

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 373.

(ano VII)

(18/06/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



18/06/2015 Eduardo Paixão Caetano

» [Desfecho maduro para o aniquilamento do tráfico de drogas](#)

ARTIGOS

18/06/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [O crime permanente e a inviolabilidade do domicílio](#)

18/06/2015 Luiz Filipe Maloper Bonn

» [Considerações sobre a repercussão dos defeitos dos negócios jurídicos no Direito Tributário](#)

18/06/2015 José Anderson Fonseca Ramos

» [Acesso à Justiça e Defensoria Pública](#)

18/06/2015 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [CNJ não pode destinar 20% das vagas dos concursos do Judiciário para negros](#)

18/06/2015 Lucas Sales da Costa

» [A remodelação da função jurisdicional pelo neoconstitucionalismo](#)

18/06/2015 Deivid da Rocha Macedo

» [As questões sociais e seu impacto na vida dos pequenos brasileiros](#)

18/06/2015 Rozilene de Abreu Lima Ribeiro

» [Medicina e Segurança do Trabalho](#)

DESFECHO MADURO PARA O ANIQUILAMENTO DO TRÁFICO DE DROGAS

EDUARDO PAIXÃO CAETANO: Professor de Ciências Criminais. Delegado de Polícia Judiciária Civil. Mestrando em Direito Ambiental, Especialista em Direito Público, Pós-graduado em Direitos Difusos e Coletivos em Segurança Pública, Especialista em Direito Penal e com certificação de MBA Executivo em Negócios Financeiros. Palestrante e autor de artigos científicos e matérias publicadas em mídia impressa e eletrônica.

A experiência profissional me leva a crer que a política de combate às drogas é uma insanidade estatal. Mas é algo muito bem articulado por quem detém o poder e lucra muito com o sistema de segurança atual. Não podia ser diferente, posto que os políticos não detêm nenhuma expertise para tratar o problema e, por isso, adotam práticas tão infantis e que soam ridículo.

Segurança é coisa séria e pra quem entende do assunto, já medidas paliativas visam a politicagem barata, típicas do secretariado de segurança dos Estados, que ao assumirem a pasta, fecham os olhos para o problema e focam na propaganda das operações policiais e imprensa midiática.

Albert Einstein já considerava insanidade como “continuar fazendo sempre a mesma coisa e esperar resultado diferente”, e esta é a base que me levou a repensar as práticas de repressão ao tráfico, analisando o sistema, seu núcleo e enfim, propondo nestas linhas uma solução definitiva, direta e terminativa no combate à venda de drogas no Brasil e no mundo.

Perceba que salta aos olhos que a política antidrogas muda de nome conforme a gestão de governo mas é sempre na mesma toada, ou

seja, consegue somente diminuir a oferta de drogas no mercado, fazendo com que a demanda seja sempre maior que a oferta. Prática infantil e que torna as drogas ilícitas um produto sempre caro e desejado.

Como não há regulamentação estatal, o mercado se alto regula, numa verdadeira lei do mais forte, donde surge a violência relacionada ao tráfico. Inicio estas linhas dizendo claramente que o combate às drogas é uma insanidade, pois, “o combate as drogas, mata mais que as drogas”, imaginem um “remédio que mata mais que a doença”. Foco errado, vitimiza quem não tem qualquer relação com o tráfico propriamente dito.

Decreto a partir de hoje, cientificamente, a falência desse sistema de enfrentamento equivocado. Os danos e sofrimentos provocados pela atual política de proibição às drogas tornadas ilícitas merecem tratamento sério e definitivo. Isto o que proponho. Por isso, claramente me pronuncio pela legalização e consequente regulação da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas. Inicio esse urgente debate sobre o tema das drogas e apresento uma alternativa definitiva e sem vaidade para sanar o tráfico, crime este que tem arrasado com as famílias em todo o mundo.

Primeiramente, resta claro que não incentivo o uso de drogas e estou ciente das profundas preocupações, danos e sofrimentos que o abuso dessas substâncias, lícitas ou ilícitas, podem causar ao ser humano e uma cadeia de pessoas à sua volta. Isto é muito claro e evidente. Ocorre que reitero que a proibição e a política de “guerra às drogas” é equivocada e causa vencida, que causa dano maior e sofrimentos a terceiros alheios vítimas do sistema. Abra seu coração e haja com altruísmo para perceber.

As drogas que hoje são ilícitas, como a maconha, a cocaína, a heroína, foram proibidas já no início do século XX e foi nos anos 1970

que deu-se início a repressão aos produtores, comerciantes e consumidores dessas substâncias, com a introdução de uma política explicitamente fundada na guerra. Com efeito, a chamada “guerra às drogas” foi declarada pelo ex-presidente norte-americano Richard Nixon, nos Estados Unidos da América, em 1971, logo se espalhando pelo mundo. De início, foi usado o termo guerra, infeliz colocação que levou o mundo a copiar e continuar copiando um modelo falido de repressão e que vigora até hoje. Pasmem.

Essa política explicitamente fundada na guerra tem se revelado incapaz de atingir o objetivo de reduzir a disponibilidade das substâncias proibidas, pois jamais alcançará o fim da produção. Com efeito, passados 100 anos de proibição, não houve redução na circulação de tais substâncias. Ao contrário, nesses anos todos, as drogas ilícitas ficaram mais baratas, mais potentes, mais diversificadas e muito mais acessíveis do que eram antes de serem proibidas. Existe uma razão para isso e aqui não cabe o termo inocência. O combate às drogas, que coloca todos do sistema de segurança nesse foco, rende muito e movimenta uma máquina bilionária. É interessante para todos os poderes e políticos do sistema esse teatro sem qualquer finalidade prática. Pense no preso por tráfico e as pessoas ao seu redor, todos são mantidos graças a essa estrutura, judiciário, legislativo e executivo, advogados, promotores, etc.

A própria Organização das Nações Unidas (ONU) que, em 1998, prometia um mundo sem drogas em dez anos, posteriormente viu-se obrigada a reconhecer a expansão e diversificação do mercado das drogas ilícitas. O criminoso traficante está infiltrado em todas esferas de poder e decreta a pena de morte a quem lhe convier.

As apreensões realizadas em operações policiais se fazem em quilos, mas outras toneladas passam porque as fronteiras e os meios de transporte hoje são infinitos. A prisão e apreensão de drogas revelam a expansão da produção e do comércio e, ao reduzirem momentaneamente a oferta, acabam por proporcionar uma imediata supervalorização das mercadorias. Está tudo errado e creio que muitos já saibam disso, mas repito, todos lucram com essa máquina: que elege quem altera as leis, que depende de alvarás da justiça corrupta para se ver livre; de advogados para tratar processos durante anos arrecadando, entre outros abusos do sistema. Político não tem e nunca terá perfil para chefiar política séria de enfrentamento da raiz do problema das drogas.

Faz mister lembrar que a “guerra às drogas” não é exatamente uma guerra contra as drogas. Não se trata de uma guerra contra coisas, pois como quaisquer outras guerras, dirige-se contra pessoas: os produtores, comerciantes e consumidores das selecionadas substâncias proibidas. Seus resultados são mortes, prisões superlotadas, doenças contagiosas se espalhando, milhares de vidas destruídas, atingindo especialmente os mais vulneráveis dentre seus alvos – os pobres, marginalizados e os desprovidos de poder. Roubos, sequestros, homicídios e furtos existem para quitar o débito do tráfico de drogas, a segurança pública trabalha quase que exclusivamente para esse tema, abarrotando e corrompendo pessoas pela força econômica do tráfico. Completa insanidade é esperar do judiciário ou governos posturas firmes de enfrentamento, já são anos de espera.

A proibição e essa guerra é que não se harmonizam com a ideia de direitos humanos. São conceitos incompatíveis. Guerras e direitos

humanos não são compatíveis em nenhuma circunstância, antes que alguém alegue que essa minha ideia vai contra os direitos dos homens. O mais evidente e dramático dos riscos e danos diretamente provocados pela proibição é a violência, resultado lógico de uma política baseada na guerra. Chega de imbecilidade, vamos tratar definitivamente o problema. O cidadão tem o direito legítimo de fazer suas escolhas, é usuário legítimo se assim entender e já resta comprovado que o Estado nunca será capaz de inibir. Compra-se drogas ilícitas com mais facilidade que remédio neste país.

Hoje, não há violência na produção e no comércio de cigarros nem álcool. Por que é diferente na produção e no comércio de maconha ou de cocaína? A resposta é evidente: a diferença está na proibição. Só existem armas e violência na produção e no comércio de maconha, de cocaína e das demais drogas tornadas ilícitas porque o mercado é ilegal. É óbvio isso. A sanguinária “guerra às drogas” caleja e adestra para a violência, a crueldade, as mortes e os desaparecimentos forçados. É chegada a hora de tirar o simples usuário da “boca de fumo”, aceitar suas escolhas e tributar para tratar os doentes e tirar a lucratividade do traficante.

O combate ao tráfico é paliativo e infantil, cheio de abutres que lucram com a política atual. Não é política de combate e sim um teatro contra as drogas. A pena de morte existe hoje no Brasil graças aos traficantes que há tempos determinam sem piedade quem vive e quem morre, senão vejamos, no Brasil, 27% do total de seus quase 600.000 presos são processados ou condenados por “tráfico” de drogas. Entre as mulheres, essa proporção chega à metade das presas. Com a proibição, o

Estado acaba por entregar o próspero mercado das drogas tornadas ilícitas a agentes econômicos que, atuando na clandestinidade, não estão sujeitos a qualquer limitação reguladora de suas atividades. No mercado ilegal não há controle de qualidade dos produtos comercializados, o que aumenta as possibilidades de adulteração, de impureza e desconhecimento do potencial tóxico das drogas proibidas.

A ilegalidade é que cria a necessidade de aproveitamento imediato de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, o que incentiva um consumo descuidado e não higiênico, cujas consequências aparecem especialmente na difusão de doenças transmissíveis como a AIDS e a hepatite. Além de criar a atração do proibido, acabando por incentivar o consumo por parte de adolescentes. A proibição ainda dificulta a assistência e o tratamento eventualmente necessários, seja ao impor ineficazes e ilegítimas internações compulsórias, seja por inibir a busca voluntária do tratamento, ao pressupor a revelação da prática de uma conduta tida como ilícita. Estamos tirando a chance de tratar quem deseja se ver livre das drogas, pois não há recursos já que optamos por proibir. O Estado não é capaz de proibir. Lógica evidente.

Passou da hora, é preciso pôr fim a essa falida e danosa política; acredito com maturidade e analisando todos esses pontos que aleguei, que é preciso legalizar e conseqüentemente regular a produção, o comércio e o consumo de todas as drogas, sem exceção. Quem não conhece a realidade da segurança pública talvez alegue que o Brasil não é maduro o suficiente para tal proposta, mera balela de quem vive em gabinete, a realidade

mostra o contrário. O povo é sim capaz de se conscientizar e quer uma luz pra pedir socorro.

Legalizar não significa liberação ou permissividade. Longe disso. Não é ver usuários nas ruas sob efeito alucinógeno. Nada disso. Legalizar significa exatamente regular e controlar, o que hoje não acontece. Ao contrário do que acontece em um mercado legalizado, os chamados “traficantes” não estão submetidos a qualquer controle ou fiscalização sobre a qualidade dos produtos que fornecem; para obter maiores lucros, podem misturar a droga produzida e comercializada a outras substâncias ainda mais nocivas; não precisam informar qual o potencial tóxico da droga produzida e comercializada; não precisam fazer qualquer esclarecimento ou advertência aos consumidores sobre os riscos de seus produtos; estabelecem preços livremente; não pagam quaisquer impostos; não estão sujeitos a legislações trabalhistas, podendo empregar, como de fato empregam, até mesmo crianças em suas atividades de produção e comércio; vendem seus produtos onde quer que estejam consumidores; não precisam controlar a idade dos compradores.

Perceba friamente e sem paixão que legalizar significa pôr fim ao “tráfico”, afastando do mercado quem lucra e que age na clandestinidade e devolvendo ao Estado o poder de regular, limitar, controlar, fiscalizar e taxar a produção, o comércio e o consumo dessas substâncias, da mesma forma que o faz em relação às drogas já lícitas, como o álcool e o tabaco. É oportunidade ímpar de arrecadar e quebrar o lucro do traficante, investindo os impostos em quem deseja se livrar das drogas. É tratar o problema como se fosse de saúde e não de segurança pública, tirando o

usuário das “bocas de fumo” e quebrando com o poderio econômico do criminoso traficante.

Essa é minha proposta que certamente reduzirá os efeitos nocivos das drogas e exterminará os efeitos de violência; mortes; encarceramento massivo; racismo e outras discriminações; agravamento de problemas de saúde; danos ambientais; e violação de direitos humanos. É a oportunidade de arrecadar e investir na educação dos jovens das próximas gerações contra o uso de drogas. É verdadeira falência do criminoso traficante que perderia seu cliente habitual refém de suas práticas criminosas. É o fim do poderio econômico do traficante já que drogas seriam vendidas em farmácias credenciadas. É o investimento na saúde de quem merece tratamento.

Legalizar e conseqüentemente regular a produção, o comércio e o consumo de todas as drogas, para assim pôr fim a essa falida, danosa e dolorosa política, é uma solução nascida da criatividade, compreensão, da compaixão e da solidariedade que proponho para os pensadores do sistema que querem alternativa para o extermínio do traficante e do tráfico de drogas.

Creio que algumas coisas precisam de um prazo para maturação, só não entendo paciência como sinônimo de postergação, pois enxergo diariamente a minha profissão como um teatro sem qualquer razão de ser. Pensei o sistema com simplicidade e me espantei pois encontrei a solução óbvia e definitiva para o mal do século chamado tráfico de drogas.

O CRIME PERMANENTE E A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

Surpreendeu-nos (de forma extremamente negativa) decisão tomada no último dia 09 de junho, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual no caso de flagrante de crime permanente, é possível a realização de busca e apreensão sem mandado judicial. Com esse argumento, negou-se, em decisão unânime, Habeas Corpus nº. 127457, impetrado por um acusado pela prática dos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico e porte de arma de fogo com numeração raspada.

Esta decisão confundiu, desgraçadamente, alhos com bugalhos, coisas completamente diferentes: crime continuado, cuja consumação, como é cediço, protrai-se no tempo, e a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental do homem, declarado na Constituição Federal.

Com efeito, diz a Constituição (ou será que esta cláusula pétreia foi revogada - em tempos de PEC da Bengala e redução da maioria penal, tudo é possível) que *“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”* [1]

Ademais, dispõe serem *“inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos.”* [2]

Ambas as cláusulas constitucionais foram solenemente ignoradas pela Corte Constitucional, dando, doravante, uma "carta branca" para que os Tribunais de Justiça e os Regionais Federais coadunem-se com esta cotidiana prática policial ilegal. Desanimador!

A propósito, veja-se o parecer abaixo transcrito, exarado por nós nos autos do Habeas Corpus nº. 0009758-66.2015.8.05.0000, julgado no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia:

"Tratam os presentes autos de um pedido de **habeas corpus** visando à soltura do paciente acima epigrafado. Negada a concessão da liminar requerida (fls. 57/58), o Magistrado prestou as informações de praxe (fls. 60/61). Compulsando o processo, verifica-se que o paciente foi denunciado pelo Ministério Público como incurso nas penas do artigo 33 da Lei nº. 11.343/2006 (fls. 63v./64). Eis um sucinto relatório. Os autos foram encaminhados ao Ministério Público para o parecer.

Compulsando os autos, afere-se que o processo deve ser trancado por absoluta inexistência de justa causa, porquanto a apreensão da droga supostamente encontrada na residência da genitora do paciente ocorreu de forma ilegal, conforme o teor do artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, bem como do artigo 5º., XI e LVI, da Constituição Federal, tendo em vista que os policiais não possuíam mandado judicial autorizador da busca domiciliar, nem o consentimento da moradora.

Saliente-se que não cabe a justificativa de ter o delito de tráfico de drogas natureza permanente, porquanto não desautoriza a autoridade de obter o devido mandado de busca e apreensão para ingressar no domicílio alheio, inclusive por não estar anteriormente visível as circunstâncias do flagrante.

“Desconstruindo a afirmativa que deve ser analisada frente às narrativas comuns aos autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, descobre-se que, em regra, não há uma situação de flagrância comprovadamente constatada antes da invasão de domicílio, o que a torna ilegal, violadora de direito fundamental. Porém, como em um passe de mágica juridicamente insustentável, por uma convalidação judicial, a apreensão de objetos ou substâncias que sejam proibidos ou indicativos da prática de crime e a prisão daquele(s) a quem pertença(m) travestem de legalidade uma ação essencialmente – e originariamente – violadora de direito fundamental”. [3]

Com efeito, por força de dispositivo constitucional, a casa é asilo inviolável. Assim, a denúncia foi amparada em uma busca e

apreensão eivada de ilicitude, pois realizada sem o devido mandado judicial, sendo, portanto, inadmissível no processo criminal. Em consonância com o art. 5º., LVI, a lei passa a considerar, no art. 157, 'inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais', bem como aquelas 'derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.' (§ 1º.).

Neste ponto a lei tratou não somente das provas ilícitas, como também das chamadas provas ilícitas por derivação, baseadas na doutrina do fruit of the poisonous ou the tainted fruit, o que já era, na doutrina nacional, uma ideia mais ou menos pacífica.[4] Esta disposição é válida tanto em relação às provas ilícitas como às ilegítimas, para quem as diferencia.[5]

A propósito, [Marco Antônio Garcia de Pinho](#) afirma que “a questão das provas ilícitas por derivação, isto é, aquelas provas e matérias processualmente válidas, mas angariadas a partir de uma prova ilicitamente obtida é, sem dúvida, uma das mais tormentosas na doutrina e jurisprudência. Trata-se da prova que, conquanto isoladamente considerada possa ser considerada lícita, decorra de informações provenientes da prova ilícita. Nesse caso, hoje, nossos tribunais vêm tomando por base a solução da **Fruits of the Poisonous Tree**, adotada pela US Supreme Court. Esse entendimento, na doutrina pátria, é adotado, dentre outros autores, por Grinover e Gomes Filho. Já Avolio,

também tratando com maestria sobre o assunto, concluiu não ser possível a utilização das provas ilícitas por derivação no nosso direito pátrio. Há pouco mais de dez anos, em maio de 1996, o STF confirmou sua posição quanto à inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, posicionamento, hoje, ainda mais pacífico tendo à frente a ministra Ellen Gracie e os ministros como Gilmar Mendes, Peluzo e Joaquim Barbosa. A prova ilícita por derivação se trata da prova lícita em si mesma, mas cuja produção decorreu ou derivou de outra prova, tida por ilícita. Assim, a prova originária, ilícita, contamina a prova derivada, tornando-a também ilícita. É tradicional a doutrina cunhada pela Suprema Corte norte-americana dos “Frutos da Árvore Envenenada” —**Fruits of the Poisonous Tree**— que explica adequadamente a proibição da prova ilícita por derivação.”

Esclarece este mesmo autor “que se sustenta um argumento relacional, ou seja, para se considerar uma determinada prova como fruto de uma árvore envenenada, deve-se estabelecer uma conexão entre ambos os extremos da cadeia lógica; dessa forma, deve-se esclarecer quando a primeira ilegalidade é condição **sine qua non** e motor da obtenção posterior das provas derivadas, que não teriam sido obtidas não fosse a existência da referida ilegalidade originária¹⁸. Estabelecida a relação, decreta-se a ilegalidade. O problema é análogo, diga-se, ao direito penal quando se discute com profundidade o tema do nexa causal. É possível que tenha havido ruptura da cadeia causal ou esta se tenha enfraquecido suficientemente em algum momento de modo a se fazer

possível a admissão de determinada prova porque não alcançada pelo efeito reflexo da ilegalidade praticada originariamente.” [6]

Em determinada oportunidade, decisão do Ministro Celso de Mello suspendeu, cautelarmente, processo penal em trâmite na 6ª. Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro pela suposta prática de crime contra a ordem tributária praticado por um empresário e contador português. O pedido do acusado foi feito por meio do Habeas Corpus (HC) 93050. A defesa afirma que em agosto de 1993 uma das sedes da empresa foi invadida pela Polícia Federal, e as provas obtidas pelo Ministério Público Federal foram fruto desta operação, realizada sem autorização judicial, na ausência dos sócios e sob coação de funcionários. Portanto, *“provas obtidas por meios ilícitos”*. Tal diligência, afirmam os advogados, transgrediu as garantias fundamentais contidas no artigo 5º. da Constituição Federal. Para o relator, ministro Celso de Mello, parte do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, questionado pela defesa, *“parece demonstrar que tal decisão teria considerado válida prova qualificada pela ilicitude por derivação”*. Isto porque, segundo a decisão atacada, a documentação que embasou o início da ação penal resultou de fiscalização ocorrida em outra empresa que não a do acusado. Segundo Celso de Mello, a decisão do STJ contém afirmação que conflita com a jurisprudência do Supremo sobre prova ilícita, *“quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação”*. Assim, o relator deferiu o pedido de medida liminar para suspender, cautelarmente, até o final do do habeas corpus, o andamento do Processo-crime nº 96.00.26361-2, que tramita na 6ª Vara Federal

Criminal do Rio de Janeiro/RJ. Depois, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa indeferiu liminar em Habeas Corpus (HC 92020) impetrado para suspender ação penal que tramita no Superior Tribunal de Justiça. A ação penal é derivada de inquérito iniciado no Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, por sua vez, é decorrente de interceptação telefônica, deferida e prorrogada pelo Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas. Segundo Joaquim Barbosa, a eventual nulidade de uma ou outra prova não contamina, automaticamente, aquelas que sejam produzidas posteriormente, devendo a chamada nulidade por derivação (a prova que teve como origem uma prova ilícita, também é ilícita) incidir somente sobre os elementos de convicção que sejam diretamente decorrentes da prova considerada ilícita. Fonte: STF.

No mesmo sentido: *“Com efeito, acolhida a doutrina da contaminação dos frutos da árvore envenenada – **fruits of the poisonous tree** – necessariamente teremos de reconhecer que as provas ilícitas (inclusive por derivação) devem ser consideradas nulas, independentemente do momento em que foram produzidas”* (TRF 4ª R. – 8ª T. – C 2008.04.00.006199-1 – rel. Paulo Afonso Brum Vaz – j. 02.04.2008 – DJU 16.04.2008).

“Tendo o STF declarado a ilicitude de diligência de busca e apreensão que deu origem a diversas ações penais, impõe-se a extensão desta decisão a todas as ações dela derivadas, em atendimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da

documentação apreendida em diligência considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancando-se a ação penal assim instaurada. Ordem concedida para trancar a ação penal em questão, estendendo, assim, os efeitos da presente orda C.R.” (STJ – 6ª T. – HC 100.879 – rel. Maria Thereza de Assis Moura j. 19.08.2008 – DJU 08.09.2008).

Segundo Luiz Flávio Gomes, “prova ilícita é a que viola regra de direito material, constitucional ou legal, no momento de sua obtenção (confissão mediante tortura, v.g.). Essa obtenção, de qualquer modo, sempre se dá fora do processo (é, portanto, sempre extraprocessual). Prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua obtenção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo). Exemplo: oitiva de pessoas que não podem depor, como é o caso do advogado que não pode nada informar sobre o que soube no exercício da sua profissão (art. 207, do CPP). Outro exemplo: interrogatório sem a presença de advogado; colheita de um depoimento sem advogado etc. A prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual). O fato de uma prova violar uma regra de direito processual, portanto, nem sempre conduz ao reconhecimento de uma prova ilegítima. Por exemplo: busca e apreensão domiciliar determinada por autoridade policial (isso está vedado pela CF, art. 5.º, X, que nesse caso exige ordem judicial assim como pelo CPP -art. 240 e ss.). Como se trata de uma prova obtida fora do processo, cuida-se de prova ilícita, ainda que viole concomitantemente duas regras: uma material

(constitucional) e outra processual. Conclusão: o que é decisivo para se descobrir se uma prova é ilícita ou ilegítima é o locus da sua obtenção: dentro ou fora do processo. De qualquer maneira, combinando-se o que diz a CF, art. 5.º, inc. LVI com o que ficou assentado no novo art. 157 do CPP, vê-se que umas e outras (ilícitas ou ilegítimas) passaram a ter um mesmo e único regramento jurídico: são inadmissíveis (cf. PACHECO, Denílson Feitoza, Direito processual penal, 3.ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 812)."

Lembra, ainda, Luiz Flávio Gomes que *"dizia-se que a CF, no art. 5.º, LVI, somente seria aplicável às provas ilícitas ou ilícitas e ilegítimas ao mesmo tempo, ou seja, não se aplicaria para as provas (exclusivamente) ilegítimas. Para esta última valeria o sistema da nulidade, enquanto para as primeiras vigoraria o sistema da inadmissibilidade. Ambas as provas (ilícitas ou ilegítimas), em princípio, não valem (há exceções, como veremos), mas os sistemas seriam distintos. Essa doutrina já não pode ser acolhida (diante da nova regulamentação legal do assunto). Quando o art. 157 (do CPP) fala em violação a normas constitucionais ou legais, não distingue se a norma legal é material ou processual. Qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à ilicitude da prova (cf. Mendes, Gilmar Ferreira et alii, Curso de Direito constitucional, São Paulo: Saraiva: 2007, p. 604-605, que sublinham: "A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal"). Paralelamente às normas*

constitucionais e legais existem também as normas internacionais (previstas em tratados de direitos humanos). Por exemplo: Conven o Americana sobre Direitos Humanos. No seu art. 8.º ela cuida de uma série (enorme) de garantias. Provas colhidas com viola o dessas garantias são provas que colidem com o devido processo legal. Logo, são obtidas de forma ilícita. Uma das garantias previstas no art. 8.º diz respeito   necessidade de o réu se comunicar livre e reservadamente com seu advogado. Caso essa garantia não seja observada no momento da obten o da prova (depoimento de uma testemunha, v.g.), não há d vida que se trata de uma prova ilícita (porque violadora de uma garantia processual prevista na citada Conven o). Não importa, como se vê, se a norma violada   constitucional ou internacional ou legal, se material ou processual: caso venha a prova a ser obtida em viola o a qualquer uma dessas normas, não há como deixar de concluir pela sua ilicitude (que conduz, automaticamente, ao sistema da inadmissibilidade).”[\[7\]](#)

Esta disposi o chega a ser despcienda em razão do referido comando constitucional.   a nossa velha mania de achar que se não estiver previsto em uma lei (infraconstitucional) não está no ordenamento jurídico, ainda que esteja na Constitui o Federal:“(…) Demonstrada a ilicitude da prova sob enfoque, ela deve ser desentranhada dos autos, vedando-se às partes sobre ela, se manifestarem em plenário, sob pena de exercício de influencia negativa ao Conselho de Sentença, o qual somente pode deliberar sobre provas licitamente colhidas. (...) Ordem parcialmente concedida, apenas para

excluir dos autos a prova ilícitamente colhida” (STJ – 6ª T. – HC 111.972 – rel. Jane Silva – j. 18.12.2008 – DJU 02.02.2009).

Ainda sobre a questão da prova ilícita por derivação, o Ministro Celso de Mello suspendeu, em decisão liminar, o andamento da ação penal que tramitava na 8ª. Vara Criminal do Rio de Janeiro, por ilicitude na obtenção das provas usadas contra a empresa. A decisão do ministro no Habeas Corpus (HC) 103325 baseia-se na tese de que se as provas são coletadas de forma ilícita, elas ficam também contaminadas de ilicitude e são invalidadas. As provas teriam sido retiradas do escritório em 1993 sem autorização judicial e através de operação policial com uso de arma de fogo. Segundo Celso de Mello, a administração estatal, embora tenha poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização tributária, não pode desrespeitar as garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes, em particular. *“Ao Estado é somente lícito atuar respeitados os direitos individuais e nos termos da lei”*, explicou. Ele também afirmou que *“nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito, ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material”*. A jurisprudência do Supremo já é pacificada na interpretação de que a inviolabilidade da casa – prevista na Constituição Federal – estende-se aos escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, embora sem conexão com a casa de moradia

propriamente dita. O ministro lembrou que o próprio Supremo já trancou ações penais baseadas nessas mesmas provas.

Entendemos que o ato judicial que determina o desentranhamento das provas ilícitas tem a natureza de decisão interlocutória com força de definitiva, razão pela qual desafia o recurso de apelação (art. 593, II do Código de Processo Penal). A natureza desta decisão vem reforçada pelo § 3º. deste mesmo art. 157 (“preclusa a decisão de desentranhamento”), pois, como se sabe, a preclusão é fato processual próprio de decisões que não tratam do mérito propriamente dito. Para estas, reserva-se o efeito da coisa julgada (evidentemente que a diferença entre preclusão e coisa julgada não se resume a esta circunstância). Caso se entenda não se tratar de uma decisão com força de definitiva, e não havendo recurso previsto em lei, a solução será a utilização da correção parcial, *“a quem a doutrina pátria moderna atribui natureza jurídica de recurso”* e que *“constitui medida judicial contra decisões ou despachos dos juízes não impugnáveis por outro recurso e que representem erro ou abuso, de que resulte a inversão tumultuária dos atos e fórmulas da ordem legal do processo.”* (STJ – 6ª T. – Resp 730.079 – rel. Hamilton Carvalhido – j. 11.10.2005 – DJU 04.08.2008). [8] Evidentemente que se o desentranhamento prejudicar, ainda que remotamente e em tese, interesse da defesa, o remédio mais rápido será a utilização do **habeas corpus**. [9]

Vejamos a lição de Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa:

*“(...) Em resumo: sem qualquer exigência ulterior de exposição de justificativas e elementos seguros em legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, o direito à privacidade e à inviolabilidade do domicílio esvazia-se de sua condição fundamental, relativizando-se frente ao menos justificável arbítrio e ao mais leve toque de uma botina na porta. (...) **Sabe-se que o flagrante autoriza a violação de domicílio, mas essa relativização do direito fundamental previsto no inc. XI do art. 5.º da Constituição não significa abertura a ações policiais que mais se assemelham a apostas lotéricas, em que o prêmio – dependente da sorte do jogador – é o encontro de indícios da prática de tráfico de drogas e a consequente prisão de quem possa ser seu autor. Desconstruindo a afirmativa que deve ser analisada frente às narrativas comuns aos autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, descobre-se que, em regra, não há uma situação de flagrância comprovadamente constatada antes da invasão de domicílio, o que a torna ilegal, violadora de direito fundamental. Porém, como em um passe de mágica juridicamente insustentável, por uma convalidação judicial, a apreensão de objetos ou substâncias que sejam proibidos ou indicativos da prática de crime e a prisão daquele(s) a quem pertença(m) travestem de legalidade uma ação essencialmente – e originariamente – violadora de direito fundamental. E a realidade pode ser ainda mais perversa, na medida em que se sabe que abusos policiais não são tão incomuns quanto se deseja, não sendo raros os casos de manipulação das circunstâncias, como se dá nos chamados***

flagrantes forjados. *A intenção de incriminar alguém ou a possibilidade de sofrer as mais diversas sanções em razão do abuso na invasão de domicílio são apenas dois dos múltiplos fatores que podem determinar a produção artificial de circunstâncias que, se reais fossem, ensejariam a convalidação da ação, ante a constatação de uma situação de flagrância. Tratando-se de ação autoexecutada – sem prévio controle judicial –, nada mais simples – em termos logísticos – do que plantar papelotes, plásticos, notas de pequeno valor, aparelhos de telefonia celular e alguma quantidade de droga. E ainda que não se presuma má-fé – ou dolo –, certo é que más práticas, ainda que movidas pelas melhores intenções, estão arraigadas em nosso cotidiano – policial e mesmo judicial. E mais: até mesmo pela reiteração de seu acolhimento, nada impede que a forma que se imprime ao relato de determinadas circunstâncias na descrição do histórico dos fatos transforme em caso típico de tráfico de drogas a apreensão de cinco pedras de crack, dois aparelhos de telefonia celular e de R\$ 50,00, divididos em notas de R\$ 5,00 e R\$ 10,00 – uma vez que havia denúncia anônima quanto à negociação de drogas no local, que era notoriamente frequentado por usuários, os quais pediram para não ser identificados por temerem represálias, mas confirmaram que o indivíduo preso no local e que tem antecedentes criminais é traficante conhecido na região. Eis a fórmula mágica para transformar abuso de poder e violação de domicílio em prisão em flagrante legal por tráfico de drogas, na clássica manobra ilusionista que, em regra, se mostra suficiente a convencer alguns magistrados – boa parte deles – de que os fins justificam os meios e que,*

na proteção da sociedade, deve a ação, ilegal em seu início, ser convalidada, uma vez que o tráfico de drogas é crime permanente, que muitos prejuízos traz à coletividade ordeira. Encastelados em uma realidade social privilegiada e desconhecendo o que se passa nos subúrbios – os modos de comportamento das subculturas marginais (inclusive a dos usuários de drogas), algumas rotinas de atuação policial e toda a complexidade das relações de poder que envolvem a negociação de drogas –, tais magistrados preferem acreditar na fé pública que reveste a palavra e atuação dos agentes públicos policiais a criticar a situação e perceber que qualquer pessoa pode ter consigo dois aparelhos de telefonia celular e R\$ 50,00, divididos em notas de R\$ 5,00 e R\$ 10,00. Também fecham os olhos para o fato de que, diante das milhares de condutas incriminadas e da seletividade do sistema penal, nada mais comum que alguém em condições marginais tenha antecedentes criminais. Desconhecem, de igual modo, que cinco pedras de crack é pouca quantidade até para um usuário em sua compulsão e, para não sair da posição de conforto, sequer se perguntam acerca da real ocorrência das denúncias anônimas ou quanto à existência dos usuários não identificados que sempre confirmam a venda de drogas em imóveis invadidos pela polícia. **Não podemos esquecer, ainda, que, acaso se trate de um conhecido ponto de tráfico de drogas, com intensa movimentação de usuários, onde se pratica um crime permanente, não há qualquer prejuízo em se montar campana e aguardar por algumas horas a obtenção de mandado judicial, que pode ser requerido em qualquer plantão judicial. Caminhando para o encerramento, é,**

portanto, fundamental salientar que o que autoriza a invasão domiciliar   tão somente a flagrância escancarada, passível de demonstra o posterior. Suposi es ou suspeitas, ainda que fundadas e baseadas em investiga es prévias – declaradas ou ocultas –, devem ser submetidas ao prévio crivo judicial. E o fundamento   evidente: a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Afinal, como bem assentou o Desembargador Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, a “lei não permite atalhos” e, se diferente fosse, a residência não seria asilo, nem inviolável (TJRS, 70051270478, j. 13.12.2012).”[\[10\]](#) (grifos nossos).

Outrossim, Pierpaolo Cruz Bottini e Ana Fernanda Ayres Dellosso lecionam com proficiência:

“Como se sabe, o art. 5. , XI, da Constitui o da República, entre os direitos fundamentais, protege a casa, como asilo inviolável do indivíduo. O mesmo dispositivo estabelece exce es ao direito fundamental. Logo, por expressa previsão constitucional, as seguintes situa es autorizam a viola o do domicílio, sem o consentimento do morador: (I) flagrância delitiva; (II) necessidade de prestar socorro; e (III) autoriza o judicial. No entanto, em muitos casos, policiais adentram residências particulares, sem que presentes quaisquer destas situa es excepcionais, sob o pretexto de terem obtido o consentimento do morador. (...) Frise-se a importância da discussão sobre a inviolabilidade do domicílio nessas duas situa es, especialmente sob o prisma das provas ilícitas. Embora o Código de Processo Penal discipline o tema no título destinado às provas, a medida de busca e apreensão não configura propriamente meio de prova, mas meio de obten o de prova. Mediante

medidas de busca e apreensão se conservam elementos de provas, de tal forma que, se nulas as medidas, devem ser anuladas as provas obtidas por meio delas (CPP, art. 157, § 1.º). Ainda em considerações iniciais, de se ver que a busca e apreensão já inicia, em sua previsão constitucional, como medida excepcional, vale dizer, como exceção ao sistema de proteção dos direitos fundamentais, o que ganha denotada importância para interpretação e aplicação das regras processuais nos casos práticos. Posto isso, importante analisar a situação do dito “consentimento” do morador, apto a excepcionar a regra da inviolabilidade do domicílio e autorizar a busca sem mandado judicial. Sabe-se que, nas buscas domiciliares, há um conflito de interesses em jogo – a busca da verdade, para realização da justiça criminal, e a preservação da intimidade e da inviolabilidade do domicílio. O consentimento do morador aparece como primeira forma de solução desse conflito. No entanto, é preciso cautela na sua análise, sempre diante das circunstâncias de obtenção da prova e da atuação da autoridade policial. **Como pontua a doutrina processual penal, durante o dia ou à noite, o morador pode permitir a entrada em sua casa e, nessa situação, dispensa-se mandado judicial para realização de busca domiciliar. O consentimento, porém, deve ser real e livre, despido de vícios como o erro, violência ou intimidação. Evidentemente que, em cada caso concreto, o consentimento do morador deve ser analisado com cautela e nunca presumido, especialmente para que se evitem abusos da autoridade policial.** Sobre o cenário de muitos casos brasileiros, Cleunice Pitombo destaca: “Infelizmente, no Brasil e em

outros lugares, em que o miúdo desconhece os próprios direitos, o abuso policial surge manifesto. A polícia invade casas e o morador, temeroso, tímido, não lhe coarcta o passo”. **O TJRS recentemente destacou a invalidade do consentimento de pessoa investigada por tráfico de drogas. Na ocasião, o Desembargador relator pontuou: “Não existe previsão legal para a busca domiciliar a partir da permissão informal do proprietário. Do consentimento a que se refere o art. 5.º, XI, da CF não se infere que poderão ser realizadas buscas sem determinação judicial, apenas sob a anuência do morador. Se assim fosse, veríamos diante de um quadro temerário, no qual os mandados de busca e apreensão seriam dispensáveis, já que polícia sempre poderia conseguir, extrajudicialmente, o “consentimento” do proprietário. Afinal, é de se ter em conta que, nas circunstâncias descritas nos autos esse aval foi dado sob constrangimento” (Ap 70058172628, Rel. Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro, 3.ª Câmara Criminal, DJ 24.06.2014).** Dessarte, se há o consentimento do morador para buscas domiciliares, algumas questões devem ser bem refletidas: (I) forma do consentimento; (II) pessoa que consente e seu grau de esclarecimento sobre as implicações da medida. Sobre a forma do consentimento, deve ser expresso e jamais presumido, sendo que não há previsão legal de forma especial. (...). No tocante à pessoa que consente, deve ser aquele titular do direito à inviolabilidade do domicílio. A doutrina destaca que a permissão deve ser do próprio sujeito da medida de busca e apreensão ou de outra pessoa que possa, legitimamente, representá-lo. Ressalvas são feitas, ainda, às habitações coletivas, em que o consentimento por

um dos moradores não autoriza a busca na casa ou aposento de terceiros. No entanto, maior relevo tem a questão do grau de esclarecimento do morador que consentiu na realização da busca e apreensão. Para que se solucione o conflito de interesses – busca da verdade para realização da justiça e inviolabilidade do domicílio – por via consensual, é necessário que aquele que consente tenha pleno conhecimento das circunstâncias e consequências da realização da busca domiciliar, bem como que isso seja documentado. No ponto, não há previsão legal. Contudo, tratando-se de medida que pode implicar a produção de prova contra o próprio morador que consente com a busca, para que ele decida de forma justa e válida se franqueará a entrada em sua residência, necessário que no mínimo lhe sejam esclarecidos seus direitos e o alcance da inviolabilidade do domicílio, bem como as consequências da realização da busca domiciliar. A mesma lógica e o mesmo cuidado são observados nos procedimentos de interrogatórios, tanto judicial quanto policial, a fim de garantir o direito da pessoa de não produzir prova contra si (deriva das previsões constitucionais – art. 5.º, LVII e LXII – e consagrado do Pacto de São José da Costa Rica, art. 8.º). (...) Além disso, no ponto do consentimento, necessária observância de cuidados, a fim de assegurar que este seja consciente e válido. Frise-se que o consentimento não se presume e requer prova, cujo ônus é do Estado (TRF 2.ª Região, RSE 200551015058355, DJ 22.10.2008). Mais do que isso, parece-nos essencial que sejam esclarecidos, ao sujeito da medida e de forma documentada, os seus direitos, o alcance da inviolabilidade do domicílio e

as consequências de sua decisão por franquear a entrada de policiais para a busca domiciliar. Trata-se de medidas mínimas para coibir abusos da autoridade policial e fazer valer um Estado Democrático de Direito.” [\[11\]](#) (grifos nossos).

Como se sabe, o Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado. Aliás, sobre processo, já afirmou o mestre Calmon de Passos, não ser *“algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial.”* [\[12\]](#) Nesta mesma obra, o eminente processualista adverte que o *“devido processo constitucional jurisdicional (como ele prefere designar), para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir.”* [\[13\]](#)

Certamente sem um processo penal efetivamente garantidor, não podemos imaginar vivermos em uma verdadeira democracia [\[14\]](#). Um texto processual penal deve trazer ínsita a certeza de que ao acusado, apesar do crime supostamente praticado, deve ser garantida a

fruição de seus direitos previstos especialmente na Constituição do Estado Democrático de Direito.

Como afirma Ada Pellegrini Grinover, “o processo penal não pode ser entendido, apenas, como instrumento de persecução do réu. O processo penal se faz também – e até primacialmente – para a garantia do acusado. (...) Por isso é que no Estado de direito o processo penal não pode deixar de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à persecução criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e de cultura e conseqüentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem.” [15]

Mutatis mutandis, por votação unânime, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu Habeas Corpus (HC 93387) a um condenado por tráfico de drogas: “**É sempre importante enfatizar, presente esse contexto, que a estrita observância da forma processual representa garantia plena de liberdade**”, afirmou o Ministro Celso de Mello. (G. N.).

Vejamos a lição de Marcus Vinícius Pimenta Lopes:

“(...) *Garantia, etimologicamente, está ligada à ideia de uma posição de segurança, que vai contra a incerteza e a fragilidade. Anota Bonavides (2007, p. 525) que 'Existe garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar'. Por sua vez, ensina Baracho (1984, p. 138) que 'a própria palavra garantia é usada como sinônimo de proteção jurídico-política. O conceito*

vem do Direito Privado, de onde decorre sua acepção geral e seu conteúdo técnico-jurídico; garantir significa assegurar de modo efetivo'. Ainda, e com a habitual perfeição conceitual, diz Rui Barbosa (s/d, p. 193-194): **“Direito ‘é a faculdade reconhecida, natural ou legal, de praticar ou não praticar certos atos’. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil”**. Assim, **garantia é uma ideia de contenção do poder**. Visto o sentido de garantia – como contenção – poderemos iniciar uma associação mais clara da forma como garantia. Antes, porém, deve-se entender como a forma limita. Qualquer enunciado é uma limitação do discurso. Quando se diz, por exemplo, que ‘o céu é azul’, se diz – ao mesmo tempo e necessariamente – que ‘o céu não é vermelho ou verde’. Ao se delimitar uma asserção se nega tudo o que dela difere. É por essa razão que disse o gênio Karl Popper (2007, p. 72) que as teorias ‘(...) não asseveram que algo exista ou ocorra; negam-no. Insistem na não-existência de certas coisas ou estados de coisas, proscrevendo ou proibindo, por assim dizer, essas coisas ou estados de coisas; afastam-nos’. **Aplicando-se tal conceito ao Direito Democrático, temos, por exemplo, que se um sistema deve ser acusatório, logo ele não deve ser inquisitivo; e, se existe determinado procedimento(1) para a formação de um provimento final, logo, qualquer ato que difere dos enunciados normativos previstos para tal procedimento se apresenta como ilegal – pois fora da formulação autorizada pela lei democrática. Dessa maneira, a fórmula limita; pois ao prescrever um comportamento,**

impede que seja feito qualquer outro. E quanto às eventuais críticas ao formalismo, fazemos nossa a lição de Chiovenda (1969, p. 4):'Entre leigos abundam censuras às formas judiciais, sob a alegação de que as formas ensejam longas e inúteis querelas, e frequentemente a inobservância de uma forma pode acarretar a perda do direito; e ambicionam-se sistemas processuais simples e destituídos de formalidades. A experiência, todavia, tem demonstrado que as formas são necessárias no processo tanto ou mais que em qualquer outra relação jurídica; sua ausência carrega a desordem, a confusão e a incerteza'. A forma jurídica ao limitar o poder e proporcionar a segurança é, assim, garantia. (...)'[16] (grifos nossos).

Destarte, considerando que o art. 654, § 2º. do Código de Processo Penal estipula que “o juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”, imperiosa é a concessão de habeas corpus de ofício pelo órgão julgador.

A propósito:

Por maioria de votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu a ordem de ofício para absolver o ex-deputado federal Newton Lima Neto (PT-SP) em razão de atipicidade da conduta. A decisão ocorreu na análise da Ação Penal (AP) 568 ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF) contra Newton Lima Neto por suposta prática do crime de dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei (artigo 89, da Lei nº 8.666/93), quando exercia o cargo de

prefeito do município de São Carlos (SP). De acordo com os autos, antes do cumprimento das cartas precatórias, o denunciado foi diplomado para o cargo de deputado federal, fato que motivou o juízo de primeiro grau – 3ª Vara Criminal da Comarca de São Carlos (SP) – a declinar da competência ao Supremo e a determinar a devolução das cartas precatórias expedidas. Porém, embora candidato, Newton Lima Neto deixou de se reeleger, não sendo mais titular do mandato de deputado federal. O relator da ação, Ministro Luís Roberto Barroso, votou pela absolvição do denunciado. **Ele observou que, com o término do mandato, cessou a competência do Supremo para analisar e julgar a causa, mas a Turma concedeu a ordem de ofício devido à atipicidade da conduta, com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal (CPC).** Segundo o dispositivo, *“o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça não constituir o fato infração penal”*. *“Quando formei o meu juízo absolutório, em setembro do ano passado, o denunciado era detentor de mandato e desde aquele momento eu poderia ter concedido a ordem de ofício”*, salientou o relator. Conforme o relator, por circunstâncias diversas – inclusive porque há revisão nesse tipo de processo –, a questão só veio a ser julgada quando Newton Lima Neto já não detinha o mandato. Assim, o Ministro aderiu à exceção *“para não submeter esse homem a continuar em primeiro grau, sob outro juízo, a ter que se defender”*, ressaltou. Ao votar, o Ministro Luiz Fux, lembrou a questão da razoável duração dos processos como princípio constitucional. *“O réu tem o direito de se ver livre da acusação o mais rápido possível”*, completou. No mesmo sentido, votou o Ministro Marco Aurélio, formando a maioria. Ficou vencida a

Ministra Rosa Weber. Ela observou que, no caso, não houve reeleição, então o denunciado não tem prerrogativa de função. “*Entendo que o Supremo não tem amparo constitucional para condenar ou absolver um cidadão que não esteja no gozo desta prerrogativa de função*”, disse, ao declinar da competência do Supremo para o juízo de primeiro grau.

“*Recurso criminal: tempestividade. A prova da tempestividade do recurso - que se afere pela data da entrega da petição em cartório - é ônus do recorrente: não demonstrada pelo MP - embora inadmissível o RE da defesa por falta de prequestionamento dos temas constitucionais aventados - concede-se **habeas corpus** de ofício para cassar o acórdão que, na dúvida insolúvel quanto à tempestividade, não obstante conheceu da apelação do MP contra a sentença absolutória e lhe deu provimento para condenar os réus.*” (AI 386537–QO/MG, 1ª. T STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13/09/02).

“*Recurso extraordinário, prequestionamento e **habeas corpus** de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a discussão em torno de requisitos específicos, qual o do prequestionamento, sempre que - evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção - seja possível a concessão de habeas-corpus de ofício.*” (AI 409055, 1ª. T STF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 27/09/02).

“*Irregularidade de intimação de defensor constituído, cujo nome constou incompleto na publicação oficial. Nulidade. Concessão da ordem para anular o julgamento da apelação. Concessão de **habeas corpus** ‘de ofício’ para reconhecer, via de consequência, a extinção da punibilidade pela prescrição (CP, artigos 109, VI, c/c art. 100, par. 1).*” (HC 68013, 2ª. T STF, Rel. Min. CÉLIO BORJA, DJ 22/06/90).

Ressaltamos o que escreveu Alexandre Morais da Rosa e Aury

Lopes Jr.:

"A discussão situa-se no marco da legalidade, de ter regras claras do jogo. Em democracia, todo poder precisa ser condicionado e demarcado. Forma é garantia. Há uma salutar desconfiança e patrulhamento dos excessos e questionamento da legitimidade. A informalidade só interessa ao discurso autoritário." [17]

Diante do exposto, somos pela concessão de habeas corpus de ofício ao paciente para trancar o processo por absoluta inexistência de justa causa (art. 395, III, do Código de Processo Penal), em razão da ilegalidade da busca domiciliar realizada na residência da genitora do paciente, ainda que não alegado na inicial.

Outrossim, requeremos que cópia dos autos seja enviada à Corregedoria da Polícia Civil e ao Grupo de Atuação Especial para o Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público do Estado da Bahia (GACEP), a fim que se apure suposta prática do crime de abuso de autoridade ocorrido quando da invasão ilícita do acima referido asilo inviolável.

Salvador, 27 de maio de 2015."

Adivinhem qual foi o resultado do julgamento?

NOTAS:

[1] Art. 5º., XI, da Constituição Federal.

[2] Art. 5º., LVI, da Constituição Federal.

[3] GODOY, Arion Escorsin de; COSTA, Domingos Barroso da. *Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de droga*. http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/288-247---junho-2013. Acesso em 18 de julho de 2014.

[4] A respeito confira-se a obra de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, *Interceptação Telefônica*, São Paulo: RT, 1997.

[5] Ada, Scarance e Magalhães Gomes, por exemplo, esclarecem que “quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.” (As Nulidades no Processo Penal, São Paulo: Malheiros, 5ª. ed., 1996, p. 116).

[6] “Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal”, http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=34917

[7] “Lei 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade”, www.paranaonline.com.br, 22/06/2008.

[8] Sobre mandado de segurança em matéria criminal, veja-se o nosso Direito Processual Penal, Salvador: JusPodivm, 2008.

[9] MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Reforma do Código de Processo Penal – Provas* (Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 30 out. 2014.)

[10] *Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de droga.* http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/288-247---junho-2013. Acesso em 18 de julho de 2014.

[11] *O consentimento e a situação de flagrante delito nas buscas domiciliares.* http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5199-O-consentimento-e-a-situacao-de-flagrante-delito-nas-buscas-domiciliares. Acesso em 29 de novembro de 2014.

[12] *Direito, Poder, Justiça e Processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.

[13] *Idem*, p. 69.

[14] Apesar de que, como ensina Norberto Bobbio, “(...) a Democracia perfeita até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto.” (Dicionário de Política, Brasília: Universidade de Brasília, 10ª. ed., 1997, p. 329).

[15] *Liberdades Públicas e Processo Penal* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1982, pp. 20 e 52.

[16] *A forma como garantia contra a pulsão vingativa do sistema penal.* http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5224-A-forma-como-garantia-contra-a-pulsao-vingativa-do-sistema-penal. Acesso em 04 de dezembro de 2014.

[17] <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/limite-penal-poder-investigacao-mp-cria-problemas-resolve>.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPERCUSSÃO DOS DEFEITOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

LUIZ FILIPE MALOPER BONN: Procurador da Fazenda Nacional. Ex Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em direito tributário pela Universidade Anhanguera.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo conceituar e descrever os principais aspectos dos defeitos do negócio jurídico que repercutem na esfera tributária no sentido esconder a ocorrência dos fatos geradores visando a redução ou supressão da carga tributária incidente sobre determinado contribuinte. O debate em torno da licitude dos planejamentos tributários elisivos vem dividindo a doutrina pátria por décadas especialmente no que se refere ao conflito entre os princípios decorrentes da justiça fiscal de um lado e a legalidade tributária e a autonomia das relações privadas de outro.

PALAVRAS CHAVES: Autonomia; direito; tributo; negócio jurídico; contrato; ordenamento; elisão, fraude; abuso de direito; evasão; sociedade; responsável; simulação; doutrina; conduta; contribuinte; supressão; finalidade; culpa; ineficácia.

INTRODUÇÃO

O negócio jurídico, conforme o ensinamento de Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Volume 1) “..é a manifestação de vontade tendente a criar, modificar ou extinguir um direito”. Trata-se de uma declaração de

vontade emitida pelas partes envolvidas que, munidas de autonomia inerente as relações de direito privado, definem a produção de seus efeitos.

Na órbita do direito tributário é possível observar que os contribuintes, sobretudo os grandes conglomerados empresariais se valem de orientação contábil e jurídica visando a realização dos negócios jurídicos inerentes a sua atividade produtiva de forma a minimizar seu ônus fiscal.

Estes planejamentos tributários, muitas vezes, consistem na prática de negócios jurídicos com defeito na sua declaração em prejuízo de credores ou da Administração Fiscal. Estes defeitos são denominados pela doutrina de vícios sociais. Trata-se de declaração de vontade em consonância com o íntimo desejo do agente, mas com o objetivo de fraudar à lei ou terceiros.

Cumprido, no presente trabalho, declinar os aspectos mais relevantes destes defeitos e analisar a idoneidade dos aludidos planejamentos tributários diante do sistema tributário vigente.

Preliminarmente, para compreensão do tema, impende analisar as duas formas de desoneração tributária. Elisão fiscal e evasão fiscal.

ELISÃO E EVASÃO FISCAL

A definição de elisão bem como de evasão fiscal é questão controvertida na doutrina pátria. Vejamos.

Consoante os ensinamentos do eminente mestre Aliomar Baleeiro. (Introdução á Ciência das Finanças. 14º Volume. Forense, 1990, p.152;153), com o surgimento do fato gerador nasce a obrigação inescusável do pagamento do tributo. Poderá o contribuinte, em momento

anterior, buscar evitar sua ocorrência. Este expediente caracteriza lícita evasão fiscal, chamada de elisão.

Segundo o autor pode se dizer que evasão é o nome genérico dado à conduta do contribuinte que se nega ao sacrifício fiscal. Será lícita quando o contribuinte a pratica sem descumprimento a preceito legal. Nada impede que o sujeito passivo da relação tributária, dentro dos limites da lei, encontre meios de ordenar seus negócios de forma a pagar menos tributos.

Ensina que a evasão lícita pode, inclusive, ser fomentada pelo legislador quando se vale do tributo como ferramenta para exercer o poder de polícia ou desígnio extrafiscal.

Por outro lado a evasão ilícita não encontra consonância com o ordenamento jurídico ensejando a imposição de sanções de natureza civil e penal.

Neste sentido, Ricardo Lobo Torres (Princípio da tipicidade no direito tributário. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2004, pp. 193-232) preconiza que a evasão e a elisão precedem a ocorrência do fato gerador. Sustenta que a conduta, após a ocorrência do fato gerador, tendente a afastar ou reduzir o pagamento de tributo é considerada fraude e sonegação.

Contrariamente a este entendimento, Luciano Amaro (IR: Limites da Economia Fiscal. Planejamento Tributário. RDT nº 71) alicerçado em Rubens Gomes de Souza, defende que a diferenciação entre a elisão ou economia lícita de tributos e evasão se resume em determinar se os atos praticados pelo contribuinte evitaram a ocorrência do fato gerador (elisão)

ou ocultaram o fato gerador já ocorrido (hipótese de conduta ilícita, caracterizada como evasão).

Demonstrando a divergência doutrinária destes conceitos, Hugo de Brito Machado (São Paulo: Malheiros, 2007, p. 159) reconhecendo a falta de uniformidade na doutrina, prefere utilizar evasão para designar a conduta lícita e elisão para designar a conduta ilícita. Ao interpretar o sentido das palavras o autor perfilha que elidir é eliminar. Portanto quem elimina ou suprime tributo pratica conduta ilícita uma vez que está eliminando relação tributária já instaurada. Por outro lado evadir é fugir. Quem foge pode estar evitando relação tributária ainda inexistente, utilizando mecanismos preventivos.

É possível notar, não obstante, a celeuma doutrinária acerca do tema, que, majoritariamente, define-se evasão fiscal como ato ilícito praticado com o desiderato de reduzir ou suprimir o pagamento de tributos. Por outro lado a elisão fiscal pode ser definida como a prática de atos ou negócios jurídicos lícitos, em observância aos preceitos legais, tendentes a evitar a ocorrência do fato gerador ou diminuição da carga tributária incidente.

A questão central que se coloca é como a doutrina se posiciona em relação a chamada “elisão abusiva” ou “elusão tributária” que, nas palavras de Marciano Seabra de Godoi (A figura da “fraude à lei tributária prevista no artigo 116, parágrafo único, do CTN. RDDT nº 68, maio/01, p. 101/123) é a situação em que o contribuinte, com o objetivo de reduzir sua carga tributária, pratica atos ou negócios jurídicos lícitos com abuso na subsunção da norma tributária ao fato concreto.

Dentro do tema releva mencionar a lição de Hermes Marcelo Huck (São Paulo: Saraiva, 1997, p. 328/329) que advoga a tese de que a liberdade negocial do indivíduo visando a redução da carga tributária não pode levar à prática de simulação e abuso de direito. O autor defende o combate à elisão abusiva haja vista que os negócios jurídicos perpetrados sem conteúdo econômico visando tão somente à supressão ou redução de tributos configuram ato ilícito.

ABUSO DE DIREITO

Releva perceber que, entre a ilicitude da evasão e a eficácia de um planejamento fiscal regular, existe uma zona cinzenta onde orbita o abuso de direito.

O combate ao ato ilícito como violação ao ordenamento jurídico apto a causar dano a outrem se mostrou insuficiente, ao longo do tempo, para a proteção das relações privadas.

Neste diapasão o direito passou a regular o chamado abuso de direito com o desígnio de coibir os atos que, embora praticados em observância ao ordenamento jurídico, desconsideram sua finalidade e causam danos a outrem.

Neste sentido Sílvio Rodrigues (Direito Civil. Vol. 4- São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46) pronuncia-se da seguinte forma:

“O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem”

O Código Civil de 1916 trouxe, de forma tímida, no seu artigo 160, inciso I, o substrato inicial da figura do abuso de direito. Referia-se, tão somente, ao exercício regular do direito, o qual não ensejava indenização na hipótese de prejuízo causado a terceiros. O raciocínio inverso levava ao entendimento que o exercício irregular do direito gerava necessariamente o direito de ressarcimento.

O novo estatuto civil promulgado em 2002 positivou a teoria do abuso de direito no artigo 180 nos seguintes termos:

“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

Conforme anota Farias e Rosendal (Curso de Direito Civil. Parte Geral, 10^a ed., 2012, Juspodium, p.681) o legislador brasileiro se inspirou no artigo 334 do Código Civil de Portugal que prevê que: *“ é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.*

A doutrina diverge, em alguns aspectos, sobre a definição de abuso de direito. Para Paulo Nader (Curso de Direito Civil. Parte Geral- vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.553) *“abuso de direito é espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo”.*

Caio Mário da Silva Pereira (Instituições de Direito Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.673) leciona que: *“Não se pode, na*

atualidade, admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em causa de prejuízo alheio. Não é que o exercício do direito, feito com toda regularidade, não seja razão de um mal a outrem. Às vezes é, e mesmo com frequência. Não será inócua a ação de cobrança de uma dívida, o protesto de um título cambial, o interdito possessório que desaloja da gleba o ocupante. Em todos os casos, o exercício do direito, regular, normal, é gerador de um dano, mas nem por isso deixa de ser lícito o comportamento do titular, além de moralmente defensável. Não pode, portanto caracterizar o abuso de direito no fato de seu exercício causar eventualmente um dano ou motivá-lo normalmente, porque o dano pode ser o resultado inevitável do exercício, a tal ponto que este se esvaziaria de conteúdo se a sua utilização tivesse de fazer-se dentro do critério da inocuidade”.

Divergem os estudiosos do tema sobre a necessidade do elemento culpa para a responsabilização pelo abuso de direito. Deste debate surgiram duas teorias.

Pela teoria subjetiva, também denominada teoria dos atos emulativos, defendida por Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil. Parte Geral. São Paulo, 2007, p.335-336), somente haverá a referida responsabilização se aquele que praticou o ato lesivo, o fez com o desígnio de lesar outrem.

É possível detectar resquícios desta teoria no Novo Código Civil, no artigo 1228, que prevê que “*são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem*”.

Entretanto a doutrina majoritária defende que o código civil de 2002 adotou a teoria objetiva, sendo prescindível o elemento culpa para a responsabilização do ato abusivo.

Ressalte-se que a I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal produziu o Enunciado 37 acerca do artigo 187 do Código Civil, *ipse litteris*:

“A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

A doutrina aponta alguns requisitos caracterizadores do ato abusivo. Paulo Nader, estudioso do tema, elenca, dentre outros, os seguintes requisitos:

Titularidade do direito. O autor do ato abusivo deve necessariamente deter o direito subjetivo, mesmo que exercitável por terceiros subordinados.

Exercício irregular do direito. O agente ao praticar ato ou negócio jurídico transcende o uso necessário de seu direito.

Rompimento dos limites impostos. O agente ultrapassa os limites do seu direito contrariando os fins econômicos e sociais concebidos pelo legislador.

Violação do direito alheio. Se faz necessária a violação do direito de outrem ensejando prestação jurisdicional adequada.

Nexo de causalidade. A conduta abusiva do agente deve obrigatoriamente ensejar a lesão ao direito de outrem.

Diante da doutrina e jurisprudência dominantes, defensores da desnecessidade do elemento culpa no abuso de direito é possível inferir

que as sanções aplicadas nesta hipótese não se restringem ao dever de indenizar.

Em virtude de sua autonomia, o abuso de direito enseja a aplicação de outras diversas espécies de sanção, devendo o juiz analisar e adotar a medida judicial mais eficaz ao caso concreto.

Portanto o ato ou negócio jurídico realizado com abuso de direito pode ensejar a sua invalidade, a sua ineficácia, a tutela inibitória do abuso, permanecendo ao prudente arbítrio do juiz a escolha da prestação jurisdicional adequada.

SIMULAÇÃO

Da simulação, tal como adverte o magistério de Luís Cabral de Moncada *“entende-se o ato de alguém que, conscientemente e com a conivência de outra pessoa, a quem a sua declaração é dirigida, faz conter nesta, como vontade declarada, uma coisa que nenhuma delas quer, ou coisa diversa daquela que ambas querem”*.

Nas palavras de Gustavo Tepedino (Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Vol. 1. Renovar 2004, p. 312/313):

“Tem-se a celebração de um negócio que aparentemente está de acordo com a ordem jurídica que o disciplina, mas que, em verdade, não visa ao efeito que juridicamente deveria produzir, por se tratar de uma declaração enganosa de vontade”.

Consoante a doutrina adverte, na simulação verifica-se uma discrepância entre a vontade real e a declarada pelas partes na realização de negócio jurídico com o desiderato de ludibriar terceiros

O novo Código Civil, no artigo 167, dispõe sobre o tema nos seguintes termos:

“ É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

Parágrafo 1º:

“ Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I-aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II-contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III-os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós datados”.

Parágrafo 2º:

“Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado”.

O Código Civil de 1916 também dispunha sobre o tema:

“Artigo 102. Haverá simulação nos atos jurídicos em geral:

I-Quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem, ou transmitem:

II-Quando contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III-Quando os instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados”.

Note-se que o Novo Código Civil considera a simulação hipótese de nulidade, diversamente do regime anterior que a elencava como causa de anulação dos negócios jurídicos. A inovação se deu em razão de que na simulação não há deficiência do elemento volitivo, como ocorre no erro ou no dolo. Destarte, os agentes simuladores agem conscientemente buscando, com a realização do negócio, infringir a lei ou direito de outrem.

SIMULAÇÃO E ELISÃO FISCAL

Note-se que na simulação ocorre um ilícito tributário consistente na pactuação de algo distinto do que efetivamente se deseja, com o desígnio de obter vantagem econômica. Conforme detalhado anteriormente na elisão o contribuinte busca estruturar seus negócios trilhando caminhos fiscalmente menos onerosos. Releva perceber que na conduta elisiva o agente pratica atos que possuem plena correspondência com o resultado almejado e se encontram em consonância com as normas vigentes.

A questão que intriga os estudiosos é fixar o marco divisório entre o planejamento que resulte em economia legítima de tributos e a conduta, visando igualmente a redução ou supressão de tributos, considerada abusiva ou ilegal e, portanto, insuscetível de produzir o resultado pretendido pelo contribuinte.

SIMULAÇÃO E DISSIMULAÇÃO

Dissimular tem sua origem do latim *dissimulatio*, que significa *ocultação*.

Nas palavras de Ricardo Mariz de Oliveira (Reinterpretando a norma de antievasão do parágrafo único art. 116 do Código Tributário Nacional. RDDT Nº 76, Janeiro/02, p.81/101):

“simular significa aparentar algo que não existe, e dissimular significa esconder algo que existe. Simular tem um componente no ato externo, de pura e simplesmente criar a aparência, ao passo que dissimular tem um componente negativo no ato externo de esconder o interior real. (...) Com efeito, o termo dissimular, empregado na sua acepção certa, segundo a linguagem comum, e no seu sentido técnico segundo o direito privado, revela que o dispositivo trata de levantar o véu do disfarce para descobrir a verdade, ou mais especificamente, de desconsiderar o ato dissimulatório para encontrar o verdadeiro fato gerador, tal como previsto na respectiva descrição legal.”

Simular é fingir um ato que não ocorreu. Trata-se de um fantasma. Por sua vez a dissimulação é uma máscara. Existe mais esconde a realidade.

Note-se que o ato simulado não possui correspondência com o negócio que as partes realmente estão praticando. Como exemplo, as partes têm interesse na realização de uma compra e venda mas realizam uma doação visando ocultar o pagamento do preço.

SIMULAÇÃO, ABUSO DE FORMA E ABUSO DE DIREITO

Questão que desafia a doutrina é a linha divisória entre os caminhos percorridos pelo contribuinte com economia legítima de tributos e aqueles cujo manejo caracterizaria conduta ilícita.

Diversas vertentes doutrinárias surgiram tentando estabelecer critérios para a aferição das condutas lícitas e ilícitas por parte do contribuinte que, economiza ou suprime o tributo.

Nas palavras de LUCIANO AMARO (Direito Tributário Brasileiro, 15ª Edição, Saraiva, 2009, p. 230):

“Se a atuação do indivíduo percorre trilhas lícitas (no pressuposto de que, por outras sendas, seria tributado), diz-se que ele procedeu à evasão lícita, ou elisão, ou economia de imposto. Ao contrário, se, na tentativa de encontrar um percurso livre de ônus fiscais, o indivíduo adotou um roteiro ilegal, diz-se que ele praticou evasão ilegal (ou evasão, tout court).

Neste contexto reveste-se de indiscutível relevância a análise do abuso de forma, abuso de direito e simulação visando compreender em que circunstâncias o meio utilizado pelo contribuinte é lícito ou ilícito sob o prisma do direito tributário.

Curial ressaltar-se a posição do aludido autor (Direito Tributário Brasileiro, 15ª Edição, Saraiva, 2009, p. 231/234) nos seguintes termos:

“ O abuso de forma consistiria na utilização, pelo contribuinte, de uma forma jurídica atípica, anormal ou desnecessária, para a realização de um

negócio jurídico que, se fosse adotada a forma normal, teria um tratamento tributário mais oneroso. Em certa medida confundindo-se com o abuso de forma, o abuso de direito traduzir-se-ia em procedimentos que, embora correspondentes a modelos abstratos legalmente previstos, só estariam sendo concretamente adotados para fins outros que não aqueles que normalmente decorreriam de sua prática. Já a simulação seria reconhecida pela falta de correspondência entre o negócio que as partes realmente estão praticando e aquele que elas formalizam. As partes querem, por exemplo, realizar uma compra e venda, mas formalizam (simulam) uma doação, ocultando o pagamento do preço. Ou, ao contrário, querem este contrato, e formalizam o de compra e venda, devolvendo-se (de modo oculto) o preço formalmente pago. A teoria do abuso de forma (a pretexto de que o contribuinte possa ter usado uma forma anormal ou não usual, diversa da que é geralmente empregada deixa ao arbítrio do aplicador da lei a decisão sobre a normalidade da forma utilizada. Veja-se que o foco do problema não é o da legalidade (licitude) da forma, mas o da normalidade, o que fere, frontalmente, os postulados da certeza e da segurança do direito. Sempre que determinada forma fosse adotada pelo contribuinte

para implementar certo negócio, ele teria de verificar se aquele modelo é o que mais frequentemente se utiliza para a realização daquele negócio; o critério jurídico seria substituído pelo critério estatístico, e as variadas formas que o direito criou para instrumentar as atividades econômicas dos indivíduos seriam reduzidas a uns poucos modelos que fossem validados fiscalmente. Parece-nos que, se a forma utilizada pelo contribuinte for lícita (vale dizer, prevista ou não defesa em lei), ela não pode ser considerada abusiva, o que traduziria uma contradição. (...) A invocação do abuso de direito leva ao mesmo problema. Se o direito é utilizado para tingir os fins civis ou comerciais que normalmente a ele estão associados, seu exercício não é questionado. O mesmo não se daria quando o direito fosse exercido com o objetivo de obter vantagem fiscal que, de outro modo, não se teria; nessa perspectiva, estaríamos diante do abuso de direito, e o Fisco não estaria obrigado a aceitar os efeitos fiscais que decorreriam da questionada conduta... Não vemos ilicitude na escolha de um caminho fiscalmente menos oneroso, ainda que a menor onerosidade seja a única razão da escolha desse caminho. Se assim não fosse, logicamente se teria de concluir pelo

absurdo de que o contribuinte seria sempre obrigado a escolher o caminho de maior onerosidade fiscal. Há situações em que o próprio legislador estimula a utilização de certas condutas, desonerando-as. Não se diga que é ilícito adotá-las. Nem se sustente que elas podem ser adotadas porque o legislador as ungiu de modo expresse. Quer a lei as tenha expressamente desonerado, quer sua desoneração decorra de omissão da lei, a situação é a mesma. (...) O problema resvala, em última análise, para a apreciação do fato concreto e de sua correspondência com o modelo abstrato (forma) utilizado. Se a forma não refletir o fato concreto, aí sim teremos campo para desqualificação da forma jurídica adotada. Isso nos leva, com Sampaio Dória, para o campo da simulação. Esta, uma vez comprovada, autoriza o Fisco a determinar os efeitos tributários decorrentes do negócio realmente realizado, no lugar daqueles que seriam produzidos pelo negócio retratado na forma simulada pelas partes”.

CONCLUSÃO

Impende verificar que a norma antielisiva consubstanciada no parágrafo único do artigo 116, do CTN, instituída pela lei complementar 104 de 10 de janeiro de 2001 autoriza o Fisco a identificar a ocorrência do fato gerador mascarado por ato ou negócio jurídico cujos efeitos trariam

redução da tributação. Entretanto esta norma teve sua constitucionalidade questionada na ADI 2446 razão pela qual sua aplicabilidade encontra-se suspensa.

Não obstante cabe ponderar que a análise da validade ou ineficácia dos negócios jurídicos simulados ou abusivos pode e deve ser judicializada através de ações promovidas pelos órgãos de representação dos Entes Federativos.

A autoridade fazendária, ao detectar, no curso da ação fiscal, operações eivadas de vícios desta natureza deverá provocar a Autoridade Judiciária a desconstituir ou declarar a ineficácia do negócio praticado em prejuízo ao erário público desde que reconhecida a prevalência dos preceitos de Justiça Fiscal sobre a liberdade negocial do contribuinte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERRAGUT, Maria Rita. Processo Administrativo Fiscal- Volume VI, “Os planejamentos fiscais em face da norma geral antielisão constante da Medida Provisória nº 66/2002: Inconstitucionalidade e Procedimento Administrativo de Desconstituição de Atos e Negócios Jurídicos”. São Paulo: Ed. Dialética, 2002, p.99.

XAVIER, Alberto “A Norma Geral Antielisão da MP nº 66/02 e a Tributação por Analogia: Uma brutal agressão ao princípio da legalidade”. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br.

BALEEIRO, Aliomar, Uma Introdução à Ciência das Finanças. 14º Volume. Forense, 1990, p. 152; 153).

AMARO, Luciano da Silva. IR: Limites da Economia Fiscal. Planejamento Tributário. RDT nº 71.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. Malheiros, 2007, p. 159

GODOI, Marciano Seabra de. A figura da fraude à lei tributária prevista no artigo 116, parágrafo único, do CTN. RDDT, nº 68, maio/01, p. 101/123.

HUCK, Hermes Marcelo. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 328/329.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Vol. 4- Responsabilidade Civil. Saraiva, 2003, p. 45/46.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral, 10ª Edição, 20123, Editora Juspodium, p. 681.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Parte Geral-vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.553.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.673.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Vol: Parte Geral. São Paulo, 2007, p.335-336.

TEPEDINO, Gustavo, Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Vol. 1. Renovar 2004, p. 312/313.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Reinterpretando a norma de antievasão do parágrafo único art. 116 do Código Tributário Nacional. RDDT Nº 76, Janeiro/02,0p.81/101.

AMARO, Luciano, Direito Tributário Brasileiro, 15ª Edição, Saraiva, 2009, p. 230/234.

AMARAL, Paulo Adyr Dias do. Revista Dialética de Direito Tributário nº80. “Analogia em Direito Tributário-Interpretação

Econômica e Norma Geral Antielisiva”. São Paulo: Ed. Dialética, 2002, pp. 87 a 95.

XAVIER, Alberto, Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva, 1ª reimpressão da edição publicada em 2001, São Paulo: Ed. Dialética, 2002, p.52.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, realizado pela Escola de Administração Fazendária-ESAF, em Brasília.

FALCÃO, Amílcar Araújo. Introdução ao Direito Tributário. Rio de Janeiro: FGV, 1961.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A interpretação econômica no direito tributário. São Paulo: Resenha Tributária, 1982 p.18-24.

RIBEIRO, Ricardo Lodi, Revista Tributária e de Finanças Públicas nº44, p.14.

SARMENTO, Daniel, Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho, Ed. Forum, p.511.

FELDMAN, Stephen M. American Legal Thought from Pre-Modernism to Postmodernism: an Intellectual Voyage, p. 105-115.

TORRES, Ricardo Lobo. Princípio da tipicidade no direito tributário. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2004, pp. 193-232.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Teoria da imposição tributária. São Paulo: Saraiva, 1983, p.185.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 200.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, ed. 2004, pg. 129.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 4ª Edição- São Paulo: Ed. Noeses, 2007.

PAULSEN, Leandro. Constituição e Código Tributário á luz da doutrina e da jurisprudência. 12ª Edição. 2010- Porto Alegre- Ed. Livraria do Advogado.

DENARI, Zelmo, Curso de Direito Tributário, 8ª Edição. 2002- São Paulo- Ed. Atlas.

ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORIA PÚBLICA

JOSÉ ANDERSON FONSECA RAMOS:
Estudante de Contabilidade

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar as dificuldades apresentadas pelo público com relação ao acesso à justiça, mostrando assim que a justiça pública é um processo lento e demorado, o que muitas vezes leva anos para a resolução de determinado problema, isso quando são realmente resolvidos, infelizmente ainda existe a questão da diferenciação no atendimento de quem tem condições de pagar um bom advogado e dos que esperam pela justiça gratuita.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça, Justiça pública, dinheiro, dificuldades

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a questão das dificuldades enfrentadas pelo público com relação ao acesso à justiça, de modo que nem todo tem facilidade na resolução de problemas jurídicos, sendo assim é importante lembrar que para se ter acesso a um serviço público de qualidade o homem precisa ter conhecimento dos seus direitos quanto cidadão, não podendo esquecer de cumprir com seus deveres, o que é preciso para que assim ele tenha direitos garantidos, mais infelizmente nem todo serviço público tem qualidade, e com relação a justiça não seria diferente, talvez por se tratar de uma mão de obra mais barata e conseqüentemente o trabalho também não é de qualidade, mas para cada caso há uma exceção, não é porque o serviço é público que ela não tem

qualidade, isso depende do Estado e da qualificação dos profissionais atuantes na área.

I- AS DIFICULDADES NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS PERANTE A JUSTIÇA

O acesso à justiça precisa ser garantido por todos, o direito de viver livre e ter seus direitos garantidos como homem, onde a justiça humana deve sempre existir, independente da classe social da pessoa que passa por determinada dificuldade, pois quando ele não tem dinheiro suficiente para pagar um advogado, o estado precisa ter disponível um advogado para cuidar de determinada causa, lutando assim por uma sociedade mais justa e igualitária.

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos de todos. [...] O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. (CAPPELLETTI; 1988, p.12-13)

Os direitos do homem é ser livre e ter sempre direitos garantidos perante a justiça, já que o papel do juiz é defender as causas justas, sancionando assim as leis existentes, buscando acima de tudo seguir o que está escrito como normas.

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo –

foi a assistência judiciária; a segunda onda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” [...] (CAPPELLETTI; 1988, p. 31).

A assistência aos clientes por parte dos advogados e juízes devem sempre existir, já que é quando alguém decide estudar direito ele está colocando em suas mãos a luta pelos direitos e pela paz e tranquilidade da sociedade, onde todos podem viver em paz.

II- A JUSTIÇA GRATUITA

A justiça independente de ser ou não gratuita precisa ser justa e seguir as leis, os juízes devem desempenhar seu papel de forma tradicional, buscando resultados positivos com relação aos acontecimentos diários na sociedade em que vivemos, os advogados e juízes precisam ser justos e competentes acima de tudo.

Se os juízes devem desempenhar sua função tradicional, aplicando, moldando, e adequando leis complicadas a situações diversas, com resultados justos, parece que advogados altamente habilitados e procedimentos altamente estruturados continuarão a ser essenciais” (CAPPELLETTI, 1998, p.29-30).

Ser juiz é ter em suas mãos o poder de lutar por uma sociedade mais igualitária, onde mesmo sem pagar o homem venha a ter seus direitos garantidos, a igualdade precisa existir.

III- AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELO HOMEM NA BUSCA POR SEUS DIREITOS

Ter acesso a justiça no âmbito público é algo complicado e difícil de lidar, porém a pessoa que busca a justiça pública precisa ter conhecimentos dos direitos humanos de forma que se saiba quais são seus direitos e deveres perante a justiça, pois quando o homem tem conhecimentos e argumentos convincentes sobre determinado assunto fica mais fácil resolver determinados problemas.

O juiz constitucional já não interpreta no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo, as formas de participação ampliam-se acentuadamente. Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juízes são muitos os interpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, interpretes da constituição. (MAXIMILIAN, 1920, p.41).

O juiz precisa seguir aquilo que manda a constituição, já que é lei precisa ser seguida, o tempo para a resolução de um problema judicial muitas vezes é lento, mas é preciso não desistir nunca dos objetivos.

CONCLUSÃO

O homem precisa lutar por seus direitos, mas para isso é preciso cumprir os deveres, vale lembrar que o processo constitucional de defensoria públicas as vezes demora muito, mas não podemos desistir de nossos objetivos e melhor de nossa defesa, como seres humanos precisamos aprender a lidar com as dificuldades e acima de tudo buscar

um conhecimento pautado em referenciais teóricos para que assim possamos ter argumentos suficientes para convencer qualquer pessoa que determinados direitos existem e precisam ser preservados, onde independente de uma defesa ser pública ou particular ela precisa existir e o trabalho precisa ser prestado da mesma forma e com a mesma atenção, para os clientes particular ou públicos.

REFERÊNCIAS:

CAPPELETTI, Mauro e **GARTH**, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

MAXIMILIAN Karl Emil Weber (Erfurt, 21 de Abril de 1864 — Munique, 14 de Junho de 1920).

CNJ NÃO PODE DESTINAR 20% DAS VAGAS DOS CONCURSOS DO JUDICIÁRIO PARA NEGROS

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

O Conselho Nacional de Justiça aprovou no último dia 9 de Junho (2015) a criação de cotas de 20% para negros e pardos autodeclarados em concursos do Poder Judiciário.

A nova resolução do CNJ que fixa essas cotas é escorada na Lei 12.990/2014, no Estatuto da Igualdade Racial, na ADPF 186/Distrito Federal, no Primeiro Censo do Poder Judiciário e em várias deliberações anteriores do próprio CNJ.

Acontece que o vício de inconstitucionalidade formal da presente norma é manifesto. Nem o CNJ, muito menos a via de resolução, atendem ao disposto no texto da Constituição Federal sobre a iniciativa legiferante e a espécie normativa para dispor sobre ingresso na carreira de juiz substituto.

O Art. 93, Inciso I, da Constituição prescreve ser reservado somente à Lei Complementar regular o Estatuto da Magistratura e, assim, diretamente o próprio ingresso na carreira de juiz mediante concurso público de provas e títulos. Lei Complementar que, como se sabe, deve ser aprovadas por maioria absoluta do Congresso Nacional, após discussão e debates em cada uma de suas Casas legislativas, através de seus Deputados e Senadores eleitos pela vontade do povo.

O vigente Estatuto da Magistratura dispõe o seguinte sobre o ingresso na carreira de juiz de direito no País, esgotando a matéria:

“TÍTULO V

Da Magistratura de Carreira

CAPÍTULO I

Do Ingresso

Art. 78 - O ingresso na Magistratura de carreira dar-se-á mediante nomeação, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado com a participação do Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1º - A lei pode exigir dos candidatos, para a inscrição no concurso, título de habilitação em curso oficial de preparação para a Magistratura.

§ 2º - Os candidatos serão submetidos a investigação relativa aos aspectos moral e social, e a exame de sanidade física e mental, conforme dispuser a lei.

§ 3º - Serão indicados para nomeação, pela ordem de classificação, candidatos em número correspondente às vagas, mais dois, para cada vaga, sempre que possível.

Art. 79 - O Juiz, no ato da posse, deverá apresentar a declaração pública de seus bens, e prestará o compromisso de desempenhar com retidão as funções do cargo, cumprindo a Constituição e as leis”.

Como se vê, o Estatuto da Magistratura, bem ou mal, nada dispõe sobre qualquer tipo de cota racial para concurso público de ingresso na

carreira de juiz. Esse diploma pode ser emendado respeitando-se o processo legislativo constitucional ou mesmo revogado dando lugar a nova Lei Complementar para se estabelecer a criação de cotas para negros e pardos autodeclarados. Mas resolução do CNJ, nem de longe, não possui essa força legislativa.

Outrossim, a iniciativa e discussão da matéria não cabe ao CNJ, mas, sim, ao Supremo Tribunal Federal, por força do próprio Art. 93 da Constituição. Somente os Eminentes Ministros do STF, Magistrados vitalícios, podem deflagrar o processo legislativo sobre Estatuto da Magistratura e, assim, o próprio ingresso na carreira de juiz mediante concurso público de provas e títulos. Ao Conselheiro do CNJ, investido de mandato de dois anos, é vedado constitucionalmente iniciar projeto de Lei Complementar dispondo sobre o Estatuto da Magistratura.

As regras do Estado Democrático de Direito, aqui, não podem ser vencidas. O CNJ quando estabelece política de cotas via resolução vai na contramão da Constituição Federal. O vício de iniciativa, assim como o da espécie normativa eleita, são flagrantemente inconstitucionais.

O CNJ pode muito, mas não pode tudo. A supremacia da Constituição Federal, o império da lei, a separação dos Poderes e o respeito ao Parlamento não podem ceder a nada e a ninguém. Em um passado não muito distante na História regimes totalitários nasceram a partir de ocasionais licenças legislativas para atender à uma suposta necessidade popular.

Cotas para negros e pardos autodeclarados em concursos do Judiciário sim, sempre, até atingirmos um patamar de igualdade racial

pleno e inquestionável. Mas, jamais em desacordo com a Constituição Federal e a lei.

Nas palavras do Eminentíssimo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, *in verbis*:

“As disposições da Lei Orgânica da Magistratura constituem um regime jurídico único para os magistrados brasileiros. Esse sistema normativo nacional está amparado em duas razões. Em primeiro lugar, o Poder Judiciário é um Poder nacional e, assim, seus membros devem estar submetidos a regras uniformes. Em segundo lugar, é possível vislumbrar que a alternativa de caracterização das normas da LOMAN como meramente programáticas ou não vinculantes para o legislador e o judiciário estaduais abriria uma via perigosa para a concessão ilimitada de privilégios e, ao fim e ao cabo, poderia dar ensejo a um quadro instável de ‘troca institucional de boas vontades’ entre os Poderes locais, incompatível com a independência assegurada constitucionalmente ao Poder Judiciário” (ADI 4042).

A REMODELAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL PELO NEOCONSTITUCIONALISMO

LUCAS SALES DA COSTA: Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ex-Advogado da União. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (CE). Pós-Graduado em Processo Civil pela Faculdade Christus (CE). Pós-Graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF).

1 INTRODUÇÃO

Este texto examina uma marcante consequência do neoconstitucionalismo: a redefinição do conceito de jurisdição, com todas as implicações que resultam do fato de que o Judiciário, nestes novos tempos, é, cada vez mais, encarregado de desempenhar um papel proativo e transformador, afastando-se, assim, do caráter tecnicista e neutro que antes lhe era característico.

2 DESENVOLVIMENTO

A definição tradicional de jurisdição, assente no poder-dever conferido ao juiz de dizer o direito (*juris + dictum*) no caso concreto que lhe chega à apreciação, representou, durante um bom tempo, desde o fim do século XIX, o núcleo da clássica teoria da relação jurídica processual.

Tal pensamento produziu o conceito de relação jurídica com base em seu caráter geral e abstrato, ínsito à conhecida tríplice que autor, réu e juiz formam no entrave processual. Estabeleceu-se a jurisdição, portanto, afirma Theodoro Júnior (2008, p. 40), “como o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de

formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.

O esquema do vínculo jurídico que esses sujeitos representam no processo traz em seu âmago, de maneira convencional, a noção de neutralidade jurisdicional, pois a jurisdição, elemento central nesse vínculo, tem como natureza, precisamente, a abstração, a equidistância das partes, a imparcialidade, termos bem conhecidos sobretudo pelos que se dedicam ao estudo dos institutos elementares do direito processual civil. Como lembra Marinoni (2006, p.30-31):

Os processualistas que definiram essa ideia de jurisdição estavam sob a influência ideológica do modelo do Estado Liberal de Direito e, por isso, submetidos aos valores da igualdade formal, da liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas relações privadas e do princípio da separação de poderes como mecanismo de subordinação do executivo e do judiciário à lei. Na época, atuava a chamada escola exegética, que, além de ter sido influenciada pelo iluminismo, foi acentuadamente marcada pelo positivismo jurídico e, assim, pela ideia de submissão do juiz à lei. A tendência de defesa da esfera de liberdade do particular aliada à tese de que apenas a supremacia da lei seria capaz de proteger esses direitos deram naturalmente à jurisdição a função de proteger os

direitos subjetivos dos particulares mediante a aplicação da lei.

Assume relevância, nesse contexto, o Positivismo Jurídico, que ascendeu ao fim do século XIX na esteira da busca por objetividade científica, equiparando à lei o Direito, repelindo a Filosofia e os ideais de justiça que chegaram a dominar o pensamento jurídico durante a época do direito natural, cuja ideia básica consiste na convicção de haver, na sociedade, um conjunto de valores e intuítos humanos legítimos validados por uma espécie de ética superior, capaz de limitar a própria atuação estatal.

Essa concepção de jurisdição lastreava-se, pois, na teoria metodológica do Positivismo, consistente no estudo do Direito como evento social independente de considerações axiológicas ou do conteúdo material dos textos da lei. Tal modelo de compreensão do fenômeno jurídico, logo:

[...] parte da premissa metodológica de que o direito deve ser estudado enquanto fato social, independentemente das considerações valorativas que se possa fazer a seu respeito. O objeto da Dogmática Jurídica para os positivistas são as normas vigentes em um determinado Estado, em uma determinada época, pouco importando se essas normas correspondem ou não ao ideal de justiça de quem as examina. Nas palavras de Norberto Bobbio, dessa atitude frente ao fenômeno jurídico “*deriva uma particular teoria da validade do direito*, dita

teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo” (RAMOS, 2010, p. 36) (grifos do autor).

A pretensa isenção estatal culminava por esconder a vontade do Estado, que, visto como adversário da liberdade, deveria manter-se distante da esfera privada dos cidadãos. O Estado-Juiz, igualmente, por não deter qualquer responsabilidade em relação à vida dos homens, despreocupava-se com obstáculos sociais e políticos porventura oriundos da relação jurídica processual, que lhe caberia, apenas, presidir, sem valorações, sem ingerências. Criticando o legado da corrente filosófica mencionada, assinala Agra (2008, p. 433-434):

Com o escopo de vedar interferências valorativas de outros subsistemas sociais, afetando a autonomia jurídica, o positivismo repugna a utilização de vetores axiológicos na aplicação legal, em razão de que um dos cânones do positivismo é a separação entre direito e moral (...) As normas devem ser concretizadas a despeito de seu conteúdo, haja vista que o operador deve ser neutro em relação aos resultados produzidos. O princípio da neutralidade, que permeia as operações jurídicas, faz com que o aplicador não se preocupe com o conteúdo legal, bastando prestar atenção aos

requisitos formais de validade e se o *due process of law* fora seguido.

A neutralidade ou a objetividade do conceito comum de relação jurídica processual oculta as nuances individuais das partes e despreza o potencial do processo civil sobre as contingências sociais a ele circundantes. Isso resulta por afetar a ideia de legitimidade jurisdicional, pois a indiferença do pensamento processual clássico diante dos valores do justo obsta a legitimidade do próprio exercício do poder.

A crise dessa definição diz, assim, com a insuficiência do modelo liberal do direito processual civil para o entendimento da riqueza do conteúdo do processo no constitucionalismo pós-moderno, o qual modifica a Hermenêutica Jurídica e instiga uma miríade de novíssimos debates, tais como os atinentes à principiologia e aos limites e possibilidades de atuação judicial num contexto de consagração da atividade criativa do intérprete. Nesse sentido, sobre a crise do formalismo jurídico, insito ao esquema positivista:

Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da *lógica* pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da *escolha*. Típico de todas essas revoltas – representadas por várias escolas de pensamento, como a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos Estados Unidos, a *Interessenjurisprudenz* e a *Freirechtsschule* na Alemanha, e o método da *libre recherche*

scientifique de François Géný e de seus seguidores em França – foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiniana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim do juiz como mera e passiva “inanimada boca da lei”. Sublinharam essas escolas de pensamento a ilusão da ideia de que o juiz se encontra na posição de “declarar” o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, tal declaração a sua valoração pessoal. E aplicaram crítica a todas as formas de direito, tanto ao direito consuetudinário quanto ao *case law*, tanto ao direito legislativo quanto às codificações sistemáticas. Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou

talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência mostra que tal abertura sempre ou quase sempre está presente [...] (CAPPELLETTI, 1993, p. 32-33) (grifos do autor).

Impende, pois, proceder a um redimensionamento do conceito de jurisdição, a fim de desenvolver uma teoria processual compatível com o Estado constitucional contemporâneo, cujas particularidades precisam ser bem apreendidas e manejadas para que se concretizem os valores por ele objetivados.

Nessa esteira, insta absorver que a definição tradicional de jurisdição, consistente no poder outorgado ao Estado-Juiz de declarar, mediante a lógica da subsunção, a lei no caso concreto, já não se sustenta. Com efeito, muito mais que dizer o direito e criar a norma individual, hodiernamente, na linha das mudanças que o neoconstitucionalismo tem provocado ao valorizar sobremaneira as normas constitucionais diante da legislação ordinária, impõe-se ao juiz interpretar a lei conforme a

Constituição, controlar a constitucionalidade da lei e mesmo determinar seu conteúdo.

A teoria da relação jurídica processual, construída ao final do século XIX, não satisfaz a compreensão do riquíssimo grau de inovações que o direito processual civil adquire nesse cenário em que aflora o Estado Constitucional. Com o neoconstitucionalismo, na esteira da principiologia que lhe é ínsita, assume o Estado-Juiz a incumbência de efetuar um olhar social sobre a vida dos litigantes, contribuindo para legitimar o exercício do poder e, conseqüentemente, da atividade jurisdicional. Numa perspectiva claramente progressista, diz Câmara (2013, p. 75):

Inegavelmente, porém, o Estado brasileiro está mais próximo do Estado ativo que do Estado reativo. É preciso recordar, sempre, que a Constituição da República estabelece, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito (...) Vê-se, pois,, que o Estado brasileiro, qualificado pela Constituição da República como “Democrático de Direito”, é um Estado destinado à implementação da igualdade, buscando a melhoria das condições de vida das pessoas. Uma leitura do art. 1º da Lei Maior mostra bem isso, pois ali se vê que o Estado brasileiro tem, entre seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Além disso, no art. 3º da *Lex Legum* ficou estabelecido que são objetivos fundamentais do

Estado construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação. É, pois, inegável que o Estado brasileiro é *ativo*, e não reativo. O caráter ativo do Estado brasileiro faz com que para ele seja adequada a criação de um modelo processual em que não se veja no processo mero mecanismo de resolução de conflitos, mas um instrumento de realização dos objetivos do Estado. Isto não significa, frise-se, que não tenha o processo, também, o escopo de pacificar a sociedade. Isto, porém, não pode levar a que se veja no processo, perdoe-se a insistência – um *mero* mecanismo de resolução de conflitos.

A cogente sensibilidade do Judiciário com os problemas dos homens oferece uma transformação paradigmática no estudo da relação processual, porquanto já não importa a simples existência da tríplice autor-réu-juiz, que pouca coisa representa se divorciada dos valores perseguidos pelo atual constitucionalismo. Opera-se, não há como desprezar, uma reformulação profunda do direito processual.

Há de se dizer, também, que não são apenas esse cuidado axiológico e essa inclinação para o social que impõem a remodelação do exercício da função jurisdicional. É que o modelo mecânico da subsunção, consistente na aplicação de um texto legal a uma situação fática concreta

neste enquadrada, não constitui instrumento idôneo à concretização dos objetivos buscados pelo processo no neoconstitucionalismo.

Nesse ambiente de valorização de princípios e de procura por legitimar a jurisdição, perde substância a atividade de subsunção automática, inerente ao Positivismo e caracterizada pela inserção lógica de fatos em conceitos jurídicos previamente postos. Acerca desse processo de superação do modelo teórico positivista, é precisa a lição de Schier (2007, p.253-254):

Viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquema lógicos-substantivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da ideia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados linguísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição. Precisou o neoconstitucionalismo trazer a luz e as águas reparadoras ao mundo do Direito. Agora, fala-se do pós-positivismo, da inevitável intervenção da moral na solução dos casos difíceis, da técnica da

ponderação na aplicação do direito, no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica, reconhece-se certa liberdade interpretativa criativa aos magistrados, a intervenção de sua esfera de pré-compreensão no processo decisório, a união linguística entre sujeito e objeto e, dentre outras conquistas, a afirmação da especial normatividade dos princípios.

Ganha a jurisdição status de atividade primordialmente criadora, não apenas reprodutiva, despertando a inspiração e a criatividade dos juízes no processo de interpretação e aplicação do direito. Não mais se circunscreve, então, o Judiciário a declarar ou reproduzir um direito preexistente, vez que sua eminente atividade passa a ser percebida como simultaneamente cognoscitiva e criadora.

É preciso sublinhar, ainda, que é no estudo do direito constitucional – daí o enfoque a ser dado aqui à jurisdição constitucional – que a incompletude da aplicação do direito mediante a os métodos subsuntivos revela-se mais evidente, dado à baixa densidade normativa naturalmente característica dos textos constitucionais, diferentemente do modelo legal fechado e objetivo típico da jurisdição fundada nos moldes liberais.

Os novos tempos exigem, pois, da magistratura uma mais dinâmica atuação. A complexidade das causas que chegam à justiça, o pluralismo dos valores nela envoltos e a abundância de conteúdo dos conceitos jurídicos indeterminados subvertem os elementos convencionais da atividade jurisdicional, acostumada a decisões uniformes de

consideravelmente fáceis resolução e conformismo. No tocante a esses desafios a serem enfrentados pela nova interpretação constitucional, adverte Barroso (2009, p. 309):

Esses novos papéis reconhecidos à norma, ao problema e ao intérprete decorrem de fatores diversos, dentre os quais se podem assinalar: i) a melhor compreensão de fenômenos que sempre existiram, mas não eram adequadamente elaborados; ii) a maior complexidade da vida moderna, assinalada pela pluralidade de projetos existenciais e de visões de mundo, que comprometem as sistematizações abrangentes e as soluções unívocas para os problemas. Em razão dessas circunstâncias, a nova interpretação precisou desenvolver, reavivar ou aprofundar categorias específicas de trabalho, que incluem a atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, a colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

A jurisdição assume contornos prospectivos, distintos do mero papel estabilizador e assecuratório das relações jurídicas estabelecidas. Com as importantes atribuições paulatinamente conferidas ao Poder Judiciário, no afã de manter o equilíbrio do jogo democrático, engendrar programas positivos no seio social e servir de contrapeso às injunções eventualmente violentadoras do Estado de Direito, convém afastar a concepção liberal-individualista voltada a compreender a atividade

jurisdicional tão apenas como instrumento de controle de conflitos, de observância dos dispositivos legais e de preservação da segurança jurídica.

Tal visão não atende aos clamores de uma sociedade que se encontra sob a égide de um Estado Democrático de Direito, cuja função prospectiva, antes de se limitar a estabilizar as relações sociais e políticas vigentes, almeja transformações e progresso, tudo isso consubstanciado na dignidade da pessoa humana, fim e fundamento da Carta da República e cuja realização deve o Judiciário, igualmente, perseguir.

Reforça-se a necessidade de redimensionar o conceito de jurisdição a partir da constatação de que, nos presentes anos, outro norte deve ser buscado, a conceber nossa Justiça mais como meio de direção e promoção social, de correção de desigualdades e consecução de equilíbrio nas relações socioeconômicas que como instrumento tecnicista de garantia de certeza e segurança de direitos já tão historicamente declarados em nossos ordenamentos, objetivando-se

[...] a transformação do juiz num legislador ativo e criativo, consciente de que a justiça não pode ser reduzida a uma dimensão exclusivamente técnica, devendo ser concebida como instrumento para a construção de uma sociedade verdadeiramente justa, [...] capaz de identificar e esclarecer o significado político das profissões jurídicas, possibilitando-lhes assim um distanciamento crítico e uma clara consciência das

inúmeras implicações de suas funções em sociedades fortemente marcadas pelo crescente descompasso entre a igualdade jurídico-formal e as desigualdades socioeconômicas (FARIA, 1989, p. 96-97).

Urge, assim, remodelar a definição tradicional de jurisdição. Seu consagrado conceito como a atividade estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, no intuito de pacificar um conflito, é manifestamente insatisfatório. Exige-se muito mais.

Novos institutos surgem, e outros se reestruturam, ocasionando uma revolução na interpretação tradicional do direito, adepta do modelo positivista, em que o papel da jurisdição reduz-se, quase em sua totalidade, a uma função de conhecimento técnico. Sob esse olhar, assevera Neves (2010, p.4)

Tradicionalmente a jurisdição (*juris-dicção*) era entendida como a **atuação da vontade concreta do direito objetivo** (Chiovenda), sendo que a doutrina se dividia entre aqueles que entendiam que essa atuação derivava da sentença fazer concreta a norma geral (Carnelutti) ou criar uma norma individual com base na regra geral (Kelsen). Contemporaneamente, notou-se que tais formas de enxergar a jurisdição estavam fundadas em um positivismo acrítico e no princípio da supremacia da lei, o que não mais atendia as exigências de justiça do mundo atual. Dessa forma, autorizada doutrina passa a afirmar que

a jurisdição deveria se ocupar da criação no caso concreto da norma jurídica, resultado da aplicação da norma legal à luz dos **direitos fundamentais** e dos princípios constitucionais de justiça. Reconhece ainda essa nova visão da jurisdição que não adianta somente a edição da norma jurídica (*juris-dicção*), sendo necessário tutelar concretamente o direito material, o que se fará pela execução (*juris-satisfação*) (grifos do autor).

Enfim, a sistemática da Hermenêutica Jurídica modifica-se, bem como seus sujeitos, fazendo surgir uma nova maneira de interpretar o fenômeno da jurisdição, com todas as implicações que disso resultam: dinamismo, ativismo, prospecção, compromisso, desafios, escolhas, concessões. Não há mais espaço para a jurisdição acrítica e meramente declaratória, isolada em si mesma e indiferente ou mesmo refratária à realidade que lhe subjaz. A jurisdição e o processo passam a ser compreendidos como instrumentos voltados à realização de valores sociais e políticos, consubstanciados, outrossim, em ideias de ética e justiça.

A temática do direito de acesso à justiça converte-se na temática do acesso à ordem jurídica justa, pois não se cuida apenas de viabilizar-se o acesso ao processo, mas também a remoção dos entraves à efetivação da justiça e do bem comum. A jurisdição, então, mais esperada, é, igualmente, mais desafiada nesse modelo processual de bem-estar social que caracteriza o processualismo contemporâneo. Sob esse prisma, aduz Mancuso (2014, p. 127-128):

No contemporâneo Estado Social de Direito cada magistrado deve estar imbuído de sua condição de *agente* político, engajado no esforço comum pela melhor qualidade de vida da coletividade e do bem-estar social (*Welfare State*), assim como contribuindo, com seu esforço e dedicação, para a composição dos conflitos, em modo justo, a baixo custo e em tempo razoável (...) É dizer, hoje não mais se consente um juiz acomodado em antigas posturas de isenção e distanciamento, desconectado da realidade de uma sociedade massificada e conflitiva, em verdade não protegida, mas praticamente acuada, de um lado pelo crescimento da violência em suas diversas formas, e, de outro, por um Estado-leviatã, meramente fiscalizatório e arrecadador. Nesse panorama, abre-se espaço legítimo para a intercessão do Judiciário, de quem se espera uma nova postura, que contribua para amenizar as prementes injustiças sociais, por meio de decisões engajadas e corajosas.

Mudam-se as contingências, mudam-se as instituições. Os tempos são outros, e outro deve ser o olhar sobre os modelos jurídicos que balizam a atuação do poder público no seu cuidado com os cidadãos, mormente em se tratando de uma atividade inclinada a conseguir a pacificação social. A relação jurídica processual, em absoluto, já não é mais a mesma, nem a mesma de outrora é a jurisdição.

Já se pode, neste ponto, perceber que, na esteira da remodelação dos elementos da atividade jurisdicional, a interpretação jurídica tradicional também se transforma. Nela, como se viu, caberia ao juiz tão somente identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável à espécie, revelando a solução nela contida a partir das respostas integralmente contidas no sistema jurídico e por meio de uma função técnica e objetiva de conhecimento.

O modelo utilizado era, sabe-se, o da subsunção: identificada a norma aplicável ao caso concreto, enquadrava-se o fato na descrição da regra jurídica, pronunciando-se, posteriormente, a conclusão, num raciocínio silogístico.

Com o neoconstitucionalismo e o redimensionamento do conceito de jurisdição que ele acarreta, passa-se a constatar que a solução para os problemas jurídicos nem sempre se depreende do relato frio e abstrato do enunciado legal. A disposição normativa, realmente, significa mais do que simples palavras soltas, afluindo, aí, a relevante distinção entre o texto da lei e a norma dele constante:

Parece haver um elevado grau de consenso de que *texto e norma não* são a mesma coisa (...) O texto é um evento. Texto é fato; fato é texto. Gadamer diz que a interpretação não se limita aos textos e à compreensão histórica que neles se deve alcançar; todas as estruturas de sentido concebidas como textos, desde a natureza passando pela arte, até as motivações conscientes ou inconscientes da ação humana, são suscetíveis de interpretação. E esse

texto (que é evento) somente é “algo” (*etwas als etwas*) no seu sentido, na sua enunciação, isto é, na sua norma. que hoje se constata é que os magistrados, longe de meramente declarar ou reproduzir um direito preexistente, contribuem para a sua configuração, entretanto, não de forma livre ou inteiramente desvinculada e sim a partir do texto a aplicar, cujo teor normativo resulta, precisamente, da atividade de concretização. Um dos pilares em que se assenta a Hermenêutica Jurídica na atualidade é, efetivamente, a distinção entre o texto normativo (o dispositivo ou enunciado) e o seu conteúdo (a norma, preceito ou disposição), sendo aquele o objeto da interpretação e este o seu resultado (STRECK, 2014, p. 346).

A preeminência normativa da Constituição, corolário da noção de filtragem constitucional, trouxe novas dificuldades ao juiz, que se torna coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, definindo conteúdo de sentido para cláusulas abertas e realizando escolhas entre múltiplas possibilidades de solução.

Diferentes categorias de trabalho aparecem, conseqüentemente, para o uso do exegeta nesse contexto de uma nova interpretação: as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação, dentre as quais se tecerão, adiante, alguns comentários.

As chamadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados são termos ou expressões de textura aberta, de baixa densidade normativa, revestidas de plasticidade e de um início de conteúdo a ser integrado pelo intérprete conforme as contingências do caso concreto. Como o texto em abstrato não possui satisfatoriamente os elementos de sua integração, precisa o juiz valorar fatores objetivos e subjetivos presentes no contexto fático, a fim de definir o sentido e o alcance da norma.

Logo, a função do intérprete não mais deve circunscrever-se a avaliar o enunciado legal, dado à insuficiência deste para a concreta aplicação do direito posto, bastando lembrar a vagueza de expressões como “boa-fé, ordem pública e interesse social”.

Nesse ponto, revelam-se importantes as considerações práticas de Dimoulis e Martins (2008, p. 61-62) sobre a abstração e a generalidade das formulações dos textos constitucionais e sobre as relações entre direito constitucional e infraconstitucional:

Usemos um exemplo. A Constituição garante o direito de herança (art. 5º, XXX). Suponha-se que uma futura reforma do Código Civil estabeleça que o cônjuge não pode herdar mais de 30% do valor total dos bens do cônjuge falecido, sendo que 60% será herdado por parentes consanguíneos da pessoa falecida e o restante 10% seria destinado ao Estado. Essa norma oferece uma orientação concreta, garantindo, sob determinados limites, o direito à herança do cônjuge e dos parentes. Poderíamos

afirmar que tal lei é constitucional. A resposta é difícil, pois a Constituição firmou tão somente que é garantido o direito de herança, sem estabelecer porcentagens e sem excluir a tributação. Agora, se uma futura lei fixar a porcentagem do cônjuge em 99% ou 1%, pode-se dizer que é inconstitucional por tratar de forma manifestamente desigual próximas ao falecido? Mesmo em tais exemplos extremos, torna-se relativamente difícil fundamentar a inconstitucionalidade diante da abstração da norma constitucional que, todavia, continua sendo o parâmetro de controle, nada obstante toda a sua imprecisão.

O reconhecimento da normatividade dos princípios, igualmente, desponta como desafio colocado em face da Hermenêutica Contemporânea, impondo a atuação do interprete na definição concreta de sentido e alcance de dispositivos como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a eficiência.

Avulta, assim, a discricionariedade judicial, vez que, diferentemente das regras, os princípios constituem enunciados consagradores de valores ou indicativos de objetivos a serem materializados por diferentes meios, traduzindo-se em “mandados de otimização”, a serem atingidos com o maior grau de eficácia possível.

Nesse ponto, Bonavides (2014, p. 269-286), delineando a posição dos princípios no cenário pós-positivismo a partir do estudo de Dworkin e Alexy, traça importante distinção, ressaltando o entendimento

consolidado de que princípios e regram gozam, ambos, a posição de norma jurídica, diferenciando-se uns dos outros por critérios variados:

As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (...) Os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade (...) Os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e o princípio de maior peso é o que prepondera. Já, os conflitos de regras – assevera Alexy – se desenrolam na dimensão da validade, ao passo que a colisão de princípios visto que somente princípios válidos podem colidir, transcorre fora da dimensão da validade, ou seja, na dimensão do peso, isto é, do valor (...) Revertamos a Dworkin. As regras, segundo ele, são aplicáveis à maneira de tudo ou nada (*an all or nothing*). Se ocorrerem os fatos por elas estipulados, averba ele, então a regra será válida e, nesse caso, a resposta que der deverá ser aceita; se tal, porém, não acontecer, aí a regra nada contribuirá para a decisão. Sempre que se tratar de regra, para torna-la mais precisa e completa, faz-se mister enumerar-lhe todas as exceções. O conceito de validade da regra é conceito

de tudo ou nada apropriado para a mesma, mas incompatível com a dimensão de *peso*, que pertence à natureza do princípio. Entenda-se bem: *peso* ou *valor*. A dimensão de peso, ou importância ou valor (obviamente, valor numa acepção particular ou especial) só os princípios a possuem, as regras não, sendo este, talvez, o mais seguro critério com que distinguir tais normas. A escolha ou a hierarquia dos princípios é a de sua revelância. ao conteúdo: regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados; quanto à estrutura normativa: regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato – atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas; quanto ao modo de aplicação: regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante subsunção; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação.

É possível inferir, então, a partir das particularidades acima evidenciadas, que as regras desempenham o papel relacionado à

segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas sociais –, enquanto os princípios, com sua plasticidade, ensejam a realização dos ideais de justiça na hipótese específica.

A existência de normas constitucionais colidentes é um fenômeno também a ser considerado, tendo em vista os valores diferentes plasmados, a um mesmo nível, no texto constitucional. A colisão de bens jurídicos e as divergências quanto a seus significados e aplicações são comuns no constitucionalismo contemporâneo, instigando a criatividade do exegeta e frisando a insuficiência do método subsuntivo.

Como é cediço, há choques entre o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor, entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade etc., conflitos que exigem do Judiciário dinamismo e capacidade de adaptação.

Tais dissidências não devem prescindir da ponderação, técnica manejável pelo intérprete para resolver as colisões de normas constitucionais, por meio da qual ele fará concessões recíprocas a fim de garantir, na maior medida possível, cada um dos interesses em confronto, bem como encetar a escolha do direito a prevalecer numa contextualizada interpretação. Nessa visão, obtempera Sarmiento (2004, p. 86-87):

A questão não é singela, mas entendemos que, diante da complexidade dos conflitos constitucionais, sobretudo os que se estabelecem no quadro de constituições compromissórias como a brasileira, assentadas sobre bases pluralistas, contendo

princípios e diretrizes normativas não convergentes, não há como prescindir da ponderação de interesses. Por mais elaborados que sejam, os juízos de adequação não são suficientes para equacionar todas as tensões entre princípios constitucionais, pois em certas situações mais difíceis o intérprete será levado pela conclusão de que dois princípios são igualmente adequados para incidir sobre determinado caso, e terá então de buscar um ponto de equilíbrio; uma solução que, à luz das circunstâncias concretas, sacrifique o mínimo possível cada um dos interesses salvaguardados pelos princípios em confronto, pautando-se pela proporcionalidade e tendo como bússola a axiologia constitucional.

Em continuidade, registra-se a relevância da teoria da argumentação, a qual consiste na razão prática, no cerne da busca pelo controle racional das decisões judiciais. Nos casos difíceis dos quais acima se falou, a possibilidade de existir mais de uma possível solução para o litígio compele o magistrado a bem fundamentar suas decisões, sob pena de torná-las ilegítimas. Surge o método argumentativo, logo, como instrumento de minimização dos efeitos negativos que podem ser gerados nesse quadro de valorização das normas abertas e imprecisas da Constituição.

Por derradeiro, importa dizer que esses novos conceitos e categorias integram o arcabouço teórico do constitucionalismo hodierno. Os desafios que eles proporcionam, resultado da remodelação do conceito

de atividade jurisdicional, costumam ser associados à noção de “casos difíceis” (os *hard cases* norte-americanos), que simbolizam o cenário tormentoso com o qual tem deparado o intérprete no neoconstitucionalismo. Sublinha Garapon (1999, p. 139):

Chama-se a justiça no intuito de apaziguar o molestar do indivíduo sofredor moderno. Para responder de forma inteligente a esse chamado, ela deve desempenhar uma nova função, forjada ao longo deste século, a qual poderíamos qualificar de magistratura do sujeito. As sociedades modernas geram, na realidade, uma demanda de justiça quantitativa e qualitativamente inédita. Trata-se de uma demanda de massa e de uma demanda maciça. A justiça não apenas deve multiplicar suas intervenções – o que já é em si um desafio –, mas é também, ela própria, objeto de novas solicitações. Quer lhe sejam submetidas questões morais difíceis, como as relativa à bioética ou à eutanásia, quer lhe seja solicitado remediar prejuízos causados pelo enfraquecimento dos vínculos sociais na população marginalizada, a justiça se vê intimada tomar decisões em uma democracia preocupada e desencantada.

A interpretação unívoca dos enunciados legislativos e a sua aplicação mecânica e objetiva não condizem com a complexidade de causas que chegam à Justiça. Variadas razões de pedir, infinitas facetas

dos litigantes e inexistência de uma singular interpretação: eis o que marca a moderna Hermenêutica.

3 CONCLUSÃO

À medida que aumenta a dificuldade de solução dos litígios, cresce a responsabilidade do Judiciário, vertiginosamente compelido a apreciar uma vasta gama de matérias com as quais, amiúde, não tem íntima relação.

A delicadeza no trato dos novos institutos e das novas definições jurídicas é, pois, uma exigência. O papel das normas e do juiz modifica-se, ocasionando a transformação do modelo convencional de interpretação do ordenamento. A singela interpretação clássica já não se sustenta, a despeito de não se encontrar, na verdade, inteiramente superada. Afloram novos desafios, de incipiente compreensão e de imatura aplicabilidade.

Não se pode deixar de assinalar que todas essas modernas construções possuem um feliz objetivo: nutrir a função da jurisdição constitucional como instrumento de defesa e efetivação do texto constitucional, garantido a plena eficácia de suas normas e materializando o conteúdo normativo de seus enunciados. O escopo não é outro, pois, senão a solução dos conflitos constitucionais, com vista a realizar os direitos e as garantias plasmados na Lei Maior.

4 REFERENCIAL TEÓRICO

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 29a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: DIDIER JR, Fred (org.); LEVY, Wilson (org.); Nalini; José Renato (org.); RAMOS, Glauco Gumerato (org.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual.** Salvador: Juspodivm, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça: a função social do Judiciário.** São Paulo: Ática, 1989.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1v.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 2.ed. São Paulo: Método, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e Relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 48. ed.

Rio de Janeiro: Forense, 2008. 1v.

AS QUESTÕES SOCIAIS E SEU IMPACTO NA VIDA DOS PEQUENOS BRASILEIROS

DEIVID DA ROCHA MACEDO: Graduando ao curso de Direito pela faculdade AGES.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é percorrer a trajetória sociológica dos diferentes desenvolvimentos teóricos sobre a questão educação e sociedade. Trataremos de encontrar as articulações existentes entre as proposições sobre a Educação e os postulados teóricos globais dos quais emergem. Também delimitaremos o conceito de Educação e as funções do processo educacional no interior da sociedade, para então considerar as abordagens que dão conta da relação de desigualdade e Sociedade e ver quais os fatores sociais que intervêm nos processos educativos e como se integram nestes postulados com as estratégias analíticas. Na primeira parte, analisaremos os principais tópicos dos clássicos da Sociologia delimitando o exame a determinados postulados básico. Na segunda parte analisaremos as questões mais significativas e os tratamentos mais diversos sobre a relação do cidadão e sua classe-social.

PALAVRAS-CHAVE: Educação; injustiça; pobreza; fatores sociais; desigualdade.

INRODUÇÃO

No mundo em que vivemos percebemos que os indivíduos são diferentes, estas diferenças se baseiam nos seguintes aspectos: coisas materiais, raça, sexo, cultura e outros. Os aspectos mais simples para verificarmos que os homens são diferentes são: físicos ou sociais. Verificamos isso em nossa sociedade, pois nela existem indivíduos que

vivem em absoluta miséria e outros que vivem em mansões rodeadas de coisas luxuosas e com mesa muito farta todos os dias enquanto outros nem sequer tem o que comer durante o dia. Por isso vemos que em cada sociedade existem essas desigualdades, elas assumem feições distintas porque são constituídas de um conjunto de elementos econômicos, políticos e culturais próprios de cada sociedade.

O crescente estado de miséria, as diferenças sociais, a extrema concentração de renda, os salários baixos, o desemprego, a fome que atinge milhões de brasileiros, a desnutrição, a mortalidade infantil, a marginalidade, a violência, essas são expressões do grau a que chegaram as desigualdades sociais no Brasil. As desigualdades sociais não são acidentais, e sim produzidas por um conjunto de relações que abrangem as esferas da vida social. Na economia existem relações que levam a exploração do trabalho e a concentração da riqueza nas mãos de poucos. E o que falar desses que sofrem com essa desigualdade que não tenho o que comer e precisam colocar seus filhos para trabalhar muito cedo chegando á deixar de estudar para ajudar na renda familiar o que será do futuro desses pequenos. Os dados sobre o desempenho dos alunos, principalmente da rede pública de ensino, são alarmantes. A educação pública encontra vários problemas e dificuldades prédios mal conservados, falta de professores, poucos recursos didáticos, baixos salários, greves, violência dentro das escolas, entre outros. Este quadro é resultado do baixo índice de investimentos públicos neste setor. O resultado é a deficiente formação dos alunos brasileiros. O Brasil é um país de grande contraste social. A distribuição de renda de educação é desigual, sendo que uma pequena parcela da sociedade é muito rica,

enquanto grande parte da população vive na pobreza e miséria. Embora a distribuição de renda tenha melhorado nos últimos anos, em função dos programas sociais, ainda vivemos num país muito injusto. O equilíbrio é o fator fundamental do sistema social e para que este sobreviva é necessário que os indivíduos que nele ingressam assimilem e internalizem os valores e as normas que regem seu funcionamento. Aqui encontramos uma primeira diferença com o pensamento de Durkheim, que destaca sempre o aspecto coercitivo da sociedade frente ao indivíduo. Parsons afirma que é necessária uma complementação do sistema social e do sistema de personalidade, ambos os sistemas tem necessidades-básicas-que-podem-ser-resolvidas-de-forma-complementar. O sistema social para Parsons funciona harmonicamente a partir do equilíbrio do sistema de personalidade. A criança aceita o marco normativo do sistema social em troca do amor e carinho-maternos. Este processo se desenvolve através de mediações primárias: os próprios pais através da internalização de normas inicia o processo de socialização primária. A criança não percebe que as necessidades do sistema social estão se tornando suas próprias necessidades. Desta maneira, para Parsons, o indivíduo é funcional para o sistema social. Tanto para Durkheim como para Parsons, os princípios básicos que fundamentam e regem ao sistema social são: continuidade, - conservação, -ordem, - harmonia, -equilíbrio. Estes princípios regem tanto no sistema-social, - como-nos-subsistemas. De acordo com Durkheim bem como Parsons, a educação não é um elemento para a mudança social, e sim , pelo contrario, é um elemento fundamental-para-a-observação-e-funcionamento-do-sistema-social.

CIDADÕES E SUAS CLASSES SOCIAIS.

As classes sociais mostram as desigualdades da sociedade capitalista. Cada tipo de organização social estabelece as desigualdades, de privilégios e de desvantagens entre os indivíduos. As desigualdades são vistas como coisas absolutamente normais, como algo sem relação com produção no convívio na sociedade, mas analisando atentamente descobrimos que essas desigualdades para determinados indivíduos são adquiridos socialmente. As divisões em classes se da na forma que o indivíduo esta situado economicamente e sócio politicamente em sua sociedade. Como já vimos no capitalismo, quem tinham condições para a dominação e a apropriação, eram os ricos, quem trabalhava para estes eram os pobres, pois bem esses elementos eram os principais denominadores de desigualdade social . Essas desigualdades não eram somente econômicas, mas também intelectuais, ou seja o operário não tinha direito de desenvolver sua capacidade de criação, o seu intelecto. A dominação da classe superior, os burgueses, capitalistas, os ricos, sobre a camada social que era a massa, os operários, os pobres, não era só econômica, mas também ela se sobrepõe a classe pobre, ou seja,-ela-não-domina-só-economicamente-como-politicamente-e-socialmente.

As classes sociais se inserem em um quadro desfavorável, elas estão em constante luta, que nos mostra o caráter antagônico da sociedade capitalista, pois, normalmente, o patrão é rico e dá ordens ao seu proletariado, que em uma reação normal não gosta de recebê-las, principalmente-quando-as-condições-de-trabalho-e-os-salários-são-precários. Prova disso, são as greves e reivindicações que exigem melhorias para as condições de trabalho, mostrando a impossibilidade-de-

se-conciliar-os-interesses-de-classes. A predominância de uma classe sobre as demais se funda também no quadro das práticas sociais, pois as relações sociais capitalistas alicerçam a dominação econômica, cultural, ideológica, política, e entre outras. A luta de classes perpassa, não só na esfera econômica com greves, etc, mas em todos os momentos da vida social, a greve é apenas um dos aspectos que evidenciam a luta, a luta social também está presente em movimentos artísticos como telenovelas, literatura, cinema, etc. Tomemos a telenovela como exemplo. Ela pode ser considerada uma forma de expressar a luta de classes, uma vez que possa mostrar o que acontece no mundo, como um patrão, rico e feliz, e um trabalhador, sofrido e amargurado com a vida, sempre tentando ser independente e se livrar dos mandos e desmandos do patrão. Isso também é uma forma de expressar a luta das classes, mostrando essa contradição entre os indivíduos. Outro bom exemplo da luta das classes é a propaganda, as propagandas se dirigem ao público em geral, mesmo aos que não tem condição de comprar o produto anunciado. Mas por que isso? A propaganda é capaz de criar uma concepção do mundo, mostrando elementos que evidenciam uma situação de riqueza, iludindo os elementos de baixo poder econômico de sua real condição. A dominação ideológica é fundamental para encobrir o caráter contraditório do capitalismo, por isso vemos que em cada sociedade existem essas desigualdades, elas assumem feições distintas porque são constituídas de um conjunto de elementos econômicos, políticos e culturais próprios de cada sociedade. O Brasil é um país de grande contraste social, a distribuição de renda é desigual, sendo que uma pequena parcela da sociedade é muito rica, enquanto grande parte da população vive na

pobreza e miséria. Embora a distribuição de renda tenha melhorado nos últimos anos, em função dos programas sociais, ainda vivemos num país muito injusto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que mais de 50% da população ativa brasileira ganha até dois salários mínimos. Os índices apontados visam chamar a atenção sobre os indivíduos miseráveis no Brasil. Mas não existem somente pobres no Brasil, pois cerca de 4% da população é muito rica. O que prova a concentração maciça da renda nas mãos de poucas pessoas. Além dos elementos já apontados, é importante destacar que a reprodução do capital, o desenvolvimento de alguns setores e a pouca organização dos sindicatos para tentar reivindicar melhores salários, são pontos esclarecedores da geração de desigualdades. Quanto aos bens de consumo duráveis (carros, geladeiras, televisores, etc.), são destinados a uma pequena parcela da população. A sofisticação desses produtos prova o quanto o processo de industrialização beneficiou apenas uma pequena parcela da população. Com isso a concentração da renda tornou-se extremamente perceptível, bastando apenas conversar com as pessoas nas ruas para nota-la. Do ponto de vista político esse processo só favoreceu alguns setores, e não levaram em conta os reais problemas da população brasileira: moradia, educação, saúde. A pobreza do povo brasileiro aumentou assustadoramente, e a população pobre tornou-se mais miserável ainda, sendo que os mais prejudicados não tem opção de vida e chega a sacrificar seus filhos fisicamente colocando-os para trabalhar logo cedo. Visto que a sociedade esta difícil de mudar, pois

quem tem de mais não esta nem ai para quem não tem, e a desigualdade continuará, ate quando só Deus sabe.

REFERÊNCIAS

Dimenstein Gilberto. Cidadão de Papel: A infância a adolescência e os direitos humanos no Brasil. São Paulo, Ática, 2006.

DURKHEIM, Emile. As Regras do Método Sociológico. São Paulo, Shapire. 2008

PARSONS, Talcott. A Sociologia de Talcott Parsons. São Paulo, EDUFF, 1998.

Medicina e Segurança do Trabalho

ROZILENE DE ABREU LIMA

UNIVALI– Universidade do Vale do Itajaí
CEJURPS – Centro de Pesquisa de Ciência Jurídicas e Sociais
Telefone (47)3341-7821 – CEP 88.302-202 Itajaí (SC)
rozi_abreu@hotmail.com

Resumo: Este artigo é uma breve disposição sobre a Medicina e Segurança no Trabalho, abrange as obrigações e deveres dos empregados e empregadores em relação a esse assunto. Ele tem apenas este objetivo, definindo, para isto, os dispositivos da CLT, quando é devido os adicionais de insalubridade e periculosidade com porcentagens e base de cálculo, bem como quando ocorre a extinção do pagamento de adicional de insalubridade pelo fornecimento de EPI, e ainda o prazo e documento que a empresa deve emitir em caso de acidente com funcionário.

Palavras Chaves: medicina, segurança no trabalho, CLT, insalubridade, periculosidade, EPI.

1 Introdução

Todo o empregado é a principal força do progresso, responsável pela produtividade, desenvolvimento e participação das empresas no desenvolvimento socioeconômico, dentre vários outros aspectos; Tendo isso como ponto de partida, a Medicina e Segurança no Trabalho visam zelar pela saúde e bem estar físico, mental e social do empregado, observando o risco que possuem ao exercerem suas funções no próprio local de trabalho, sujeitando-se a perigo a saúde.

A Medicina e Segurança no Trabalho surgiram então para criar formas de prevenção para possíveis causas de acidente de trabalho, entre outros objetivos.

1.1 Medicina / Segurança do Trabalho

O conceito de cada um:

Segurança do Trabalho pode ser definida como a ciência que, através de metodologia e técnicas apropriadas, estuda as possíveis causas de acidentes do trabalho, objetivando a prevenção de suas ocorrências.

Segundo a Organização Mundial de Saúde – OMS, entidade vinculada à Organização das Nações Unidas – ONU, “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças ou enfermidade”.

2 Dispositivos da CLT sobre Medicina e Segurança no Trabalho

O assunto abordado está previsto nos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT, Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943, em seu Título II: Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho, Capítulo V: Da Segurança e da Medicina do Trabalho, disciplina a proteção à segurança e saúde do

trabalhador brasileiro, mais precisamente através de seus artigos 154 a 201, os quais possuem redação atualizada pela Lei n. 6.514 de 22 de dezembro de 1977.

Além do citado capítulo específico que trata diretamente da Segurança e Saúde no Trabalho, existem vários outros dispositivos da CLT direta ou indiretamente relacionados com a proteção do trabalhador como:

- arts. 57 a 75 (Duração do Trabalho);
- arts. 129 a 153 (Férias);
- arts. 224 a 351 (Disposições Especiais sobre Duração e Condições de Trabalho);
- arts. 372 a 401 (Proteção do Trabalho da Mulher)
- e arts. 402 a 441 (Proteção do Trabalho do Menor).

Lembrando ainda, das convenções da OIT (Organização Internacional do Trabalho), NRs (Normas Regulamentadoras) entre outras diversas portarias e acordos que contribuem de alguma forma para a regulamentação da Medicina e Segurança no Trabalho.

2.1 Das Obrigações Legais

As Normas Regulamentadoras, também conhecidas como NRs, regulamentam e fornecem orientações sobre procedimentos obrigatórios relacionados à segurança e medicina do trabalho no Brasil. São as Normas Regulamentadoras do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), relativas à Segurança e Medicina do Trabalho, foram aprovadas pela Portaria N.º 3.214, 08 de junho de 1978. São de observância obrigatória por todas as empresas brasileiras regidas pela (CLT).

As Normas Regulamentadoras estipulam as seguintes obrigações para empregadores e empregados:

Cabe ao empregador:

a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho;

b) elaborar ordens de serviço sobre segurança e medicina do trabalho, dando ciência aos empregados, com os seguintes objetivos:

I - prevenir atos inseguros no desempenho do trabalho;

II - divulgar as obrigações e proibições que os empregados devam conhecer e cumprir;

III - dar conhecimento aos empregados de que serão passíveis de punição, pelo descumprimento das ordens de serviço expedidas;

IV - determinar os procedimentos que deverão ser adotados em caso de acidente do trabalho e doenças profissionais ou do trabalho;

V - adotar medidas determinadas pelo MTb;

VI - adotar medidas para eliminar ou neutralizar a insalubridade e as condições inseguras de trabalho.

c) informar aos trabalhadores:

I - os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho;

II - os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa;

III - os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos;

IV - os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho.

d) permitir que representantes dos trabalhadores acompanhem a fiscalização dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho.

e) determinar procedimentos que devem ser adotados em caso de acidente ou doença relacionada ao trabalho.

Cabe ao empregado:

- a) cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho, inclusive as ordens de serviço expedidas pelo empregador;
- b) usar o EPI fornecido pelo empregador;
- c) submeter-se aos exames médicos previstos nas Normas Regulamentadoras - NR;
- d) colaborar com a empresa na aplicação das Normas Regulamentadoras - NR;

Constitui ato faltoso a recusa injustificada do empregado ao cumprimento do disposto no item anterior.

O não cumprimento das disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho acarretará ao empregador a aplicação das penalidades previstas na legislação pertinente.

Independentemente das dimensões físicas do estabelecimento, da quantidade de empregados e do grau de risco a que estes estejam expostos, todo empregador obrigatoriamente necessita implementar o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), de acordo com a NR-9 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), que é o documento básico para todas as demais necessidades. Cabe ao empregado utilizar e cumprir os atos regulamentares referente a saúde e segurança do trabalho para evitar algum dano a saúde e ate mesmo a vida.

3 Adicional de Insalubridade

Segundo a CLT (art.189), é considerada atividade insalubre aquela em que o trabalhador é exposto a agentes nocivos à saúde acima dos limites tolerados pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Incumbe à NR-15 regular as atividades e operações insalubres. Os limites estabelecidos regulam principalmente:

- Tolerância para Ruído Contínuo ou Intermitente;

- Limites de Tolerância para Ruídos de Impacto;
- Limites de Tolerância para Exposição ao Calor;
- Limites de Tolerância para Radiações Ionizantes;
- Agentes Químicos cuja Insalubridade é caracterizada por Limite de Tolerância e Inspeção no Local de Trabalho;
- Limites de Tolerância para Poeiras Minerais;
- Trabalho sob Condições Hiperbáricas; Agentes Químicos;
- Agentes Biológicos, comprovadas através de laudo de inspeção do local de trabalho;
- Radiações Não Ionizantes;
- Vibrações;
- Frio;
- Umidade.

O Limite de Tolerância refere-se à concentração ou intensidade máxima ou mínima, atinente à natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral.

3.1 Percentuais do adicional de Insalubridade

O trabalhador que atua com atividade insalubre no grau mínimo recebe 10% de adicional de insalubridade. Quem atua com grau médio, recebe o percentual de 20%. No grau máximo, o percentual é de 40%.

3.2 Base de Calculo do Adicional de Insalubridade

A definição da base de cálculo é polêmica. Há diferentes decisões judiciais, que determinam o cálculo sobre o salário mínimo,

sobre o salário base do trabalhador, sobre o piso da categoria ou sobre a remuneração total do empregado.

O STF, determina que o adicional de insalubridade (20%, 30% ou 40%, conforme o grau máximo, médio ou mínimo) deverá incidir sobre o salário contratual do trabalhador, acrescido, obviamente, dos demais componentes salariais, à exceção das gratificações, prêmios e participação nos lucros da empresa, conforme previsão do § 1º, do artigo 193, da CLT, aplicado analogicamente.

A Súmula Vinculante 4 definiu que, “salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”. Após a edição da súmula do STF, o TST deu outra redação à sua Súmula 228, estabelecendo que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo. Anteriormente, a súmula do TST determinava que o percentual do adicional incidia sobre o salário mínimo.

Para tanto, ainda não há entendimento jurídico, sobre a base de cálculo a ser usada para o adicional: se sobre o salário mínimo, sobre o salário-base, sobre o piso da categoria ou sobre a remuneração total. O caso está em discussão na Justiça.

3.3 O uso de EPI elimina o pagamento ao Adicional de Insalubridade?

Veja o que diz o art.191 da CLT:

Art. 191 - A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:
I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;
II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que

diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.

Portanto o EPI (Equipamento de Proteção Individual) pode eliminar o pagamento de adicional de insalubridade, desde que atenda ao descrito no Art. 191 da CLT, como transcrito acima. Mas deve ser observado que há jurisprudência brasileira que não aceita tal determinação legal.

4 Adicional de Periculosidade

O adicional de Periculosidade é devido ao empregado exposto a atividades perigosas, caracterizada por perícia a cargo de Engenheiro do Trabalho ou Médico do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho (MTE) com base no art.195 da CLT.

Para melhor entendimento: são perigosas as atividades ou operações, onde a natureza ou os seus métodos de trabalhos configure um contato com substâncias inflamáveis ou explosivas, substâncias radioativas, ou radiação ionizante, ou energia elétrica, em condição de risco acentuado. Exemplo: frentista de posto de combustível, operador em distribuidora de gás, etc. Com base na Súmula Nº 364 do TST, não se aplica a periculosidade ao trabalhador que é exposto apenas eventualmente, ou seja, não tem contato regular com a situação de risco, salvo se estiver previsto em acordo ou convenção coletiva de trabalho, o pagamento proporcional, conforme prevê o artigo 7º inciso XXVI da Constituição Federal.

4.1 Percentual e Base de cálculo do adicional de Periculosidade

O valor do adicional de periculosidade será o salário do empregado acrescido de 30%, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

A exceção é a Súmula 191 TST, prevê que os eletricitários terão o adicional calculado sobre o total dos salários.

5 Obrigação da Empresa em Caso de Acidente com Funcionário.

Ocorrendo o acidente de trabalho é obrigatória a emissão da CAT (Comunicação de Acidente do Trabalho por parte do empregador, independentemente do prazo do contrato e se houve afastamento ou não. A emissão da CAT, além de se destinar para fins de controle estatísticos e epidemiológicos junto aos órgãos Federais, visa principalmente a garantia de assistência acidentária ao empregado junto ao INSS ou até mesmo de uma aposentadoria por invalidez.

O art. 22 da Lei nº 8.213/91 prevê que todo acidente de trabalho ou doença profissional deverá ser comunicado pela empresa ao INSS até o primeiro útil seguinte ao da ocorrência e, de imediato, em caso de morte, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social.

Para que o empregado receba o benefício do auxílio-doença acidentário é necessária a apresentação da CAT ao Instituto Previdenciário, e sua emissão, a princípio, é obrigação da empresa, embora possam emití-la o sindicato da categoria, o médico que assistir o empregado, autoridades locais ou mesmo o próprio segurado e seus dependentes (parágrafo 2º); Este, por sua vez, só é devido após o afastamento do empregado por 15 (quinze) dias, a cargo da empresa, passando em seguida a perceber o benefício previdenciário (artigo 60 da respectiva Lei).

6 Conclusão

A maneira mais eficaz de impedir o acidente é conhecer e controlar os riscos, Isso

se faz com uma política de segurança e saúde dos trabalhadores. Com a conjunção de esforços de todos os setores da sociedade e a conscientização na aplicação de programas de saúde e segurança no trabalho, novas conquistas são alcançadas e pouco a pouco, vêm introduzindo novas mentalidades, sedimentando bases sólidas para o pleno exercício do direito que todos devem ter à saúde e ao trabalho protegido de riscos ou das condições perigosas e insalubres que põem em risco a vida, a saúde física e mental do trabalhador.

Ao ser identificado a importância que a segurança e a medicina acarreta no âmbito do trabalho, será eloquente e efetivo os resultados, evitando-se os acidentes e prejuízos tão frequentes a empregados e por consequência a empregadores, ajuda recíproca só alavanca progresso social tanto na agricultura, na indústria, no comércio ,como nos serviços, visto que Direito Respeitado é Direito Garantido.

7 Referências:

Disponível em http://www.culturadeseguranca.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=120&Itemid=135. No dia 20 de Junho de 2011.

Disponível em http://www.bauru.unesp.br/curso_cipa/2_normas_regulamentadoras/2_legislacao.htm. No dia 19 de Junho de 2011.

Disponível em <http://www.timecontrol.com.br/artigo.aspx?id=>. No dia 20 de Junho de 2011.

Disponível em <http://www.artigonal.com/direito-artigos/do-adicional-de-insalubridade-793334.html>. No dia 20 de Junho de 2011.

Disponível em http://www.mte.gov.br/legislacao/normas_regulamentadoras/nr_15.pdf. No dia 20 de Junho de 2011.

Disponível em http://pt.shvoong.com/medicine-and-health/169_3376-seguran%C3%A7a-medicina-trabalho parte /#ixzz1QOfMXzck. No dia 20 de Junho de 2011.