessário, sendo que a real mudança nesta norma está atrelada à periodicidade.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo científico é de extrema importância para que, de forma simples, fossem demonstradas as principais alterações no Código de Processo Civil de 2015 no que diz respeito às *astreintes*, a fim de deixar clara sua significância para o mundo jurídico.

Como marco inicial do contexto histórico, desencadeou em Roma uma maneira remota de coação. Ideia de multa também pode ser encontrada no sistema da *Common Law* e no sistema do *Contempt of Court*.

Na França surgiu a concepção de multa mais conhecida e aceita no Brasil, sendo que a multa coercitiva apenas criou forma com os tribunais por meio de jurisprudências francesas. A partir daí, é que se começou a caminhar para a noção de

conceito e aplicação da multa conhecida atualmente e que influencia a multa coercitiva aplicada no Brasil, inclusive a nomenclatura *astreintes*.

Quanto ao Brasil, com o Código de Processo Civil de 1973, que era influenciado por leis especiais e reformas posteriores, a utilização da multa coercitiva passou a ser considerada como preferência na busca pela tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Ainda sobre as *astreintes* no direito brasileiro, além das grandes modificações ocorridas, destacou-se a mais recente, e objeto deste trabalho, que adveio com a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, ou seja, o Código de Processo Civil de 2015.

No que se refere ao conceito de *astreintes*, ficou sedimentado que é a multa imposta pelo magistrado ao devedor recalcitrante para coagi-lo à cumprir as obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa, e atualmente na obrigação de pagar, pressionando-o de maneira psicológica, observando-se a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade a fim de evitar o enriquecimento ilícito.

Destarte, a natureza jurídica da multa também é utilizada para melhor esclarecer a importância das *astreintes*, dividindo-se em natureza coercitiva, acessória e patrimonial, sendo que pela primeira, advém a forma que as *astreintes* também é conhecida: multa coercitiva. Esta natureza tem por objetivo constranger/coagir o devedor ao ponto de que ele se sinta pressionado e cumpra com a obrigação principal imposta judicialmente. Já a premissa da natureza acessória é a de que as *astreintes* são devidas quando há um determinado fim a ser alcançado, enquanto que a existência da natureza patrimonial se dá pelo motivo de que se podem atacar os bens para o adimplemento da obrigação.

Em relação à finalidade das *astreintes*, esta consiste em prestar efetividade às ordens judiciais por meio da coação para que a segurança jurídica não seja prejudicada, ou seja, visa que a obrigação seja adimplida para garantir o poder do judiciário.

Um dos problemas para a ideal aplicação das *astreintes* é o enriquecimento ilícito, tendo em vista que a multa não tem por objetivo enriquecer alguém pelo não cumprimento de obrigação imposta ao outro. Sendo assim, os atuais dispositivos, a doutrina e a jurisprudência tentam dirimir esta questão, a fim de evitá-lo.

Há, ainda, a necessidade de observar os princípios basilares para a correta aplicação da multa, sendo que a proporcionalidade e a razoabilidade servem para verificar se o valor será adequado, tanto para o devedor, ao ponto que ele se sinta

coagido e cumpra a obrigação principal, quanto para o credor, para que este não obtenha locupletamento ilícito.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, importantes alterações no instituto das *astreintes* foram observadas, todas estas com o intuito de garantir maior efetividade da multa e, por consequência, a segurança jurídica, devendo-se utilizá-la quando adequada.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe modificação na nomenclatura, retirando a expressão multa diária e estabelecendo apenas multa ou multa por período de atraso, destacando-se, assim, que a periodicidade poderá ser outra que não seja a diária, além de estar elencada como medida necessária juntamente com outras medidas, sendo que, assim, a multa deverá ser aplicada quando os outros mecanismos não forem adequados ao caso concreto ou se tornaram inúteis, não gerando mais eficácia.

A multa é cabível independentemente de pedido da parte, assim, o magistrado poderá aplicar de ofício, estabelecendo o valor e a periodicidade que achar adequada, razoável e proporcional, visando à coação do devedor e por consequência, o cumprimento da obrigação principal. Desta forma, quando for necessário, apenas a multa vincenda poderá ser modificada ou excluída por decisão judicial, ou seja, em regra, a multa que já se venceu não poderá ser alterada em virtude de estar descumprindo a sua finalidade.

No tocante ao destinatário do valor da multa, não há mais margem para discussão sobre este tema, estando agora expressamente previsto que somente o exequente é o credor, sendo esta inclusão oportuna, já que esta questão foi debatida na época do projeto do Código de Processo Civil de 2015.

Importante modificação adveio com a Lei nº 13.256/2016, que alterou alguns artigos da Lei nº 13.105/2015 antes mesmo de ter entrado em vigor, estando nesta lista a alteração que prevê a possibilidade de levantamento do valor após o trânsito em julgado apenas quando a sentença for favorável à parte.

Em relação à incidência da multa, esta não poderá ser limitada pelo fato de que se perpetuará enquanto a decisão judicial não for cumprida. Assim, seu marco inicial se dará a partir do momento em que houver o descumprimento do mandamento judicial e seu marco final será quando a decisão judicial for cumprida.

Valiosa aplicação das *astreintes* se dá ao tratar-se de obrigação de entregar coisa e em obrigação de pagar, quando as outras medidas cabíveis estiverem

impossibilitadas de serem realizadas e a multa for adequada ao caso concreto, resultando, assim, na evolução das *astreintes* para garantir maior efetividade das decisões judiciais.

Sobre a execução das obrigações de fazer ou de não fazer fundada em título extrajudicial, quando despachada a inicial, o magistrado deverá estipular multa por período de atraso, sendo claro neste sentido quanto à periodicidade que poderá ser diversa da diária.

Por fim, diante das recentes alterações encontradas no Código de Processo Civil de 2015, o presente trabalho alcançou seu objetivo de demonstrar as *astreintes* como sendo um mecanismo de grande importância para o mundo jurídico, enaltecendo que os dispositivos, juntamente com suas características, proporcionam maior efetividade à multa e segurança jurídica dos atos jurisdicionais.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo Civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CUBELLS, Pablo Andrade. **Multa coercitiva (astreintes)**: do CPC 1973 ao CPC 2015. 2015. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília/DF, 2015. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10992/1/2015_PabloAndradeCubells.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Execução**. 3 v. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. **A Multa (Astreintes) na Tutela Específica**: Atualizado como o Novo CPC 2015. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
- OLIVEIRA, Diego Henrique Nobre de. Algumas questões sobre as astreintes e seu

regramento no novo Código de Processo Civil. In: Júnior, Fredie Didier. **Execução. Novo CPC doutrina selecionada**, v. 5. Coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: Juspodivm, 2016.

SCHECHTEL, Greice Trevizan Rigo. **A destinação da multa coercitiva e o novo CPC**. 2015. 73 f. Monografia (Especialização em Magistratura) – XXXIII Curso de preparação à magistratura, Escola de Magistratura Do Estado do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em:

<<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Greice%20Astreintes.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum**. vol. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CONDOMÍNIO COMUM

Common Condominium

Jucélia Castilho¹
Levi Hülse²
Cassio Andrei Vargas Furlan³
Claudio Sanches⁴

Resumo: O presente artigo é produto da monografia que tem por objetivo investigar sobre o instituto do condomínio comum, bem como se o condômino pode usar da posse que cada um tem, sem delimitar sua área, inclusive no caso da extinção do condomínio. Após a realização da pesquisa concluiu-se que nem sempre o bem pode ser divisível e que poucas vezes as ações de extinção de condomínio são feitas extrajudiciais ou de forma amigável.

Palavras-chave: Condomínio, Extinção de condomínio, Propriedade, Divisão.

Abstract: This article is the product monograph aims to investigate on the common condominium institute as well as the joint owner can use the possession that each has, without specifying your area, including in the case of condominium extinction. After the research was concluded that not always good can be divisible and that few times the condominium extinguishing actions are been extrajudicial or lie down amicably.

Keywords: Condominium, Condominium Extinction, Property Division.

1 INTRODUÇÃO

Em regra, a propriedade pertence a somente um sujeito de direito, mas, ocorre hoje no direito brasileiro a propriedade por mais de uma pessoa, constatado nos chamados condomínios.

O condomínio ou copropriedade é o direito de propriedade que mais de pessoa sujeita de direito titula sobre determinado objeto ou bem, devendo atingir as suas funções sociais a fim de beneficiar a coletividade dos que condominam.

Todos os condôminos têm os direitos qualitativos sobre o todo (reivindicar, defender o bem), tem-se a igualdade de partes ideais, mas, não podem indicar aonde

¹ Acadêmica do Curso de Direito, da Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP, Caçador - SC.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI - SC, na área de concentração em Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2010) e graduado em História pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2006). Advogado com a OAB/SC 31.986. Professor na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Editor da Revista Ponto de Vista Jurídico - UNIARP. Emai: levi@uniarp.edu.br.

³ Professor Direito – UNIARP – Caçador-SC.

⁴ Professor Direito – UNIARP – Caçador-SC.

se delimita a sua parte ideal.

Desta forma, tem-se a seguinte problemática:

O condomínio comum ocorre de forma voluntária ou fortuita, como usar então da posse que cada um tem e será possível delimitar a área sem a extinção do condomínio? No caso de extinção de condomínio quais os problemas encontrados pelos coproprietários?

Não sendo possível esta divisão propriedade por não obter área suficiente ou mesmo não havendo acordo em os demais condôminos esta propriedade torna-se indivisível.

Dessa maneira, a pesquisa pauta-se no objetivo geral de estudar o instituto do condomínio comum, bem como se o condômino pode usar da posse que cada um tem, sem delimitar sua área, inclusive no caso da extinção do condomínio.

São objetivos específicos: Proceder a um estudo sobre a propriedade e detentor da propriedade; Desenvolver uma estrutura de como surgem os condomínios, suas características, relações com os demais condôminos bem como direitos de preferência; e; Realizar uma abordagem na dificuldade e limitações que as leis trazem ao sujeito de direito da propriedade em condomínio, bem como, as formas de extinguir essa relação. Quando possível o parcelamento do solo para a divisão de áreas e quando não possível umas das soluções, pouco utilizada ainda, que são as casas geminadas.

Este artigo é produto final da monografia composta por 3 (três) capítulos e baseia-se num estudo qualitativo, caracterizado pela descrição, compreensão e interpretação de fatos e fenômenos. Tendo como foco principal o Condomínio Comum.

2 PROPRIEDADE, POSSE E DOMÍNIO

Os conceitos de propriedade, domínio e posse, são na maioria das vezes confundidas e conceituadas como sinônimos, até mesmo pela legislação civil. Porém, cada uma delas tem sua própria definição⁵.

⁵ OLIVEIRA, Álvaro Borges de; BORDERES, Kenia Bernardes. Propriedade, domínio, titularidade, posse e detenção. Revista Jurídica - CCJ/FURB ISSN 1982 -4858 v. 13, nº 25, p. 99, jan./jul. 2009.

2.1 PROPRIEDADE

A propriedade é um direito protegido pela Constituição Federal, art. 5º: “Todos os proprietários quando adquirem a coisa para que possam exercer seus direitos de forma plena atendendo apenas as restrições legais”⁶.

Para Maria Helena Diniz, a propriedade é o direito que a pessoa física ou jurídica tem de usar, gozar, dispor e reaver⁷. Já para Clóvis Beviláqua, a propriedade é o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida física e moral⁸.

Propriedade é um direito real e possuem efeito “*erga omnes*”, ou seja, contra todos, encontra-se no artigo 1225 do Código Civil. Os direitos reais garantem ao seu titular um poder direto e imediato sobre a coisa⁹.

2.2 POSSE

Ao falar da posse e propriedade imagina-se a mesma definição como se fossem sinônimas. Não há como falar em propriedade sem mencionar a palavra posse¹⁰.

A posse é, em princípio, um dos institutos jurídicos mais controvertidos. As maiores discussões encontradas nas obras que tratam do tema, encontram-se na natureza jurídica da posse e nas teorias possessórias de Savigny e Ihering, base para todo seu desenvolvimento teórico sem, contudo, chegar-se, conclusivamente, a uma definição do que seja posse¹¹.

O posicionamento majoritário da doutrina nacional é de reconhecer como posse àquela onde está presente pelo menos um dos elementos do domínio ou da propriedade¹².

2.3 DOMÍNIO

“Domínio não é, propriamente um Direito senão um complexo ilimitado de direitos ou faculdades que integram um poder único”¹³.

No trato jurisprudencial, domínio é o vínculo entre a pessoa e a coisa, e

⁶ CINTRA, Dryelle Cristina de Oliveira. Direito de Propriedade. Artigos. 2013.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. Ed. São Paulo: editora Saraiva, 2010. p. 848

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Coleção história do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2003. V. 1, p. 127.

⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406**. Código Civil, 2002. Art. 1225.

¹⁰ MATOS, Ana Cristina de. Posse e Propriedade: reflexão guiada pelo Novo Código Civil e pela Constituição Federal. Faculdade AGES. Artigos. Agosto de 2012.

¹¹ OLIVEIRA, op. cit. p. 105.

¹² ESTEVEZ, André Fernandes. Anotações sobre a teoria da posse. Artigos Out 2006.

¹³ ESTEVEZ, 2006. p. 107.

propriedade e domínio não possuem qualquer similaridade de conceitos, em que pese a natural interdependência¹⁴.

O domínio é suscetível de limitações pela lei ou de restrições em virtude de negócios jurídicos, uma vez extintos, deixam pleno o direito de propriedade para o seu titular¹⁵.

O domínio é o centro dos direitos reais. O campo dominial é apenas real, não havendo que se falar em terceiros ou em obrigações. No domínio conjuga-se o sujeito com o gozar, usar, dispor e reaver o bem e nada mais, está na parte interna, ligada ao poder¹⁶.

O jurista Silvio Rodrigues sustenta:

O domínio é o mais completo dos direitos subjetivos e constitui o próprio cerne do Direito das Coisas. Aliás, poder-se-ia, mesmo dizer que, dentro do sistema de apropriação de riqueza em que vivemos, a propriedade representa a espinha dorsal do direito privado, pois o conflito de interesses entre os homens que o ordenamento jurídico procura disciplinar, se manifesta, na quase generalidade dos casos, na disputa de bens¹⁷.

2.4 DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade fora concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. Com a evolução do conceito, passou-se a entendê-lo como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, o que tem o dever de respeitá-lo. Assim, o direito de propriedade se revela como um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito¹⁸.

O direito de propriedade tem como objeto, desde que apropriáveis para o homem, os bens corpóreos e a propriedade artística, literária e científica. Tanto as coisas corpóreas quanto as incorpóreas podem ser objeto do domínio, por força dos princípios da corporeidade ou materialização, da individualização e da acessoriedade¹⁹.

¹⁴ ARONNE, Ricardo. **Código Civil Anotado**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

¹⁵ PORTO, Ary Eduardo. **Aspectos de dominialidade**. 2011.

¹⁶ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**. 1999. p. 96

¹⁷ RODRIGUES, Silvio Direito Civil. Direito das coisas. v.5, p 73, Ed Saraiva.

¹⁸ Ibid., p. 57.

¹⁹ MENESES RIOS, Thiago. Direito de propriedade, função social e limitações constitucionais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014.

2.5 LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE

Referente à limitação, existem três categorias fundamentais, que são elas: as limitações, as restrições e os limites à propriedade. A limitação comporta as três categorias (limitação *lato sensu*)²⁰.

2.6 REGISTRO DA PROPRIEDADE

Para a aquisição da propriedade do imóvel é necessário além de um acordo de vontades entre adquirente e transmitente, um contrato de compra e venda com o devido registro do título no registro imobiliário²¹.

O registro no Registro de Imóveis não é a única forma de aquisição da propriedade imóvel. Outras formas de aquisição são a acessão, usucapião, desapropriação e direito hereditário, mas mesmo assim é indispensável o registro no Registro de Imóveis para ser preservada a eficácia *erga omnes*²².

3 DOS CONDOMÍNIOS

O condomínio tem sua origem em uma edificação em forma de conjunto de unidades, em loteamento ou edifício de pavimentos, nas quais existem unidades individuais e privativas e partes de uso em comum de todos os condôminos²³.

3.1 CONCEITOS E ORIGEM

Condomínio é uma palavra de origem latina e se trata do direito exercido por mais de uma pessoa sobre o mesmo objeto, significa a influência ou soberania praticada por dois ou mais indivíduos em comum, além de designar uma despesa que deve ser paga por moradores de um mesmo edifício ou conjunto de edifícios²⁴.

Os condomínios surgiram entre 1914 e 1918, logo depois da 1ª Guerra Mundial em decorrência da crise de habitação. Esta crise fez com que diminuísse a oferta de imóveis aumentando a incidência do inquilinato, reduzindo o número das

²⁰ DINIZ, Carine Silva; DINIZ, Fernanda Paula; REISSINGER, Simone. Nova teoria das limitações ao direito de propriedade. PUC/MG, 2012.

²¹ *Ibid.*, p. 10.

²² MELO, Marcelo Augusto Santana de. Breves anotações sobre o Registro de Imóveis. Artigos. Setembro, 2009

²³ MACIEL, Rudnei. Administração de condomínios. Folha do Síndico. Goiás. 2007.

²⁴ JOVINO, Mauricio. **Condomínio Edifício – Aspectos Relevantes**. Abril, 2012.

edificações²⁵.

No Brasil, as primeiras ideias de propriedade privada e conjugada se deram a partir das ordenações filipinas, já que o mesmo está sujeito às leis advindas de Portugal²⁶.

3.2 DIREITOS E DEVERES DOS CONDÔMINOS

O condômino pode usar o imóvel de acordo com a destinação que lhe é atribuída, desde que não impeça os demais coproprietários de também utilizarem e gozarem de seus direitos. O direito de um vai até onde o direito dos demais inicia, de forma a não excluí-los e não prejudicá-los²⁷.

São direitos do condômino²⁸:

Art. 1.335:

- I - usar, fruir e livremente dispor das suas unidades;
- II - usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais copossuidores;
- III - votar nas deliberações da assembleia e delas participar, estando quite.

São deveres dos condôminos, de acordo com a lei:

Art. 1.336²⁹:

- I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;
- II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;
- III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;
- IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

3.3 CONDOMÍNIO COMUM: CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E ABORDAGEM

HISTÓRICA

O condomínio é o exercício do direito de propriedade por vários titulares sobre um mesmo bem³⁰.

O condomínio comum está regulado entre os artigos 1.314 e 1.358 do Código

²⁵ LIRA, Tatiane Origuela De. **A instituição do condomínio**. Monografias. 2010.

²⁶ Ibid., p. 14.

²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das coisas**. v. 37^a ed. São Paulo: Saraiva: 2003. p. 207

²⁸ BRASIL, CC/2002. Art. 1.335.

²⁹ Ibid., Art. 1.336.

³⁰ COUTINHO, Fabrício Petinelli Vieira. **O Cálculo da Fração Ideal no Condomínio Edifício**. 2006. 38f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

Civil³¹.

No condomínio comum, os poderes de domínio são designados a duas pessoas. A propriedade é dividida entre duas ou mais pessoas proprietárias de uma fração ideal do todo e passam a ser chamadas de comproprietárias ou coproprietárias³².

3.3.1 Espécies do Condomínio Comum

Em relação à sua origem, pode ser classificado como convencional ou incidente. Convencional ou voluntário é aquele que decorre de um contrato. Por sua vez, o condomínio incidente ou eventual, é aquele que independe de um concurso de vontades, como no caso de uma sucessão hereditária, herança. Ainda em relação à origem, pode ser classificado como legal ou forçado quando decorrer de uma determinação legal³³.

4 DA EXTINÇÃO DOS CONDOMÍNIOS

4.1 AÇÃO DIVISÓRIA DA COISA COMUM

A ação divisória de coisa comum é situação jurídica que possui a solução mais fácil, porém a que menos se utiliza e menos visível, pois a divisão somente é possível quando o bem é divisível e na sua grande maioria os bens são por natureza indivisíveis³⁴.

Quando temos partes ideais iguais de uma propriedade que não poderá ser dividida pela falta de área para abrir matrículas individualizadas, ocorre então a comunhão através das casas geminadas³⁵.

4.2 EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO EM PROPRIEDADE INDIVISÍVEL

A natureza indivisível dos bens ocorre quando não é possível que ocorra o seu fracionamento, quando a divisão diminua o seu valor, ou ainda quando o seu uso

³¹ BRASIL. CC/2002.

³² SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário. Teoria e Prática**. Editora Forense. Rio de Janeiro. 9ª Edição revista, atualizada e ampliada. 2015.

³³ COUTINHO, loc. cit.

³⁴ KÜMPEL, Vitor Frederico. Extinção de condomínio. Artigo. Maio, 2014. p. 1

³⁵ Ibid., p. 1.

seja prejudicado ou diferenciado, conforme podemos observar no Art. 1.322 CC:

Art. 1.322. Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior³⁶.

A indivisibilidade pode ser legal ou convencional. Quando se trata de imóvel indivisível, onde não se tem o interesse de dar continuidade a comunhão, o coproprietário pode requer, através de meios legais, a alienação judicial do imóvel e benfeitorias, pois a extinção do condomínio está prevista, tanto na norma civil, quanto na norma processual³⁷.

4.3 CONDOMÍNIO PRO DIVISO E PRO INDIVISO

No indiviso os condôminos permanecem em de indivisão de fato e direito, no pro diviso existe a divisão de fato, porém não de direito, como por exemplo um condomínio de edifício de apartamentos³⁸.

4.3.1 Divisão e Comunhão

A divisão da coisa comum e divisível individualiza o quinhão de cada um, onde a divisão deve ser exigida pelo condômino, proprietário ou titulares de outros direitos reais, figurando o polo passivo da ação³⁹.

A comunhão é de qualquer direito, já a divisão é apenas do direito de propriedade, ou seja, todo condomínio será uma comunhão, mas nem toda comunhão será condomínio⁴⁰.

4.4 PARCELAMENTO

A divisão para extinção de condomínio implica em parcelamento do solo. Desta forma, deve-se inicialmente elaborar uma planta que contenha a subdivisão do imóvel em quinhões. Em seguida, por meio da escritura de divisão, os condôminos

³⁶ BRASIL. CC/2002. Art 1.322.

³⁷ CARRILLO, Héctor Luiz Borecki. Extinção de condomínio – imóveis indivisíveis – venda judicial – requisitos legais. Junho, 2011.

³⁸ MEZZARI, Mário Pazutti. **Condomínio e Incorporação**. Norton Editor- 2a edição. 2005.

³⁹ NETO, José Antônio Calábio. Principais requisitos e característica da ação de divisão de terras particulares. Artigos. Julho, 2010.

⁴⁰ DE MENEZES, Rafaela. Direitos Reais: Condomínio Geral. Aula 15. 2012.

estabelecem qual quinhão caberá a cada condômino, extinguindo-se então o condomínio⁴¹.

4.4.1 Parcelamento e Desdobro Rural

O parcelamento de solo rural deve obedecer às normas inseridas no Estatuto da Terra, Lei 4.504/6⁴² e normas subsequentes, notadamente o art. 93 e seguintes do Decreto 59.428/66⁴³.

Para que ocorra o desmembramento é necessário que o imóvel a ser parcelado apresente sua área e perímetro além de respeitar a fração mínima de parcelamento da região em que está inserido⁴⁴.

4.4.2 Parcelamento e Desdobro Urbano

O parcelamento do solo urbano somente pode ser levado a efeito mediante loteamento ou desmembramento. A legislação federal que trata do parcelamento de imóveis urbanos é a Lei 6.766, especificamente o artigo segundo e seus incisos:

4.5 DESMEMBRAMENTO E LOTEAMENTO

Conforme cita a Lei Federal 6.766 em seu artigo segundo, inciso 2, o desmembramento é:

Art. 2º § 2º- considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes⁴⁵.

No loteamento não há abertura ou prolongamento de vias de circulação nem tampouco, de logradouros públicos, tais como as praças e ruas. Ou seja, haverá loteamento no caso de subdivisão de glebas em lotes com abertura de ruas, vielas, praças e outros logradouros públicos, e se houver a subdivisão da gleba em lotes com o aproveitamento da malha viária e os equipamentos públicos já existentes, estamos

⁴¹ IRIB, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Parcelamento de solo. Extinção de condomínio – desmembramento de lote. Novembro, 2012.

⁴² BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Estatuto da Terra.

⁴³ BRASIL. **Decreto nº 59.428, de 27 de outubro de 1966**.

⁴⁴ IRIB, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. **Imóvel rural - desmembramento. Autorização do INCRA**. Boletim Eletrônico BE595. Dezembro, 2002.

⁴⁵ BRASIL, **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Art. 2. Inciso 2.

diante de desmembramento⁴⁶.

4.5.1 Loteamento Fechado e Condomínio

Os loteamentos são regidos pela Lei 6.766/79 e define os parâmetros do uso e parcelamento da terra. A Lei 4.591/64 é a responsável pelos condomínios.

No condomínio, toda a área é privativa. A Lei que rege os loteamentos, não prevê a cobrança de qualquer taxa de manutenção. Já no caso dos condomínios, a Lei prevê a cobrança da taxa mensal, que é obrigatória. A denominação legal entre condomínio e loteamento se dá no momento em que a empresa responsável pelo empreendimento realiza o registro no cartório de imóveis e na prefeitura⁴⁷.

4.6 GLEBA E LOTE

A gleba é a terra que não possui nenhuma regulamentação e adequação às leis brasileiras e regionais. Quando a Gleba possui infraestrutura básica e está adaptada às leis atendendo a todos os seus requisitos e conformidades exigidas, passa a ser chamada de lote⁴⁸.

Na concepção de Scavone Junior:

Lote é o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situa (art. 2º, § 4º, da Lei 6.766/79)⁴⁹.

4.7 CASAS GEMINADAS

Geminada significa duplicada, que está disposta em pares. Casa geminada é um espécie de construção simétrica, que une duas ou mais habitações que compartilham entre si o telhado e uma parte da estrutura⁵⁰.

Nem todo terreno dotado de casas geminadas pode constituir condomínio, visto que para isso devem-se apresentar características que possam distinguir do loteamento ou desmembramento. É vedado então a instituição de condomínio em um lote que apresente duas casas geminadas ligadas apenas por uma parede de divisão

⁴⁶ SCAVONE, Advogados. Loteamentos e desmembramentos (Lei n. 6.766/79) – alguns aspectos das modificações introduzidas pela Lei n. 9.785/99. Artigos. 2015.

⁴⁷ CARVALHO, Raphael. Residenciais Fechados: A diferença entre Loteamento fechado e Condomínio. Junho, 2014.

⁴⁸ MENEZES, Thales de. Diferença entre gleba, lote, desmembramento e loteamento. Agosto, 2015.

⁴⁹ SCAVONE JUNIOR, 2015. p. 115.

⁵⁰ RIGON, Angelo. Casas geminadas, o conceito. Opinião e notícias. Agosto, 2011.

em comum, mesmo que cada casa possua acesso direto à via pública, para instituir condomínio é indispensável que exista uma via de circulação em comum⁵¹.

5 CONCLUSÃO

Quando se tem uma propriedade exercida por duas ou mais pessoas e não se tem mais o interesse em manter a propriedade em comum, deve-se apelar para uma ação judicial de extinção de condomínio que possibilita a venda de imóveis indivisíveis. Os casos que mais são adeptos da ação judicial são os casos da divisão de bens por herança, compras em conjunto e separação matrimonial.

É muito importante que haja uma relação harmônica e amigável entre os coproprietários para que ocorra a administração e manutenção do condomínio em imóveis indivisíveis, já que o uso e as responsabilidades sobre o bem são compartilhados. Porém em certos casos a harmonia acaba e se faz necessária então a extinção do condomínio.

Existem duas possibilidades para realizar a extinção do condomínio, que são: extrajudicial ou judicial.

A possibilidade extrajudicial é num todo mais interessante para as partes interessadas, já que a venda pode ser feita entre os coproprietários, sem processos judiciais e suas decorrentes despesas.

Porém nem sempre ocorre a extinção do condomínio de forma amigável, pois um ou mais coproprietários podem ser contra a extinção, ou até mesmo a discussão por conta do valor do imóvel. Desta forma, o Poder Judiciário irá analisar o fato e aplicará o direito com base nos artigos do Código Civil equivalente.

Caso a divisão física não seja possível, a ação adequada é a de extinção do condomínio, com a venda da coisa comum, pois nenhum condômino é obrigado a manter-se indefinidamente em condomínio. Nesse sentido, buscam-se os preceitos legais que autorizarão ou não a extinção da comunhão, pela venda ou divisão. Para

O direito de o coproprietário requerer a extinção do condomínio, com a venda judicial do imóvel, é amplamente tutelado pela norma vigente. Por isso e para defender seus direitos, o condômino deve contar com a ação de extinção do condomínio quando não estiver satisfeito com a forma como o bem esteja sendo utilizado, ou até mesmo

⁵¹ Ibid., p. 394.

quando alguma situação impeça o uso harmônico do bem que é de todos.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**. 1999.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Coleção história do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2003. V. 1.

BRASIL. **Decreto nº 59.428, de 27 de outubro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d59428.htm> Acesso em: Março, 2016.

_____. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Estatuto da Terra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm> Acesso em: Março, 2016.

_____. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm> Acesso em: Março, 2016.

_____. **Lei nº 10.406**. Código Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: Outubro, 2015.

CARRILLO, Héctor Luiz Borecki. **Extinção de condomínio – imóveis indivisíveis – venda judicial – requisitos legais**. Junho, 2011. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/extincao-de-condominio-imoveis-indivisiveis-venda-judicial-requisitos-legais-4878976.html>> Acesso em: Março, 2016.

CARVALHO, Raphael. **Residenciais Fechados: A diferença entre Loteamento fechado e Condomínio**. Junho, 2014. Disponível em: <<http://selesnafes.com/2014/06/residenciais-fechados-a-diferenca-entre-loteamento-fechado-e-condominio/>> Acesso em: Março, 2016.

CINTRA, Dryelle Cristina de Oliveira. **Direito de Propriedade**. Artigos. 2013. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3813&idAreaSel=2&seeArt=yes>> Acesso em: Outubro, 2015.

COUTINHO, Fabrício Petinelli Vieira. **O Cálculo da Fração Ideal no Condomínio Edifício**. 2006. 38f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

DE MENEZES, Rafaela. **Direitos Reais: Condomínio Geral. Aula 15**. 2012. Disponível em: <<http://rafaeldemenezes.adv.br/assunto/Direitos-Reais/7/aula/15>> Acesso em: Fevereiro, 2016.

DINIZ, Carine Silva; DINIZ, Fernanda Paula; REISSINGER, Simone. **Nova teoria das limitações ao direito de propriedade**. PUC/MG, 2012. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D15-05.pdf>> Acesso em: Outubro, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. Ed. São Paulo: editora Saraiva, 2010.

ESTEVEZ, André Fernandes. **Anotações sobre a teoria da posse**. Artigos Out 2006. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/listagem-de-artigos/204-artigos-jul>>

2007/5488-moral-e-etica:> Acesso em: Outubro, 2015.

IRIB, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. **Imóvel rural - desmembramento. Autorização do INCRA.** Boletim Eletrônico BE595. Dezembro, 2002. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/boletins/detalhes/3246>> Acesso em: Março, 2016.

_____. **Parcelamento de solo. Extinção de condomínio – desmembramento de lote.** Novembro, 2012. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/2115>> Acesso em: Março, 2016.

JOVINO, Mauricio. **Condomínio Edilício – Aspectos Relevantes.** Abril, 2012. Disponível em: <<http://condominioemfoco.com.br/duvidas-frequentes/condominio-edificio-aspectos-relevantes>> Acesso em: Outubro, 2015.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Extinção de condomínio.** Artigo. Maio, 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI200712,21048-Extincao+de+condominio>> Acesso em: Fevereiro, 2016.

LIRA, Tatiane Origuela De. **A instituição do condomínio.** Monografias. 2010. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos3/condominio-edificio/condominio-edificio2.shtml>> Acesso em: Outubro, 2015.

MACIEL, Rudnei. **Administração de condomínios.** Folha do Síndico. Goiás. 2007. Disponível em: <www.folhadosindico.com.br/fsnv/index.php?tab=artigo&id=86-69k> Acesso em: Outubro, 2015.

MATOS, Ana Cristina de. **Posse e Propriedade: reflexão guiada pelo Novo Código Civil e pela Constituição Federal.** Faculdade AGES. Artigos. Agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,posse-e-propriedade-reflexao-guiada-pelo-novo-codigo-civil-e-pela-constituicao-federal,38429.html>> Acesso em: Outubro, 2015.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. **Breves anotações sobre o Registro de Imóveis.** Artigos. Setembro, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5669/breves-annotacoes-sobre-o-registro-de-imoveis/4>> Acesso em: Outubro, 2015.

MENESES RIOS, Thiago. **Direito de propriedade, função social e limitações constitucionais.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27032>> Acesso em: Outubro, 2015.

MENEZES, Thales de. **Diferença entre gleba, lote, desmembramento e loteamento.** Agosto, 2015. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9231/Diferenca-entre-gleba-lote-desmembramento-e-loteamento>> Acesso em: Março, 2016.

MEZZARI, Mário Pazutti. **Condomínio e Incorporação.** Norton Editor- 2ª edição. 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das coisas.** v. 37ª ed. São Paulo: Saraiva: 2003.

NETO, José Antônio Calábio. **Principais requisitos e característica da ação de divisão de terras particulares.** Artigos. Julho, 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principais-requisitos-e-caracteristica-da-acao-de-divisao-de-terras-particulares,27538.html>> Acesso em: Fevereiro, 2016.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de; BORDERES, Kenia Bernardes. **Propriedade,**

domínio, titularidade, posse e detenção. Revista Jurídica - CCJ/FURB ISSN 1982-4858 v. 13, nº 25, p. 99 - 107, jan./jul. 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1601/1072>> Acesso em: Outubro, 2015.

RIGON, Angelo. **Casas geminadas, o conceito.** Opinião e notícias. Agosto, 2011. Disponível em: <<http://angelorigon.com.br/2011/08/25/casas-geminadas-o-conceito/>> Acesso em: Abril, 2016.

RODRIGUES, Silvio Direito Civil. **Direito das coisas.** v.5, p 73, Ed Saraiva.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário. Teoria e Prática.** Editora Forense. Rio de Janeiro. 9ª Edição revista, atualizada e ampliada. 2015.

SCAVONE, Advogados. **Loteamentos e desmembramentos (Lei n. 6.766/79) – alguns aspectos das modificações introduzidas pela Lei n. 9.785/99.** Artigos. 2015. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/loteamentos-e-desmembramentos-lei-n-676679-alguns-aspectos-das-modificacoes-introduzidas-pela-lei-n-978599.html>> Acesso em: Março, 2016.

PROVAS ILÍCITAS E SUA UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL COM BASE NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Illegal proof and its use in the criminal procedure based on principle of proportionality

Malena Cordeiro de Almeida¹
Marcelo Ricardo Colaço²
Jean Carlos Kuss³
Carolina Neris Bridi⁴
Claudio Sanches⁵

Resumo: O presente trabalho tem por fundamento estudar a possibilidade da utilização de provas ilícitas no processo penal, tendo por base o princípio da proporcionalidade. São objetivos específicos: definir os princípios constitucionais que norteiam o processo penal; apresentar o conceito e noções gerais sobre prova e prova ilícita; e delimitar os casos em que é possível a utilização da prova ilícita. Para melhor compreensão, o artigo é dividido em três partes. Na primeira parte serão abordados os princípios que orientam o processo penal. Em um segundo momento o estudo aponta os conceitos básicos no tocante a prova e a prova ilícita. Na terceira parte delimita em quais casos há possibilidade de utilizar as provas obtidas por meios ilícitos no processo penal. Conclui-se que é possível a utilização da prova vedada em favor do réu, em casos excepcionais e, tendo em conta a ponderação dos valores em conflito (teoria da proporcionalidade).

Palavras-chave: Prova ilícita; Processo penal; Proporcionalidade.

Abstract: This work is founded to study the possibility of applying illegal evidence in criminal proceedings, based on the principle of proportionality. Specific objectives: define the constitutional principles that guide the criminal proceedings; present the concept and general notions of proof and illegal evidence; and define the cases in which the use of illegal evidence is possible. For better understanding, as a result of the research, the report is divided into three parts. In the first part will be explained the guiding principles of the criminal process. Second time the study will point the basics regarding the proof and illegal evidence. In the third part are defined in which cases there is possibility of using evidence obtained by illegal means in the criminal proceedings. In conclusion it is possible the use of illegal evidence in favor of the defendant, excepcionamente, taking into account the weighting of conflicting values (proportionality theory).

Keywords: Illegal Evidence; Criminal Proceedings; Proportionality.

¹ Acadêmica da 10ª fase do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) Campus Caçador, Assessora jurídica no Poder Judiciário de Santa Catarina, e-mail: malenacordeiro@hotmail.com.

² Professor, Delegado de Polícia, Graduação (2012), Especialista em Ciências Criminais (Anhanguera) (2013), e-mail: colaco.marcelo@gmail.com.

³ Professor Direito – UNIARP – Caçador-SC.

⁴ Professora do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP)

⁵ Professor Direito – UNIARP – Caçador-SC.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por fundamento estudar a possibilidade da utilização das provas ilícitas no processo penal, valendo-se da ponderação entre os princípios conflitantes e tendo por base o princípio da proporcionalidade, delimitando em quais casos será possível valer-se delas.

O legislador constituinte assegurou de maneira taxativa a impossibilidade do uso de provas ilícitas e, sendo a vedação um princípio de foro Constitucional, convém dar ênfase que os princípios e garantias fundamentais são conquistas jurídicas que devem ser invocadas para proteção do indivíduo diante do Estado.

Todavia, é certo que tais mandamentos não podem ser encarados como absolutos, motivo pelo qual, surge a seguinte problemática: Há possibilidade de se utilizar provas ilícitas no processo penal?

A pesquisa se justifica quando se pensa nos casos em que inexistem outras fontes de prova aptas a fornecer ao julgador o caminho para a descoberta da verdade. Desta feita, o tema é de grande relevância, porquanto o Estado Democrático de Direito coloca por sua própria razão o direito do indivíduo acima dos interesses estatais, contudo, têm-se que tais direitos não podem ser interpretados como inatingíveis.

São objetivos específicos: definir os princípios constitucionais que norteiam o processo penal; apresentar o conceito e noções gerais sobre prova e prova ilícita; e por fim, delimitar os casos em que é possível a utilização da prova ilícita, com base na doutrina e jurisprudência.

Para encetar a investigação adotou-se o método indutivo, operacionalizado com a pesquisa bibliográfica. No relato dos resultados da pesquisa adotou-se a produção descritiva com observância da Normalização de Trabalhos Acadêmicos da UNIARP e Normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

O desenvolvimento do presente estudo deu-se em três etapas.

Na primeira parte preocupou-se em abordar os princípios constitucionais que regem o Processo Penal, mormente no que toca a pessoa do acusado, buscando trazer os conceitos mais basilares e as garantias que eles implicam ao longo da instrução probatória.

Em um segundo momento, traz-se a explicação da teoria geral da prova, com conceitos, classificações, bem assim considerações acerca do ônus probatório, dos meios de prova e dos sistemas utilizados para sua valoração.

Na última parte, o enfoque é, efetivamente, a possibilidade de se valer das provas vedadas ao longo da persecução penal, tendo por base a teoria da proporcionalidade, de origem alemã. Ao longo do aludido capítulo, duas correntes são expostas, quais sejam: da prova ilícita em favor do réu e da prova ilícita em favor da sociedade.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO TOCANTE À PESSOA DO ACUSADO

2.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Tem base constitucional (art. 5º, inciso LIV, CF/88), e corresponde ao conjunto de garantias suficientes para conferir às partes o exercício pleno de seus direitos e prerrogativas no âmbito processual.⁶

Serve, portanto, como instrumento apto a flexibilizar a atuação Estatal, de acordo com parâmetros de racionalidade ou do princípio da proporcionalidade.⁷

Sobre o tema, discorre Cezar Roberto Bitencourt:

[...] Ao mesmo tempo em que o Estado determina ao indivíduo que se abstenha da prática de ações delituosas, assegura-lhe também que só poderá puni-lo se violar aquela determinação, dando origem ao *ius puniendi*. Isso representa a consagração do princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. No entanto, violada a proibição legal, a sanção correspondente só poderá ser imposta por meio do devido processo legal, que é a autolimitação que o próprio Estado se impõe para exercer o *ius perseguendi*, isto é, o direito subjetivo de promover a “persecução” do autor do crime.⁸

Dentre os elementos essenciais à configuração do *due process of law*, destacam-se, por inegável importância, as seguintes prerrogativas: a) direito ao processo (garantia de acesso ao Judiciário); b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; c) direito a um julgamento público e célere; d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa; e) direito de não ser julgado e processado com base em leis *ex post facto*; f) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; g) direito à observância ao princípio do juiz natural; h) direito ao silêncio; i) direito à prova; j) direito de presença e de participação.⁹

⁶ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://162013.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/162013>> Livro digital. ISBN 978850262236-4, cap. 4

⁷ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. cap. 4

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 389

⁹ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://168706.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/168706>> Livro digital.

2.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O contraditório, na clássica versão de Canuto Mendes de Almeida “é a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”.¹⁰

Sendo assim, o princípio do contraditório indica a bilateralidade do processo penal, de modo que as partes não são antagônicas ao juiz, mas sim colaboradoras necessárias. Só se pode dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, quando ouvida uma parte, for dado à outra oportunidade de manifestar-se em seguida.¹¹

O princípio da ampla defesa, por sua vez, consubstancia-se no direito das partes de oferecer argumentos em seu favor e de demonstrá-los. Conecta-se, dessa forma, aos princípios da igualdade e do contraditório. Não supõe, todavia, uma infinidade de produção defensiva a qualquer tempo, mas que esta se produza pelos meios e elementos de alegações e provas no tempo processual indicado na lei.¹²

2.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

Cesare Beccaria, na sua obra “Dos delitos e das penas”, já dizia que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.¹³

Esse direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida se o cidadão é culpado ou inocente está expressamente previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.¹⁴

O principal efeito de tal princípio é que, como o acusado é considerado inocente, incumbe à acusação o ônus de comprovar, com exclusividade sua responsabilidade penal. Não é, portanto, dever do acusado comprovar sua inocência,

ISBN 978850262629-4, cap. 1

¹⁰ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 82

¹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64

¹² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB-Síntese, 2004. p. 104

¹³ BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 69.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 abr 2016. p. 1

porquanto esta já é presumida.¹⁵

2.4 INADIMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

São inadmissíveis no processo penal as provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.¹⁶ Deste modo, as provas obtidas de forma ilícita constituem espécies das chamadas provas vedadas.

Provas vedadas são aquelas adquiridas em contrariedade a uma norma legal específica, e a vedação pode ser imposta por norma de direito material ou processual. Conforme a natureza desta, a prova poderá ser catalogada como lícita ou ilegítima.¹⁷

Provas ilícitas são aquelas obtidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil, ou administrativo. Provas ilegítimas, por sua vez, são aquelas produzidas com a violação a regras de natureza meramente processuais, tais como: documento exibido em Plenário do Júri, em desobediência ao disposto no artigo 479, *caput*, do Código de Processo Penal.¹⁸

Por sua vez, a prova será considerada ilegítima quando for obtida mediante violação à norma de direito processual. Exemplificando, Renato Brasileiro aduz:

A título de exemplo, suponha-se que, ao ouvir determinada testemunha, o magistrado se esqueça de compromissá-la. Assim o fazendo, incorreu em violação à regra do art. 203 do CPP, dispositivo este que obriga o juiz a compromissar a testemunha. Em outro exemplo, no curso de audiência una de instrução e julgamento, o magistrado pede à vítima que realize o reconhecimento do acusado. A vítima, então, olhando para trás, aponta o acusado como o suposto autor do delito, o que fica registrado na ata da audiência. Como se vê, tal reconhecimento foi feito ao arpejo do art. 226 do CPP, que traça o procedimento a ser observado na hipótese de reconhecimento de pessoas e coisas.¹⁹

Tal princípio constitui, em verdade, uma vedação a que o Juízo adote, como elemento de convencimento no curso do processo, elementos de prova obtidos por meios considerados ilícitos. Assim, conquanto o processo penal busque a elucidação dos fatos, com a descoberta da verdade real, esse valor encontra limites em outros valores tutelados pelo ordenamento jurídico, notadamente nos direitos e garantias

¹⁵ CAMPOS, Walfredo Cunha. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://160699.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/160699>>, Livro Digital. ISBN 978-85-02-21987-8, cap. 1

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. p. 1

¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://169240.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/169240>> Livro Digital. ISBN 978-85-472-0164-7, cap. 3

¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. cap. 3

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. p. 608

fundamentais assegurados aos cidadãos.²⁰

3 DA PROVA

3.1 CONCEITO

Consoante leciona Fernando Capez, o tema referente à prova é um dos mais importantes de toda a ciência processual, uma vez que as provas são o alicerce sobre o qual se levanta toda a dialética processual.²¹

Em sentido *lato*, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre dado fato ocorrido no mundo real. Em sentido estrito a palavra prova tem a mesma origem etimológica de *probo, probatio, probus*, e traduz a ideia de verificação, inspeção, exame, aprovação e confirmação. Dela deriva o verbo provar, que está relacionado com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro.²²

A finalidade da prova, por sua vez, é demonstrar que algo ocorreu, ou não, de uma ou outra maneira, e assim influenciar no convencimento daquele que julga acerca da existência ou inexistência de um fato ou alegação pertinente e relevante para o julgamento da causa.²³

3.2 OBJETO DA PROVA E FATOS QUE INDEPENDEM DE PROVA

O objeto da prova será toda circunstância, fato ou alegação no tocante ao litígio sobre o qual há certa incerteza, e que precisa ser solucionado para o regular deslinde do feito. São, portanto, os fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade criminal, na fixação da pena ou medida de segurança, e necessitam, por essa razão, da adequada comprovação em juízo.²⁴

O objeto da prova ou tema da prova, em regra, são apenas os fatos, porque se presume que o juiz conheça as normas de direito e, não precise ser instruído a respeito delas (*jura novit curia* – o juiz conhece o direito).²⁵

²⁰ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. cap. 4

²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. cap. 17

²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. p. 572

²³ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. cap. 11

²⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. cap. 17

²⁵ CAMPOS, Walfredo Cunha. **Processo penal**. cap. 7

Em verdade, o objeto da prova é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à resolução da lide. São as asserções feitas pelas partes que interessam à solução de controvérsia submetida à apreciação do juiz.²⁶

3.3 CLASSIFICAÇÃO DA PROVA

Renato Marcão leciona que a prova pode ser classificada de acordo com o seu objeto, quanto ao sujeito ou causa de que provém, quanto ao seu conteúdo ou força e quanto ao seu valor. Vejamos:

Quanto ao objeto, a prova pode ser direta ou indireta. Prova direta é aquela que demonstra, por si, o fato probando: que tem por objeto imediato a coisa que se quer verificar. Exemplo: a vítima ou a testemunha apontam com segurança quem foi o autor do delito. Prova indireta, ao contrário, é aquela que não trata diretamente do fato probando ou fato principal, mas guarda com ele estreita relação, e faz chegar a alguma conclusão a respeito dele, via raciocínio lógico-dedutivo. Exemplo: o réu alega um alibi e, para sua demonstração, prova que na data do delito se encontrava hospitalizado, internado em uma UTI, portanto, não pode ser o autor do furto que lhe é imputado.²⁷

Quanto ao sujeito ou causa, a prova pode ser real ou pessoal:

Prova real é a consubstanciada em algo material. Exemplos: a arma utilizada no crime, um documento, o corpo de delito, etc. Prova pessoal é a que decorre da manifestação de determinada pessoa, que pode ser parte no processo ou não. Exemplos: o interrogatório do réu; as declarações da vítima; os depoimentos prestados por testemunhas, os esclarecimentos periciais em audiência, etc.²⁸

Quanto ao conteúdo ou força, a prova pode ser plena, robusta ou completa; razoável; e precária ou incompleta:

Prova plena, robusta ou completa é a prova suficiente, clara, evidente, que não deixa dúvida a respeito do fato probando. Prova razoável é a prova suficiente, embora não robusta, tal como ocorre com a prova indiciária, indicadora de certa probabilidade a respeito do fato probando. Exemplos: a prova produzida no auto de prisão em flagrante, estando ainda pendente de instauração o competente inquérito, autorizadora da decretação de medidas cautelares pessoais (prisão temporária ou

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. p. 583

²⁷ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. cap. 11

²⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. cap. 11

preventiva): a prova colhida no inquérito policial, autorizadora da imposição de medidas cautelares reais (sequestro, arresto, hipoteca legal). Prova precária é a prova incompleta, insuficiente, frágil, não conclusiva a respeito daquilo que se pretendia com ela demonstrar.²⁹

4 UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

4.1 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Nos dias de hoje, a jurisprudência começa a reconhecer a teoria da proporcionalidade, de construção alemã na apreciação das provas vedadas. Essa teoria visa precipuamente equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, daí porque busca afastar a vedação irrestrita do uso da prova proibida. Desse modo, se a prova é ilícita seria preciso ponderar os interesses em conflito, a fim de verificar a possibilidade de vir a ser aproveitada na persecução penal.³⁰

Com base na teoria da proporcionalidade, somente em caráter excepcional e em casos graves deve se admitir a prova ilícita, baseando-se na ponderação entre os valores em conflito. Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado quando estiver em jogo um interesse de maior valor ou outro direito fundamental com ele conflitante.³¹

4.2 PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE*

Há intensa controvérsia quanto à possibilidade de utilização de provas ilícitas em favor da sociedade.³²

De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, a aplicação do princípio da proporcionalidade também autoriza a utilização de prova ilícita em favor da sociedade, como, por exemplo, nas hipóteses de criminalidade organizada, quando esta é em muito superior às Polícias e ao Ministério Público, restabelecendo-se, assim, com base no princípio da isonomia, a igualdade substancial na persecução criminal.³³

²⁹ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. cap. 11

³⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Coleção sinopses para concursos: direito processual penal – parte geral**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 340

³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 367

³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. p. 630

³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista Forense, v. 337. p. 128.

Contudo, essa admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade somente seria possível em situações excepcionais, sob pena de se conferir ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar direitos fundamentais, desrespeitando por completo o preceito constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI).³⁴

Todavia, ainda que exista tal entendimento na doutrina, a leitura da jurisprudência dos Tribunais Superiores não autoriza tal conclusão. Prevalece o entendimento de que admitir que o direito à prova prevaleça sobre as liberdades públicas é criar um precedente em detrimento da preservação dos direitos e garantias individuais.³⁵

4.3 PROVA ILÍCITA *PRO REO*

A rigor, doutrina e jurisprudência têm admitido a possibilidade de utilização de prova ilícita no processo quando ela for produzida em proveito do acusado. E isso por conta do princípio da proporcionalidade explicado alhures.³⁶

Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, LV) e a presunção de inocência (CF, art. 5º, LV) devem preponderar no confronto com o direito de punir do Estado. De fato, seria inconcebível que alguém fosse condenado de forma injusta em virtude de sua inocência ter sido demonstrada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos.³⁷

A aceitação do princípio da proporcionalidade em favor do réu não apresenta maiores problemas, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado para perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova proibida, apresentada como único meio de comprovar a inocência do acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, sofra a restrição injusta de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais acertada com nosso Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.³⁸

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. p. 631

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. p. 632

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. p. 629

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 128

³⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 370

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa intitulada “Provas ilícitas e sua utilização no processo Penal com base no princípio da proporcionalidade” buscou tratar, efetivamente, acerca da possibilidade da utilização de provas proibidas, discutindo se tal acervo poderia compor o processo penal, implicando em um decreto absolutório ou condenatório.

A hipótese ventilada mostrou-se possível, em partes, porquanto o princípio constitucional da vedação das provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI, da CFRB/1988) não há de ser encarado como absoluto, devendo ser considerado juntamente com outros princípios, como por exemplo o princípio da proporcionalidade.

De se registrar que, num primeiro instante, o presente estudo buscou trazer os princípios constitucionais, expressos e implícitos da Carta Magna, no tocante à pessoa do acusado.

Em um segundo momento, o enfoque da pesquisa passou a ser o estudo da prova na persecução penal, admitindo que ela é a alma do processo, sendo a única capaz de demonstrar a verdade judicial forense, levando a culpa ou inocência do réu.

Por último, a análise proposta foi acerca da efetiva utilização das provas proibidas na persecução penal. Como dito acima, há forte inclinação no sentido de permitir o uso das provas proibidas no processo penal, em situações excepcionais, conjugando o caso concreto com a teoria da proporcionalidade, de origem alemã.

Aplicando-se a teoria da proporcionalidade surgem duas hipóteses: aplicação das provas ilícitas *pro societate* e *pro reo*.

No que toca a possibilidade da prova ser utilizada a fim de se chegar a um decreto condenatório (*pro societate*), embora haja entendimento na doutrina e jurisprudência dando conta da admissibilidade, o tema é complicado, e as divergências implicam que flexibilizar os direitos e garantias de alguns é abrir caminho para o desrespeito à segurança de todos, sugerindo-se, assim, sua impossibilidade.

Por outro lado, o uso das provas ilícitas *pro reo* não encontra grande resistência, asseverando-se que o réu estaria exercendo o próprio direito de ampla defesa (legítima defesa ou estado de necessidade). Seria possível, portanto, a invocação do princípio da proporcionalidade, na sua essência, para preservar os interesses do réu, justificando-se para manutenção do *status* de inocência.

Dessa maneira, a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de

modo a se evitar uma limitação na utilização de prova que, ainda que produzida sem observância aos ditames da lei, cumpra o papel de evitar uma condenação infundada. Deve-se avaliar, deste modo, a real utilidade da prova para o trâmite penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Coleção sinopses para concursos: direito processual penal – parte geral**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://162013.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/162013>> Livro digital. ISBN 978850262236-4.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.
- CAMPOS, Walfredo Cunha. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://160699.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/160699>>, Livro Digital. ISBN 978-85-02-21987-8,
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://169240.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/169240>> Livro Digital. ISBN 978-85-472-0164-7, cap. 3
- _____. Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- LEAL. Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB-Síntese, 2004.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: JusPODVM, 2015.
- MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://168706.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/168706>> Livro digital. ISBN 978850262629-4.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas.**
Revista Forense, v. 337.