

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 495

(ano VII)

(04/12/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



04/12/2015 Esdras Silva Pinto

» [Aspectos controversos da nova detração penal prevista no Art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal](#)

ARTIGOS

04/12/2015 Alice Saldanha Villar

» [Qual a abrangência do conceito de "lei federal" para fins cabimento de recurso especial nos termos do art. 105, III, da CF/88?](#)

04/12/2015 Italo Ferreira da Silva

» [Admissibilidade de gravações clandestinas no processo penal - princípio da proporcionalidade](#)

04/12/2015 Sérgio Henrique da Silva Pereira

» [A guerra ideológica e o recrutamento de crianças e adolescentes ao tráfico de drogas e ao terrorismo](#)

04/12/2015 João Baptista Herkenhoff

» [Balas perdidas](#)

04/12/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [A estabilidade do obreiro que só poderá ter seu contrato de trabalho rescindido após instauração de inquérito para apuração de falta grave](#)

04/12/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Explicitações à Carta sobre o Patrimônio Construído Vernáculo \(1999\): Singelas Pinceladas](#)

MONOGRAFIA

04/12/2015 Jéfferson Estevão Sousa Ferreira

» [A súmula impeditiva de recurso sob o enfoque da distinção entre regras e princípios em Dworkin e Alexy](#)

ASPECTOS CONTROVERSOS DA NOVA DETRAÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

ESDRAS SILVA PINTO: Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Processo Civil pelo Instituto Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

RESUMO: O presente artigo visa analisar os desdobramentos provocados pela edição da Lei n.º 12.736, de 30 de novembro de 2012, que introduziu o parágrafo 2º ao artigo 387 do Código de Processo Penal, atribuindo ao juiz do conhecimento a competência para realizar a detração penal para fins de fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Serão examinados os desdobramentos provocados pela novel lei quanto à alteração de competência para análise da detração penal, à introdução de um novo capítulo na sentença penal condenatória, à inovação da disciplina da detração penal, como também a eventuais reflexos na prescrição penal.

PALAVRAS-CHAVE: Sentença penal condenatória; Detração penal; Prisão provisória; Prisão administrativa; Internação; Competência; Capítulo da sentença; Juízo do Conhecimento; Juízo da Execução; Fixação regime inicial de cumprimento; Princípio da Isonomia.

INTRODUÇÃO

No direito penal brasileiro, evita-se *obis in idem* no cumprimento da sanção penal por intermédio do instituto da *detração penal*.

Prevê o artigo 42 do Código Penal que se computem “na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”.

Para GUILHERME DE SOUZA NUCCI, detração penal “*é a contagem no tempo da pena privativa de liberdade e da medida de segurança do período em que ficou detido o condenado em prisão provisória, no Brasil ou no exterior, de prisão administrativa ou mesmo de internação em hospital de custódia*”.

Verifica-se, assim, que a finalidade da norma, segundo CLEBER MASSON, é evitar “*o bis in idem na execução da pena privativa de liberdade*”.

Desse modo, se alguém, for preso em flagrante pela prática de um crime, permanecendo segregado provisoriamente por dois anos até o trânsito em julgado da sentença condenatória, adquire o direito de ser descontado da pena definitiva o período em que ficou preso provisoriamente, a fim de cumprir apenas o restante da pena.

Esse importante instituto do direito penal recebeu novo regramento pela Lei n.º 12.736/12, o que se passa a analisar.

A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 12.736/12 AO ARTIGO 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O artigo 387 do Código de Processo Penal prevê uma série de providências que o juiz do conhecimento deve tomar por ocasião da prolação de uma sentença condenatória. Antes do advento da Lei n.º 12.736/12, o dispositivo legal determinava que o juiz, na sentença, mencionasse todas as circunstâncias que influíssem na aplicação da pena (incisos I e II); aplicasse a pena de acordo com essas conclusões (inciso III); fixasse um valor mínimo para a reparação dos danos causados à vítima (inciso IV); atendesse os requisitos para eventual aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança (inciso V); por fim, determinasse a publicação integral ou parcial da sentença.

A Lei n.º 12.736/12, alterando o artigo 387, introduziu-lhe dois parágrafos, dentre eles o parágrafo 2º com a seguinte redação: “o

tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”.

A inovação legal ensejou uma série de mudanças, notadamente quanto à competência para apreciação da detração penal, bem como dos efeitos da detração na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA

Conforme esclarece RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “antes da Lei n.º 12.736/12, a detração era realizada apenas no momento da execução da pena, recaindo a competência sobre o juízo das execuções penais”, diante do quanto disposto no artigo 66, III, "c", da Lei n.º 7.210/84 – Lei de Execuções Penais.

MÁRCIO ANDRÉ LOPES CAVALCANTE ensina que, na sistemática anterior, após a condenação, a Secretaria do Juízo de Conhecimento expedia um documento chamado *guia de execução*, contendo diversas informações sobre o condenado, dentre elas o total da pena imposta e o tempo em que ficou preso cautelarmente, antes da condenação transitada em julgado. Essa guia de execução, juntamente com outros documentos, era encaminhada ao Juízo das Execuções Penais, onde se iniciava o *processo de execução*. Competia, então, exclusivamente ao magistrado desse Juízo analisar eventual detração penal, competindo também a apreciação da situação jurídica do reeducando, notadamente sobre progressão e regressão de regime, livramento condicional, detração e remissão da pena.

Com o advento da lei, foi criada uma competência concorrente entre o Juízo do Conhecimento e da Execução, retirando a exclusividade deste.

Tendo em vista a nova competência conferida ao juiz do conhecimento, defende REJANE JUNGBLUTH que a inovação legislativa seja interpretada de modo a criar um novo capítulo da sentença penal condenatória, posterior à fase da dosimetria da pena.

Assim, após o juiz de conhecimento discorrer sobre a materialidade e a autoria do crime, indicar a incursão da conduta criminosa, dosar a pena a ele aplicada, deverá computar o tempo de prisão provisória ou internação, descontando-o da pena definitiva encontrada.

EFEITOS DA NOVA DETRAÇÃO PENAL

Além de inovar quanto à competência do juiz do conhecimento, o novo parágrafo dá novo tratamento à detração penal, conferindo novos efeitos ao clássico instituto, na medida em que passa a determinar que seja aplicada a detração para fins de fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Consta na exposição de motivos da novel lei que a alteração foi promovida para evitar situações em que o apenado tivesse *“que aguardar a decisão do juiz da execução penal, permanecendo nessa espera em regime mais gravoso ao que pela lei faz jus”*.

Diante da falta de clareza técnica do novo parágrafo, diversos entendimentos quanto aos efeitos da detração foram formulados.

A DETRAÇÃO PARA FINS DE FIXAÇÃO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO

O Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça MARIVALDO PEREIRA elucida que a Lei n.º 12.736/12 é resultado de um esforço do Governo no sentido de reduzir a quantidade de presos provisórios. Segundo ele, a medida tem como propósito *“racionalizar o sistema de execução penal, fornecendo mecanismos eficazes ao reconhecimento célere de direitos e benefícios, e evitar o*

encarceramento desnecessário de pessoas cuja situação jurídica já lhes permite maior aproximação da liberdade”.

Segundo ele, a lei fundamenta-se no princípio da equidade e na vedação ao *bis in idem*, na medida em que *“autoriza o juiz do conhecimento a efetuar o desconto já na sentença penal condenatória e ajustar o regime inicial de cumprimento da pena”.*

Defende ainda que a lei apenas *“antecipa o reconhecimento de direito legalmente assegurado sem a necessidade de esperar a burocracia do sistema de justiça, porquanto do sentenciado será, forçosamente, descontado o tempo de prisão provisória ou de internação”*, não se tratando de *“ampliação de qualquer benefício, mas de viabilização do reconhecimento de direito que será concedido em momento posterior”.*

Para ilustrar a situação, MARIVALDO dá o seguinte exemplo: *“se o indivíduo estiver preso provisoriamente há um ano e for condenado a seis anos em regime semiaberto, bastará ao juiz descontar o tempo de pena já cumprido e estabelecer o regime inicial adequado, qual seja, cinco anos em regime aberto”.*

Além de o exemplo contar com um equívoco, já que o artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal define como parâmetro para a fixação de regime aberto a pena igual ou inferior a quatro anos, reafirma que a intenção do Governo Federal era mesmo a de fazer com que a fixação do regime inicial se desse a partir do desconto do período de prisão provisória da pena definitiva, de forma ainda mais benéfica do que uma progressão automática de regime.

Anteriormente, após o juiz do conhecimento aferir a materialidade e a autoria do crime, condenando o acusado como incurso em determinado tipo penal, procedia à dosimetria da pena privativa de liberdade. Com a pena fixada definitivamente, o juiz fixava o regime para o cumprimento da pena corporal utilizando exclusivamente os parâmetros previstos no artigo 33, § 2º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal,

conforme previsto pela Lei de Execuções Penais em seu artigo 110: “o Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal”. Observe-se que o supracitado artigo restringe-se a fixar como parâmetros para a escolha do regime inicial de cumprimento da pena o artigo 33 do Código Penal, não fazendo qualquer menção a artigo prevendo a aplicação da detração para esse desiderato. Ademais, o artigo 111 da Lei de Execuções Penais não determina a aplicação da detração para fins de fixação do regime inicial, apenas prevê que a determinação do regime de cumprimento será feito pela soma ou unificação das penas, considerando-se a detração e a remissão. De modo que a verificação da detração ou da remissão prestam-se não para a fixação do regime inicial de cumprimento, mas para eventual cumprimento do requisito temporal previsto no artigo 112 da Lei de Execuções Penais para a progressão de regime.

Antes da entrada em vigor da novel lei, não havia dúvidas quanto à utilização exclusiva da detração penal pelo Juízo da Execução fins de progressão do regime.

Em razão de tudo isso, perceba-se que descontar o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa e de internação da pena definitiva para fins de fixação do regime inicial com fulcro no artigo 33 do Código Penal não é uma mera antecipação de um direito do condenado, mas é um tratamento inteiramente novo à detração, na medida em que criaria um instituto descarcerizador inédito.

Embora a isso, esse entendimento vem sido defendido também por doutrinadores de peso, tais como CEZAR ROBERTO BITENCOURT, para quem “a vantagem do novo texto legal reside no reconhecimento de que esse tempo “cumprido”, provisoriamente, deve ser, necessariamente, considerado na hora de fixar o crime de cumprimento de pena. Elogiável, no particular, essa previsão legal, que, no entanto, a praxis insistia em ignorar essa obviedade”.

É também favorável a esse entendimento NOBERTO CLÁUDIO PÂNCARO AVENA, para quem, *“na atual sistemática processual, já ao proferir a sentença condenatória, cabe ao juiz, após a dosimetria da pena, incluir o tempo em que o condenado esteve recolhido em razão de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, de prisão administrativa ou de internação, determinando, a partir do quantum de pena obtido, o regime prisional em acordo com as regras do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.”*

DA INCONSTITUCIONALIDADE DESSA INTERPRETAÇÃO

Acerca da progressão de regime, assevera o Promotor de Justiça CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA que *“não é automática e depende do mérito do condenado (conduta carcerária e exame criminológico, se necessário)”*.

Em razão disso, CÉSAR DARIO tece severas críticas à inovação, aduzindo que a lei *“visa ao esvaziamento das prisões sem o menor compromisso com a ressocialização do condenado e muito menos com a segurança da sociedade, que terá de conviver com criminosos precocemente soltos”*.

Defende o mencionado Promotor de Justiça que a Lei de Execuções Penais é especial em relação ao Código de Processo Penal, sendo de sua alçada o regramento legal concernente ao cumprimento da pena privativa de liberdade. Segundo ele, a lei prevê que o condenado cumpra a pena privativa de liberdade em etapas cada vez menos rigorosas até alcançar a liberdade, exigindo-se para cada progressão a análise do mérito do reeducando. Para ele, a eventual progressão de regime sem a aferição do merecimento do apenado viola diretamente a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLVI, que dispõe sobre a individualização da pena, já que somente com o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 112 da Lei de Execuções Penais pode ser deferida a progressão de regime.

Defende CÉSAR DARIO que a lei não seja aplicada pelos juízes, sob a alegação de a lei ser inconstitucional, seja por violar o princípio do juiz natural, sob a alegação de ser a Lei de Execuções Penais especial em relação ao Código de Processo Penal, seja por violar o princípio da isonomia.

Esclarece a violação ao princípio constitucional da isonomia da seguinte maneira: *“aquela pessoa condenada à pena privativa de liberdade e que tenha sido presa provisoriamente terá abatido o período pelo próprio Juiz da Condenação para fins de progressão, podendo ser diretamente promovida de regime sem a observância do mérito; ao passo que o condenado, que não tenha cumprido prisão provisória, deverá obter a progressão com o preenchimento dos requisitos do artigo 112 da Lei das Execuções Penais a serem analisados pelo Juiz das Execuções Criminais. Há, portanto, dois pesos e duas medidas, ou seja, pessoas sendo tratadas de forma totalmente diferente em situações iguais, violando, assim, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, “caput”, da CF)”*.

A fim de tornar a situação ainda mais emblemática, tome-se por exemplo a situação de dois agentes não reincidentes, que, atuando com unidade de desígnios – concurso de agentes –, praticaram um estupro de vulnerável.

Como a pena mínima pelo mencionado crime é de 8 (oito) anos, caso ambos sejam condenados à pena de 8 (oito) anos e 1 (um) dia, o regime inicial para cumprimento inicial da pena deveria ser fixado no fechado.

Ocorre que, aplicada a detração para fins de fixação do regime inicial de cumprimento da pena, como quer o Ministério da Justiça, o tratamento dispensado aos comparasas será totalmente diferente, na hipótese de um deles ser preso temporariamente por haver fugido do distrito da culpa, o que enseja grave violação ao princípio constitucional da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Observe-se que, se este indivíduo ficasse segregado temporariamente por apenas 2 (dois) dias – ainda que o tempo máximo de prisão temporária por crime de estupro de vulnerável seja de 30 (trinta) dias, prorrogável por mais 30 (trinta) dias (Lei n.º 8.072/90, art. 2º, § 4º) –, teria direito à detração desse período, totalizando uma pena definitiva de 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 29 (vinte e nove dias) de reclusão, em razão do que deveria ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal.

De outro lado, aquele agente que não fugiu do distrito da culpa, não atrapalhando as investigações, sendo condenado a pena de 8 (oito) anos e 1 (um) dia de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado (CP, art. 33, § 2º, “a”), de modo que, para progredir ao regime semiaberto, deveria cumprir 3/5 (três quintos) da pena de 8 (oito) anos e 1 (um) dia de reclusão, o que corresponderia a 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses, nos termos do artigo 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90.

A violação ao princípio da isonomia é flagrante: aquele que atrapalhou as investigações a ponto de ser decretada a sua prisão temporária, por ter ficado apenas 2 (dois) dias preso temporariamente já iniciaria o cumprimento de sua pena privativa de liberdade no regime semiaberto, enquanto aquele que não atrapalhou as investigações e, por isso, não teve sua temporária decretada, teria de iniciar o cumprimento da sua pena no regime fechado, precisando cumprir 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão para alcançar o direito de progredir para o regime semiaberto, desde que também cumprido o requisito subjetivo referente ao bom comportamento carcerário.

Diante de tudo isso, entendo que não pode o § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal ser aplicado de modo literal, sob risco de criar grave situação de tratamento não isonômico, bem como recompensar o agente preso cautelarmente, tornando-se um verdadeiro estímulo a todo tipo de torpeza, uma vez que bastaria ao agente prejudicar as investigações, seja ameaçando testemunhas, seja destruindo provas, para ser decretada qualquer uma das hipóteses de prisão provisória.

DETRAÇÃO PENAL PARA FINS DE PROGRESSÃO ANTECIPADA DE REGIME

De outro modo, a Juíza de Direito REJANE JUNGBLUTH defende que o § 2º do artigo 387 do Código Processo Penal seja interpretado de modo a atribuir ao juiz do conhecimento o dever de aferir eventual cumprimento do requisito temporal previsto no artigo 112 da Lei de Execuções Penais ou no artigo 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Segundo ela, deve o juiz dosar a pena do condenado, fixar o regime inicial de cumprimento da pena exclusivamente com base no artigo 33 do Código Penal, para tão só analisar se o tempo de pena provisória correspondeu à exigência prevista nos artigos acima mencionados. Seria, assim, uma hipótese de antecipação do direito de progressão de regime, e não um instituto novo.

Defende então que nas hipóteses em que *“a detração não é hábil a modificar o regime, não haverá cômputo inferior de pena a ser realizado, sob pena de o juízo de conhecimento invadir a competência do juízo da execução, pois o art. 66, III, ”c”, da LEP, não restou alterado pela Lei 12.736/12 nesse particular”*.

Assim, caso esse desconto não seja suficiente para alterar o regime de prisão, o juiz não deve diminuir a reprimenda do tempo de prisão provisória, deixando de aplicar a detração prevista no § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal.

Ocorre que, embora tenha vantagens, esse posicionamento apresenta alguns problemas. Entre os principais, seria o de criar uma progressão de pena diferenciada, na qual apenas seria aferido o requisito temporal previsto no artigo 112 da LEP, o que também ensejaria um tratamento não isonômico, consistente em aferir apenas o requisito temporal dos condenados que cumpriram prisão provisória.

DETRAÇÃO PENAL COMO UM CRITÉRIO EXTRA PARA A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA

Por outro lado, LUIZ FLÁVIO GOMES esclarece que “o tempo de prisão provisória deve ser computado na penal final não há dúvida (CP, art. 42)”, mas entende problemático a detração ser considerada para fins de fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

Segundo o reputado jurista, o artigo 33, § 2º, do Código Penal, fixa os parâmetros que o juiz deve levar para fixar o regime inicial de cumprimento da pena, mencionando serem três os fatores considerados: 1) tempo total da pena; 2) ser primário ou reincidente; e 3) circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

Com inovação legal, foi criado um novo parâmetro para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena: tempo de prisão provisória ou administrativa ou de internação.

Defende, assim, que o novo dispositivo “não quis que a detração funcionasse como alavanca automática de progressão de regime, que conta com requisitos legais objetivos (tempo de prisão) e subjetivos (bom comportamento)”.

Para o Juiz aposentado, para a progressão de regime são necessários vários fatores, de modo a não autorizar a progressão do regime de cumprimento qualquer tempo de pena provisória ou internação. Nessa toada, lembra que, nos crimes contra a administração pública há, inclusive, exigência específica: que a progressão de regime do cumprimento da pena imposta a condenado por crime contra a administração pública seja condicionada à reparação do dano que causou ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Sustenta LUIZ FLÁVIO GOMES que, “antes da nova lei o juiz, para fixar o regime inicial, levava em conta três fatores: (a) tempo total da pena; (b) ser primário ou reincidente; e (c) circunstâncias do art.

59. Agora, depois da nova lei, surgiu mais um fator: (d) tempo de prisão provisória ou administrativa ou de internação”.

Aponta que continua sendo o critério prioritário o do tempo total da pena, com sua tabela clássica prevista no art. 33, § 2º, do CPP: (a) mais de 8 anos, regime fechado; (b) mais de 4 e até 8 anos, regime semiaberto; (c) igual ou inferior a 4 anos, regime aberto.

Assim, os demais critérios – a reincidência ou primariedade, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP e o tempo de prisão provisória – seriam suplementares. Fixa-se primeiro a pena, após isso, o regime, com base nos critérios de tempo da pena, reincidência, circunstâncias judiciais e, por fim, tempo de prisão provisória.

Ilustra o jurista a situação da seguinte forma: “réu condenado a 8 anos e 1 mês de prisão. Cumpriu 6 meses em prisão provisória. Com a detração, a pena cai para 7 anos e 7 meses. Teoricamente, isso significa regime semiaberto. Mas só teoricamente, porque agora, feita a detração, compete ao juiz valorar todos os demais requisitos legais: reincidência ou primariedade + todas as circunstâncias do art. 59 + a forma de cumprimento da prisão provisória. Não se pode esquecer, para o juízo de ponderação e de razoabilidade, que as penas são cumpridas em presídios cruéis e desumanos. É da ponderação de todos os requisitos que sai o regime inicial. De qualquer modo, a pena de 7 anos e 7 meses pode iniciar no regime semiaberto ou fechado, tudo dependendo das circunstâncias de cada caso concreto”.

Assim, o cômputo da detração serviria como mais um critério para a aferição da fixação do regime inicial de cumprimento, não se tratando, assim, de uma antecipação da progressão de regime a partir da valoração dos requisitos previstos no artigo 112 da LEP ou ainda de uma progressão automática, como pretendia o Ministério da Justiça.

Esse entendimento também é defendido por GUILHERME DE SOUZA NUCCI, para quem “essa modificação tem por finalidade

atender a expectativa de contornar os graves entraves ocorridos pelo lento trâmite processual, porém, não obriga o julgador a fixar, sempre, o regime mais favorável”.

Para o famoso Desembargador, a alteração no Código de Processo Penal prestou-se apenas a permitir a consideração da detração penal para a escolha de regime. Ilustra seu posicionamento da seguinte forma: *“se o réu é condenado a 8 anos e seis meses de reclusão e já estiver preso cautelarmente há um ano, para a eleição do regime inicial, deve o magistrado descontar, de pronto, o período de um ano, o que resulta 7 anos e seis meses. Portanto, torna-se cabível o semiaberto (art. 33, § 2.º, b, CP).”*

Não se trata, pois, de um dever do magistrado de fixar o regime necessariamente mais benéfico, sendo possível a ele escolher, no exemplo mencionado, entre os regimes fechado ou semiaberto, a partir da aferição das condições concretas previstas no artigo 59 do Código Penal, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código.

CONCLUSÃO

Observa-se, por todo o exposto, que a alteração promovida pela Lei nº 12.736/12, introduzindo o § 2º ao artigo 387 do Código de Processo Penal, causou uma série de questionamentos por toda parte.

Embora pretendesse ser uma singela alteração legislativa, a modificação promovida pela mencionada lei é capaz, a depender de como aplicada, de alterar drasticamente o regime da execução penal, a ponto de gerar uma total redefinição do instituto clássico da detração penal.

Essa nova detração penal não deve ser aplicada da forma imaginada pelo Ministério da Justiça, sob o risco de causar uma série de problemas. Tais como premiar condenados mais perigosos que, por isso, cumpriram alguma espécie de prisão provisória, incentivando-os a praticar, propositadamente, condutas que levem a decretação de sua prisão

provisória, exclusivamente para facilitar eventual fixação de regime mais benéfico e, por conseguinte, burlar o regime de progressão de pena previsto no ordenamento jurídico.

Inaceitável que o Estado simplesmente crie variadas medidas descarcerizadoras sem uma reflexão detida e aprofundada de suas consequências, as vezes, capazes de abalar todo o sistema penal brasileiro, como a presente.

Não restam dúvidas de que o sentimento de impunidade e a falta de temor quanto ao rigor das sanções penais vêm levando pessoas a imiscuírem na seara criminosa, a partir de um simples cálculo de custo de oportunidade. Infelizmente, o crime vem compensando no Brasil. A título de exemplo, podem ser indicados os casos de explosões de caixas eletrônicos, cujos lucros giram em torno de R\$ 30.000,00, enquanto as penas aplicadas, por raramente passarem de 3 anos (furto qualificado mediante destruição de obstáculo), são normalmente cumpridas no máximo no regime inicial semiaberto.

No outro lado dessa moeda, o Estado também não pode permitir que as penas sejam cumpridas indefinidamente em regimes prisionais mais gravosos simplesmente em razão do congestionamento e do excesso de processos tramitando no Juízo da Execução. Desse modo, deve ser recebido com braços abertos qualquer tentativa de fazer com que seja reduzido o tempo de espera para a realização de um direito, notadamente quando relacionado à liberdade. Tendo direito o apenado a detrair do tempo de pena aquele cumprido provisoriamente, não se pode permitir que ele permaneça injustamente encarcerado. Esse cálculo deve ser realizado oportunamente, tão logo possível. Ocorre que não é isso que pretendeu a lei em análise: ao que tudo indica foi mais uma medida do Governo Federal para simplesmente esvaziar os presídios, em detrimento de maiores investimentos na área. É mais fácil retirar presidiários do que investir na melhoria das condições de cumprimento da pena dos apenados.

Diante de todo o exposto, ao analisar as possíveis aplicações do novo § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal, tenho que a mais técnica é aquela que defende que a detração penal seja considerada como mais um critério a ser considerado no momento de fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Assim, pode o juiz, a depender das circunstâncias concretas, considerar a detração penal para fins de aplicação ou não do regime mais benéfico. Não de forma automática, como pretende o Ministério da Justiça, CEZAR BITENCOURT e NOBERTO AVENA, tampouco como uma espécie de progressão de regime fundada exclusivamente no cumprimento do requisito temporal, como defendido por REJANE JUNGBLUTH. Também não se mostra necessária a declaração incidental da inconstitucionalidade do dispositivo legal, como sustentado por CÉSAR DARIO DA SILVA.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Antônio Cláudio Linhares. **A nova lei de detração penal: dúvidas interpretativas e o "jeitinho brasileiro"**. Disponível em: www.migalhas.com.br. Acesso em: 12/09/2015.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal Esquematizado**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014.

BRASILEIRO, Renato de Lima. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 12.736/2012, que antecipa, para a sentença condenatória, o momento adequado para realizar a detração da pena**. Disponível em: www.dizerodireito.com.br. Acesso em: 12/09/2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Detração (Lei 12.736) e suas Complicações**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal . 52 Fev-Mar/2013.

JUNGBLUTH, Rejane. **Lei 12.736/12 e a nova detração penal. Correio Braziliense**, Brasília, 25 fev. 2016. Caderno Direito & Justiça, p. 3.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Marivaldo de Castro. **A nova lei de detração na sentença penal condenatória**. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 12/09/2015.

PINTO, Ronaldo Batista. **Provisória deve ser contada na progressão de regime**. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 12/09/2015.

SILVA, César Mariano da. **A nova disciplina da detração penal**. Disponível em: www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/547-a-nova-disciplina-da-detacao-penal.html. Acesso em: 12/09/2015.

QUAL A ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE "LEI FEDERAL" PARA FINS CABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL NOS TERMOS DO ART. 105, III, DA CF/88?

ALICE SALDANHA VILLAR: Advogada, autora de diversos artigos publicados em revistas jurídicas e das obras "Direito Sumular - STF" e "Direito Sumular - STJ", São Paulo: JHMizuno, 2015.

Resumo: O presente artigo destina-se à análise do alcance da expressão “lei federal” para fins do art. 105, III, “a” da CF/88, a fim de esclarecer quais os diplomas que integram este conceito e quais os que ficam de fora. Examinaremos também o comando da nova Súmula 518 do STJ, bem como a possibilidade do seu cancelamento e face do novo CPC de 2015.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Quais os diplomas abrangidos no conceito de lei federal para fins de cabimento de REsp? 3 O que fica excluído do conceito de lei federal para fins de cabimento de REsp? 4. Súmula 518 do STJ e o novo CPC de 2015. Conclusão. Referências.

1. Considerações iniciais

De acordo as lições de Barbosa Moreira^[1], o recurso especial é “o meio próprio para controlar a fundamentação das decisões judiciais, proferidas pelos tribunais de segundo grau, com o escopo de uniformizar, em âmbito nacional, o entendimento das normas federais”.

As hipóteses de cabimento do recurso especial estão previstas taxativamente no art. 150, III, “a”, “b” e “c” da CF/88, razão pela qual trata-se de um recurso de fundamentação vinculada ou de estrito direito. Confira:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

2. Quais os diplomas abrangidos no conceito de lei federal para fins de cabimento de REsp?

Para efeito de cabimento de recurso especial, o termo *lei federal* engloba os seguintes diplomas: a) lei ordinária federal; b) lei complementar federal; c) lei delegada federal; d) decreto-lei federal; e) medida provisória federal; e f). decreto autônomo federal. [2]

A respeito desse último caso cumpre registrar que a Corte Especial do STJ já decidiu que "o termo *lei federal*, para fins de interposição do recurso especial, abrange também os decretos". [3] Conforme destaca a ilustre Ministra Nancy Andrighi no EREsp 919274 RS:[4]

“Há que se ressaltar, por oportuno, que não é todo e qualquer decreto editado pelo Chefe do Poder Executivo que autoriza a interposição de recurso especial, mas tão somente os de caráter geral, abstrato, impessoal e obrigatório, por sua natureza de lei em sentido material, estando excluídos desse rol todos aqueles cujos efeitos sejam nitidamente concretos, como os que extinguem função ou cargo público vago (alínea “b” do inc. VI do art. 84 da CF) e os que declaram o imóvel de interesse social para fins de reforma agrária (2º do art. 182 da CF).”[5] (grifo nosso)

Nesse ponto, é preciso registrar que existe no Brasil uma grande controvérsia a respeito da possibilidade dos decretos autônomos - que podem ser definidos como aqueles que não se limitam a regulamentar uma lei anterior, sendo capazes de inovar na ordem jurídica, estabelecendo normas sobre matérias não disciplinadas em lei.

Para a parcela da doutrina e da jurisprudência que admite a existência dos decretos autônomos, estes encontrariam fundamento no art. 84, inc. VI da CF, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 32/2001. Na esteira de outros autores, entendemos que a hipótese prevista no art. 84, VI, “a”, da CF constitui verdadeiro decreto autônomo, podendo introduzir normas gerais, abstratas e impessoais, ao passo que o art. 84, VI, “b”, da CF trata de um mero ato de defeitos concretos, pois nesse caso a competência do Presidente se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, não estabelecendo normas sobre a matéria.

Nessa mesma linha, a ilustre Prof. Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que:^[6]

“no direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional nº 32/01. (...) Com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea *a*. A norma estabelece certo paralelismo com atribuições semelhantes da Câmara dos Deputados (art. 51, IV), do senado (art. 52, XIII) e dos Tribunais (art. 96, I, *b*).”

3. O que fica excluído do conceito de lei federal para fins de cabimento de REsp?

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, estão excluídos do conceito de lei federal para fins de cabimento de Recurso Especial:

a) Atos normativos com hierarquia inferior à do Decreto

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não se compreende no conceito de lei federal, portanto não permite a abertura da instância especial, os atos normativos com hierarquia inferior à do Decreto, tais como resoluções, portarias, circulares e outros.^[7]

b) Regimento interno de tribunal

O conceito de lei federal também não abrange regimento interno de tribunal. Nesse sentido temos inclusive a Súmula 399 do STF (“Não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal”).

É preciso destacar que esta Súmula foi criada na época em que o STF possuía a competência de guardião da legislação federal. Como após 1988 o guardião da legislação federal passou a ser o STJ, a Súmula 399/STF tem sido aplicada no âmbito desta Corte, por aplicação analógica. Vale dizer: o recurso especial não é o meio hábil a aferir violação de norma contida em Regimento Interno de Tribunal, porquanto tal diploma não se enquadra no conceito de norma federal.[\[8\]](#)

Sobre o tema, trazemos ainda a lição de Nelson Nery Junior[\[9\]](#), para quem as atribuições dos regimentos são meramente administrativas:

“Regimento interno de tribunal tem natureza jurídica de normas administrativas - e não de lei -, que regula o procedimento *interna corporis* do tribunal, não podendo criar direitos nem obrigações para os jurisdicionados (CF 5º II).”

c) Súmula de tribunal

Recentemente, foi publicada a Súmula 518 do STJ para consolidar um entendimento já de longa data na Corte, qual seja, não cabe recurso especial fundado em alegação de violação de Súmula de tribunal, por não se enquadrar no conceito de lei federal previsto no art. 105, III, “a” da CF/88. Ora, os enunciados de Súmula são apenas expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte.

Dessa forma, não cabe o recurso especial pela letra “a” do inciso III do art. 105 da CF/88 por alegação de ofensa à jurisprudência do STJ. Conforme bem explicam os ilustres processualistas Fredie Didier JR e Leonardo José Carneiro da Cunha: [\[10\]](#)

“Na verdade, a jurisprudência firma orientação a respeito da interpretação a ser conferida a dispositivos legais. O que se permite é que, no recurso especial, se demonstre que o dispositivo foi interpretado pelo tribunal de origem diferentemente do STJ. Em outras palavras, a jurisprudência do STJ não foi seguida, exatamente porque determinado dispositivo foi interpretado diferentemente da orientação por ele ministrada. Logo, deve o recurso especial apontar violação ao respectivo dispositivo legal, e não à jurisprudência ou ao enunciado da Súmula do STJ”.

d) Decretos regulamentares

O conceito de lei federal não abrange decreto regulamentar. Nessa linha, confira os julgados a seguir colacionados:

“(…) 1. O Superior Tribunal de Justiça não tem a missão constitucional de uniformizar a interpretação de dispositivos de decreto regulamentar, pois esta espécie de diploma normativo não se enquadra no conceito de "lei federal" para fins de interposição de recurso especial. (...)” STJ - REsp 1241207 SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 25/10/2012.

“(…) I - Atos administrativos sem natureza de lei, no caso decreto regulamentar, não se enquadram no conceito de Lei Federal, portanto, não ensejam Recurso Especial.” STJ REsp: 921494 MS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3ª Turma, DJe 14/04/2009

4. A Súmula 518 do STJ e o novo CPC de 2015

Por fim, é preciso registrar que, com a entrada em vigor do novo CPC (Lei n. 13.105 de 2015), é possível que o Superior Tribunal de Justiça venha a considerar superada a Súmula 518 do STJ e, assim, proceder ao seu cancelamento. Isso porque o novo código afirma expressamente que *os enunciados das Súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em*

matéria infraconstitucional passam a ser de observância obrigatória pelos juízes e pelos tribunais. Confira:

NCPC. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...)
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

Veja-se que, dessa forma, com a entrada em vigor do novo CPC, no ato de interposição do recurso especial, o recorrente poderia fundamentar o cabimento do seu recurso em violação de enunciado de Súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o referido dispositivo do novo código prevê a observância obrigatória de tais verbetes pelos juízes e tribunais.

CONCLUSÃO

Para efeito de cabimento de recurso especial nos termos do art. 105, III, “a” da CF/88, o conceito *delei federal* engloba os seguintes diplomas: a) lei ordinária federal; b) lei complementar federal; c) lei delegada federal; d) decreto-lei federal; e) medida provisória federal; e f) decreto autônomo federal.

O termo *lei federal*, entanto, não alcança: a) os atos normativos com hierarquia inferior à do Decreto, tais como resoluções, portarias, circulares e outros; b) Regimento Interno de tribunal (Súmula 399/STF); c) Súmula de tribunal (Súmula 518/STJ); e d) Decretos regulamentares.

É preciso lembrar que, em razão da regra inserta no art. 927, inc. IV do novo CPC, é possível que o STJ venha a cancelar Súmula 518 do STJ.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3, 11ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2013, p. 329.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 91.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 5, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 580.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 784.

NOTAS:

[1] Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 5, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 580.

[2] Cf., nessa mesma linha, DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3, 11ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2013, p. 329.

[3] Cf. STJ - EREsp 663.562/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJ de 18/02/2008).

[4] “(...) Conquanto o Decreto nº 2.040 /96 tenha sido editado com base no inc. IV do art. 84 da CF , caracterizando-se, em princípio, como ato normativo secundário, certo é que se trata de norma jurídica de caráter geral, abstrato, impessoal e obrigatório, que não possui cunho meramente regulamentador, mas cria deveres e concede direitos aos militares movimentados, se apresentando como verdadeira lei em sentido material, de sorte que deve ser enquadrado no conceito de "lei federal" para efeito de cabimento do recurso especial. (...)” STJ - EREsp 919274 RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, Corte Especial, DJe 12/08/2013.

[5] Cf. STJ – Voto da Ministra Nancy Andrichi (Relatora), no EREsp 919274 RS, Corte Especial, DJe 12/08/2013

[6] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 91.

[7] Cf. STJ - AgRg no REsp 868376 DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJ 28/05/2007; STJ - AgRg no Ag 628804 DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJ 12/09/2005;

[8] Cumpre lembrar que o Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal de 1988 como o responsável por uniformizar a interpretação das leis federais em todo o Brasil. Surgiu, então, o chamado recurso especial, cujas hipóteses de cabimento foram previstas taxativamente no art. 150, III, “a”, “b” e “c” da CF/88.

[9] Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 784.

[10] Cf. DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3, 11ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2013, p. 329.

ADMISSIBILIDADE DE GRAVAÇÕES CLANDESTINAS NO PROCESSO PENAL - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

ITALO FERREIRA DA SILVA: Estudante Universitário do Curso de Direito da Faculdade Estácio de Sá.

JORGE AFONSO NEVES ANAICE: Docente Especialista do curso de Direito da Faculdade Estácio de Macapá

RESUMO: No ordenamento jurídico pátrio é notória a garantia de inadmissibilidade de provas ilícitas, entendimento este previsto no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal e artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, no presente artigo, busca-se analisar os institutos da prova que viola direito individual, gravações clandestinas e princípio da proporcionalidade, um estudo baseado na análise doutrinária e jurisprudencial sobre a admissibilidade de gravações clandestinas no processo brasileiro.

Palavras chave: Provas, gravações clandestinas, princípio da proporcionalidade

ABSTRACT: The national law is notoriously inadmissible assurance illegal evidence, understanding that provided to Article 5º, LVI, the Federal Constitution and article 157, caput, the Criminal Procedure Code, this article seeks to analyze the evidence of the institutes which violates individual rights, clandestine recordings and principle of proportionality, a study based on doctrinal and jurisprudential analysis of the admissibility of clandestine recordings in the Brazilian process.

KEYWORDS: Evidence, clandestine recordings, principle of proportionality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo o estudo das provas que violam direito fundamental individual, sendo este direito, uma das diversas proteções a dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio, consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Com isso, o presente estudo irá abordar mais precisamente o esclarecimento de gravações clandestinas e principio da proporcionalidade no processo brasileiro, dando enfoque prioritário à questão da admissibilidade de tais provas.

No debate envolvendo o direito a prova, surge a questão da violação do direito individual a intimidade quando se é obtida uma conversa clandestinamente por um dos interlocutores, seja a gravação clandestina propriamente dita ou a gravação ambiental.

O art. 5º, LVI, da Constituição Federal veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, quando estas violam normas do ordenamento jurídico brasileiro. Assim é porque a própria Carta Magna consagrou como direitos fundamentais do cidadão outras garantias como a inviolabilidade das mais variadas formas de comunicação, da intimidade, da privacidade, de seu domicílio, por exemplo.

É nesse contexto, que se busca esgotar o estudo a cerca da gravação clandestina, que inicialmente é a gravação feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e todas as suas peculiaridades, o esclarecimento a cerca da gravação telefônica (propriamente dita) e da gravação ambiental, a diferenciação destas gravações com as interceptações de uma forma geral.

Por todo o exposto, o objeto do presente artigo é destacar as principais questões envolvendo os institutos ora apresentados, desmistificando o caráter violador da intimidade das gravações clandestinas, com respeito ao tema, ressaltar a evolução jurisprudencial brasileira sobre a aceitabilidade do principio da proporcionalidade nos casos relacionados com as gravações.

1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO À PROVA

Desde os tempos mais primórdios o direito sempre foi um elemento de controle da vida social estando em uma evolução constante até nos dias atuais, possuindo o estado a capacidade de jurisdição (dizer o direito).

Neste contexto, o direito de provar, constitui o resultado de uma evolução intelectual da sociedade passando por diferentes fases.

Em um primeiro momento, via-se o sistema étnico, ficando as provas ao sabor das impressões do juiz, que as aferia de acordo com sua própria experiência, num sistema empírico. Mirabete (2007).

Por conseguinte, as provas eram buscadas através de superstições, era uma legislação que buscava explicação no julgamento divino, neste sentido:

a lei era a própria religião e esta influía decisivamente sobre a conduta dos homens e da própria coletividade, nada mais natural e explicável tivesse a religião atuação imperativa nas decisões dos litígios entre os particulares ou entre eles e a sociedade. Santos (1999, p. 24)

Esse método é visto com repugnância nos dias atuais, pois as pessoas que eram submetidas a essas situações, não tinham como provar sua inocência.

Havia prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse a tona seria culpado [...] A do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta[...]. Pacelli (2014. P 328)

Posteriormente, chegou-se ao momento em que o sistema era o legal ou tarifado, segundo o qual o julgador deve decidir com o que tem no processo, não tendo liberdade de apreciação de prova.

A decisão do julgador deveria estar vinculada a critérios predefinidos no ordenamento jurídico, ausente, portanto, qualquer liberdade de avaliação de prova. Inobstante a desvantagem desse sistema, na medida em que condicionava a decisão do julgador à autoridade do soberano ou da igreja, a verdade é que apenas com o seu surgimento é que o direito passou a ter regras específicas de avaliação das provas. Ávena (2012, p. 445).

Com a evolução do processo a partir do século XVIII, as investigações se preocupavam com a reconstrução de fatos para assim garantir a segurança jurídica para posterior condenação. Ademais, ao longo dos tempos, estes sistemas foram se desenvolvendo em conjunto com a sociedade até se chegar no sistema do livre convencimento (persuasão racional) que se torna efetivamente conhecido a partir do código Napoleônico. Segundo esse critério, embora possua o juiz liberdade na aferição das provas, esta não é irrestrita. Além disso, obriga o julgador a fundamentar as razões do seu entendimento. Ávena (2012).

Por fim, tem-se o sistema da íntima convicção, que surgiu em determinado momento, onde o juiz decide independentemente de fundamentação.

Com efeito, enquanto no livre convencimento o juiz decide (íntimamente) e depois tem que motivar a sua decisão, na íntima convicção o juiz decide (íntimamente) sem a necessidade de exteriorizar as razões de sua convicção. Ávena (2012). Importante ressaltar que este sistema não é adotado como regra no ordenamento jurídico pátrio, porém, é utilizado pelos jurados nos julgamentos feitos pelo Tribunal do Júri.

Por tudo isso, atualmente o código de processo penal em seu artigo 381, III, o juiz deve fundamentar sua decisão. Com isso, o sistema do livre convencimento motivado é o adotado no Brasil contemporâneo, pois a autoridade judicial é livre para apreciar provas, desde que seja de forma fundamentada, produzida em contraditório judicial.

O juiz é livre na forma de se convencer, ele pode optar livremente por qualquer critério de valoração probatória existente e admitido no processo.

A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas. Pacelli (2014, p. 340).

2 CONCEITO DE PROVA

O significado de prova vem do latim *probatio*, que significa confirmação, reconhecimento, verificação, derivando do verbo *probare*. Entende-se, assim, como a apresentação que se faz, pelos meios legais, da existência de um ato ou fato, em virtude do qual pode se aferir certeza ou não sobre determinado caso.

Prova no Processo Penal Brasileiro tem o condão de formar a convicção do Juiz para que o nobre julgador aplique o direito correspondente, é o conjunto de elementos produzidos pelas partes visando o convencimento do juiz quanto aos atos, fatos e circunstâncias do caso concreto.

Esse caráter auxiliar da prova é característica marcante do processo penal, afinal a prova é a produção de um estado de certeza. Mirabete (2007).

Com isto, a importância do valor probatório para um julgamento justo e com segurança jurídica é de muita relevância, sendo um caráter de verdadeira salvaguarda das normas e preceitos jurídicos de todo o ordenamento pátrio.

Prova é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros destinados a levar ao magistrado a convicção a cerca do fato. Capez (2014).

Diante disto, o objetivo da prova judiciária são os fatos da causa, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação.

Nesta toada, a produção da prova objetiva auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto a veracidade das afirmações das partes. Mirabete (2007).

Sendo assim, não resta dúvida que a prova é o instrumento pelo qual se tem o contraditório e a ampla defesa, legitimando o juiz para uma decisão que garanta a jurisdição e acima de tudo a segurança jurídica do estado democrático de direito.

3 DAS PROVAS QUE VIOLAM DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL

A incontestável evolução que o direito alcançou é fruto também da grande presença e confirmação dos direitos fundamentais como proteção da dignidade da pessoa humana sendo que o documento adequado e consagrador de tais dispositivos é a Constituição Federal.

No caso do Brasil a preocupação do texto constitucional em dar a devida importância a matéria é nítida e pode ser percebida logo no preâmbulo – que demonstra o propósito de se instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, bem como nas demais normas que apresentam os direitos fundamentais enquanto condições necessárias para a construção e o exercício de todos os

demais direitos previstos no ordenamento jurídico. Masson (2014, p. 177).

Há momentos no processo em que o direito à prova, embora esteja garantido na Constituição Federal, como um direito e garantia fundamental, não é absoluto, existem alguns limites, que são verdadeiras barreiras na busca da verdade real, visando a garantia da manutenção de valores constitucionais. Tem-se a necessidade de resguardar determinados direitos e garantias constitucionais para que seja alcançado o fim almejado pela prova.

Sendo assim, no ordenamento jurídico pátrio é previsto que provas que violem direito material e processual são totalmente inadmissíveis. Dentro da sistemática do artigo 5º da Constituição Federal que estabelece diversas regras visando proteger direitos fundamentais, sobressai a vedação ao uso de provas obtidas por meios ilícitos.

As provas ilícitas são colhidas de modo a infringir as normas de direito material e constitucional, sendo as mesmas inadmissíveis no processo, conforme preconiza o art. 5º, LVI, da Constituição Federal: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Neste contexto, importante se fazer a devida colocação referente a provas ilícitas, ilegítimas e ilegais:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. Moraes (2011, p. 117).

Sendo assim, com a unidade do ordenamento jurídico pátrio qualquer violação a uma norma do sistema jurídico implica infringência a todo o ordenamento, diante desta unidade, deste modo as partes devem conduzir a produção de provas com moral e sem violações aos direitos da intimidade do indivíduo.

Com isso pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto provas ilegítimas quanto ilícitas. Mirabete (1995).

Porém, sabe-se que apesar da Carta Magna dispor sobre vários direitos e garantias fundamentais, alguns são sobrepostos aos outros, tendo em vista a relatividade das normas constitucionais, estes direitos e garantias fundamentais não são absolutos.

Nesta diapasão surge no ordenamento jurídico como um todo uma importante questão, uma prova que resguarda determinado direito fundamental e viola outro direito deve ser utilizada em um processo?

Para a maioria da Doutrina e Jurisprudência a resposta é negativa, pois se verifica que este não é um fator capaz de justificar a utilização de prova ilícita em favor da sociedade, ainda que se trate de única fonte probatória.

Neste entendimento, o sistema brasileiro é imaturo em assegurar efetivamente os direitos e garantias individuais, sendo assim, deve manter-se o critério de absoluta inadmissibilidade probatória. Nucci (2010).

No entanto, quando fala-se em direito fundamental, tem-se que ter em mente o caráter relativo desses direitos, pois, não se tem como pensar em um réu que como única fonte probatória para sua absolvição é a prova ilícita, não ser assegurada a utilização dessa prova, pelo fato de ser viciosa.

Ademais, Segundo análise da jurisprudência pátria, a inadmissibilidade das provas ilícitas é entendimento que vem sendo mitigado em nossos tribunais, sendo o princípio da

proporcionalidade o meio a ser utilizado como forma de abrandamento no caso concreto.

Com isso, na atual jurisprudência brasileira, o princípio da proporcionalidade aplica-se em favor do réu, admitindo-se a exclusão da ilicitude em prol do princípio da inocência, do direito de defesa. Com essa ideia, têm-se os julgados:

AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Rel. Min. Cezar Peluso (Recurso Extraordinário n. 583937/RJ,)

Sendo assim, admite-se a utilização de provas ilícitas em favor do réu, quando justificadas pelo estado de necessidade ou legítima defesa e sua utilização fica condicionada a esses requisitos.

4 DAS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS ESCLARECIMENTOS SOBRE ILEGALIDADE

No Brasil contemporâneo, a utilização de meios eletrônicos de comunicação diariamente, torna a cada dia mais a população de um modo geral suscetível de intromissão indevida em sua vida privada, o que é vedado pela Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso X. que dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

Diante disto, surge a necessidade de esclarecimentos a cerca de gravações clandestinas (interceptações ambientais lato sensu) no ordenamento jurídico brasileiro. Gravações clandestinas se subdividem em gravação telefônica ou eletrônica (clandestina propriamente dita) e gravação ambiental. Aquela é a captação da

conversa telefônica feita por um dos próprios interlocutores da conversa, sem o conhecimento do outro. Esta, por seu turno, é o conceito da gravação aplicada a conversa ambiente, é a captação da conversa ambiente feita por um dos interlocutores da conversa.

Neste sentido a gravação clandestina consiste no ato de registro de conversação própria por um dos interlocutores, feita por intermédio de aparelho eletrônico ou telefônico (gravação clandestina propriamente dita) ou no ambiente de conversação (gravações ambientais). Rabonese (1998).

Sendo assim, a gravação feita clandestinamente não se pode enquadrar no conceito equivocado de interceptação, pois neste há a presença de um terceiro que grava a conversa, naquele a gravação é feita por um dos interlocutores.

Com isto, no presente artigo é notória a preocupação em abordar gravação clandestina de maneira geral, que é a regra em que um dos interlocutores sem conhecimento do outro grava seu diálogo no telefone ou em conversa e ato pessoal.

No tocante a este ponto no ordenamento jurídico pátrio, não existe proteção direta das interceptações ambientais (*lato sensu*), sendo assim, há uma lacuna formal no que diz respeito a este tema.

Nesta toada:

Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptações consentidas por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque estão fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito a intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito. Filho (1996, p. 56)

Nesse contexto, é entendimento consolidado em nossos tribunais pátrios que as formas de registro ambientais não

importam, como regra, na violação ao direito à intimidade, pois não são matérias especificadas em legislação constitucional ou infraconstitucional.

Porém, também não se pode ter a ideia de violação como preceito absoluto, há casos em que mesmo com a falta de norma regulamentadora e tutela sobre o tema, há grave violação da intimidade.

Em um primeiro momento, têm-se aqueles casos em que as conversas são realizadas em um ambiente pelo qual se exista expectativa de privacidade, temos como exemplo um escritório profissional, uma casa.

Em outro momento, tem-se o caso da gravação praticada quando viola uma relação de confiança decorrente de relações consolidadas, aqui se viola o dever de sigilo, que pode ser profissional, de ministério, etc.

Sendo assim:

Em ambas as situações impõe-se reputar ilícita a prova resultante das gravações ambientais em virtude de terem sido obtidas mediante traição de confiança, vale dizer, conduta jamais esperada pelo narrador, para quem se gerou sentimento de profunda decepção com a conduta do seu interlocutor. Inclusive, de nada resolveria a existência de ordem judicial autorizando os registros ambientais, tendo em vista que o dispositivo da Constituição Federal afrontado foi o artigo 5º, X. Avena (2011, p. 490)

Com isso, quanto a não possibilidade de utilização de gravação de conversa telefônica clandestina como instituto probatório, o Supremo Tribunal Federal¹⁹ acatou como válida a gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, quando não existe causa de sigilo ou relação profissional.

5 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO AOS CASOS DE GRAVAÇÃO CLANDESTINA

O princípio da proporcionalidade, constitui verdadeiro juízo de valor probatório, analisando as peculiaridades do caso concreto para encontrar a melhor adequação entre fins e meios, vem consagrado na doutrina Alemã de proporcionalidade.

Com o entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência de que não existem direitos absolutos, a doutrina tem aceitado a aplicação do princípio da proporcionalidade para solucionar questões envolvendo conflitos entre normas constitucionais. Assim:

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos entre princípios constitucionais relevantes, baseia-se na ponderação de interesses, permitindo a aplicação da medida mais adequada possível a um dos direitos em risco, fala-se então em proporcionalidade. Paccelli (2014, p. 374)

Sendo assim, de acordo com estas lições, diversas normas embora regidas pela constituição (intimidade, privacidade), poderão ser violadas quando gravações são feitas sem o conhecimento da pessoa que está sendo gravada.

Porém, estes direitos não são absolutos:

Direito Penal é balanceamento de bens e interesses. Desse modo, se o Magistrado autorizar a violação da intimidade de um traficante de drogas para desbaratar a quadrilha de que faz parte, não há que falar em delito. Entre a tutela da intimidade e o desbaratamento da quadrilha, prepondera este último. Junior (1997, p. 35)

Ademais, no tocante a gravações clandestinas, estas não se encontram regulamentadas em nosso ordenamento jurídico pátrio, o que se tem, são os mais variados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

Inicialmente é oportuno trazer que a primeira concepção de gravação clandestina é aquela que resulta em grave violação do direito a intimidade, no entanto, este valor constitucional não pode ser considerado como absoluto, sendo o princípio da proporcionalidade utilizado nestes casos e servindo como base para evitar danos aos direitos de outra pessoa.

Com isso, a análise de invasão de privacidade seria analisada no caso concreto, colocando-se os direitos individuais em confronto e ponderando interesses, sendo este o entendimento de nossos tribunais ao verificar a ocorrência destas situações corriqueiramente.

Portanto, quando se trata de gravação clandestina, estas não são vedadas, pois não se tem regra específica para esta modalidade. Pode-se ocorrer a violação do direito a intimidade do interlocutor que não sabia da gravação clandestina, neste caso a gravação por si só não possui o caráter da violação, e sim a divulgação do seu conteúdo para terceira pessoa.

A esse respeito:

A gravação em si, quando realizada por um dos interlocutores, que queira documentar a conversa tida com terceiro, não configura nenhum ilícito, ainda que o interlocutor não tenha conhecimento da sua ocorrência. Mas a divulgação da conversa pode caracterizar outra afronta a intimidade, qual seja, a violação de segredo. Grinover (1992, p 148)

Surge então o instituto da justa causa, verdadeiro divisor de águas no estudo proposto, pois havendo este critério relevante a conversa poderá ser revelada e nenhum óbice haverá em sua utilização como prova judicial.

A justa causa aqui referida diz respeito a uma motivação que possa validamente ser reconhecida pelo direito, como é o caso por exemplo, do estado de necessidade, como

causa de justificação da conduta tipificada penalmente. Justa causa poderá ocorrer assim, quando a revelação do conteúdo se destinar a provar fato cuja existência seja relevante para a defesa de direito daquele que promoveu a gravação. Pacelli (2014, p. 349).

O pleno do Supremo Tribunal Federal, entendeu não haver violação ao direito a intimidade quando a vítima de um crime grava conversa telefônica com o criminoso para resguardar seu direito, com fundamento utilizado o princípio da proporcionalidade. Foi decidido também que é admitida a gravação clandestina como prova para a salvaguarda de um direito, neste sentido o julgado do Supremo:

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. Rel. Min. Nelson Jobim (Habeas Corpus n. 753388/RJ)

Diante disto, não há dúvidas que as gravações clandestinas no processo penal brasileiro serão admitidas, quando apresentarem justa causa para a sua utilização com a garantia de uso do critério de proporcionalidade adotado pelos tribunais superiores.

Não se tem dúvidas que provas ilícitas de uma forma geral são inadmissíveis no processo, provas que violem direitos fundamentais não são admitidas como regra, porém, neste caso, as gravações clandestinas são para provar a violação de outro direito ou garantia fundamental de maior ou igual valor, havendo justa causa para a utilização, estando legitimado o Juiz no caso concreto a fazer a análise e aplicação do instituto.

Nestes casos, o critério hermenêutico proporcional contrapõe a liberdade e a justiça ao direito da intimidade, permitindo que valores mais relevantes do que a intimidade prevaleçam, sendo assim, a utilização de provas ilícitas a favor do réu pode ser utilizada quando for baseada em hipótese de excludente de ilicitude.

Nesta toada, legitima-se como exemplo a interceptação telefônica produzida sem a devida autorização judicial que demonstra a inocência do acusado, esta prova, apesar de ter o caráter legal violado, foi criada como extrema excludente de ilicitude, podendo assegurar a inocência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição federal de 1988 assegura a possibilidade de produção de prova legitimando a liberdade probatória, porém, veda as provas que são obtidas por meios ilícitos. No entanto, existem situações onde a parte tem que utilizar determinada prova, aparentemente ilegal, o que pode acarretar em uma violação ao direito à intimidade.

No presente estudo, não há como assegurar doutrina ou jurisprudência unânime sobre a utilização das gravações clandestinas no processo penal brasileiro, em um primeiro momento temos uma grave violação a intimidade, posteriormente se pensa em que as gravações devem ser analisadas junto ao caso concreto.

O que se pode afirmar ao final deste artigo, é que se tem a necessidade de compatibilizar direitos que se coloquem em conflito, fazer a ponderação de interesses para um melhor resultado social.

Há casos onde a gravação clandestina poderá ser utilizada em benefício de alguma parte no processo sem ofender o direito a intimidade, nestes casos se torna essencial a análise do julgador no caso concreto, como foi demonstrado no decorrer da discussão, para que o juiz, usando o critério hermenêutico de proporcionalidade possa formar o seu livre conhecimento motivado.

Por tudo isso, a solução adequada para este quadro é a análise do caso concreto, sendo aplicado o princípio da proporcionalidade com a análise dos elementos normativos e a proporção dos meios empregados ao fim pretendido, observando os direitos e princípios constitucionais para garantir a segurança jurídica e a paz social.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição Federal da Republica Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____, **Código de Processo Penal. 3. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento n. 578858. Agravante: José Flávio Abreu Néry. Agravado: Azelia Salette de Oliveira Moreira. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, 2ª Turma, DJe nº 162 de de 28/8/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2353458>>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 753388/RJ. Impetrante: José Mauro Couto de Assis. Coator: Orgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Nelson Jobim, julgado em 11 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1670843>>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 583937/RJ. Recorrente: Fernando Correa de Oliveira. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Cezar Peluso, julgado em 19 de novembro de 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2610668>>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Código de processo penal comentado. 1. ed.** São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal. 19. ed.** São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA JUNIOR, Paulo Jose da. **Agressões a intimidade.** São Paulo: Malheiros 1997

MARIANO DA SILVA, César. **Provas Ilícitas. 6. ed.** São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado. 2. ed.** São Paulo: Atlas, 1995.

_____, Julio Fabbrini. **Processo Penal. 18. ed.** São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional. 27ª Ed.** São Paulo: Atlas, 2011.

MASSON, Natalia. **Manual de Direito Constitucional. 2º Ed.** Salvador: JusPodivm, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado. 7. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 18. ed.** São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Moacir Amaral dos Santos. **Primeiras linhas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1999, vol.2.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal. 7. ed.** Bahia: Podivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal. Vol 1.** São Paulo: Saraiva, 25^a ed., 2003.

A GUERRA IDEOLÓGICA E O RECRUTAMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES AO TRÁFICO DE DROGAS E AO TERRORISMO

SÉRGIO HENRIQUE DA SILVA PEREIRA: Jornalista, professor, produtor, articulista, palestrante, colunista. Articulista nos sites: Academia Brasileira de Direito (ABDIR), ABJ (Associação Brasileira dos Jornalistas), Âmbito Jurídico, Conteúdo Jurídico, Editora JC, Fenai/Faibra (Federação Nacional da Imprensa), Investidura - Portal Jurídico, JusBrasil, JusNavigandi, JurisWay, Observatório da Imprensa.

Técnicas usadas de psicologia comportamental para atrair jovens de classes sociais ricas e pobres. Persuasões como “O Estado não lhe ajuda em nada!”, “Seus pais não lhe compreende!”, “Você tem potencialidades, acredite em você!”, “Você será respeitado por todos!”, “O que faz ou fará é por uma causa nobre!”, “Há conspirações para dominar todos!” etc. São algumas técnicas usadas pelos jihadistas.

Não muito diferente, os narcotraficantes também usam de algumas técnicas para persuadirem os jovens: “O Estado não lhe ajuda em nada!”, “Seus pais não lhe compreende!”, “Você tem potencialidades, acredite em você!”, “Você será respeitado por todos!”, “O que faz ou fará é por uma causa nobre!”.

As desigualdades sociais e as dificuldades materiais, causadas pelo Estado, o preconceito étnico, a autoridade desmedida dos pais — não dialogar com os filhos, mas ordenar a fazer, e pronto —, sementes das discórdias as quais podem levar a desentendimentos e dolorosos atos futuros.

No Brasil, as desigualdades sociais se devem ao darwinismo social e a eugenia que se instalaram, e se perpetuam, no seio da nação. A internet é um amplo campo à oportunidade de estudos ao conhecimento da personalidade do povo. Por exemplo, as discriminações aos negros, aos LGBTs, às pessoas com necessidades especiais, às pessoas conforme o tipo laboral que desempenham etc. Diante disso, pode-se delinear o comportamento do povo. As leis brasileiras têm avançado aos Direitos Humanos, mas ainda não são suficientes para mudar a mentalidade forjada nas discriminações, nos tabus e nos dogmas. O resultado diário mostra que o Brasil é um país bárbaro.

A partir da década de 1990, alguns avanços sociais — Estado do bem-estar social — o Brasil conseguiu, seja na proteção e conscientização, no que diz respeito ao acesso das párias às Universidades, através das cotas raciais, à habitação, como Minha Casa Minha Vida, ao lazer, ao empreendedorismo. Infelizmente, os escândalos de corrupção

envolvendo o PT, os avanços sociais podem estar comprometidos, se algo não reverter à situação presente.

As UPPs foram, sem sombra de dúvida, uma demonstração aos narcotraficantes de que o Estado não é fraco, como se pensava. Apesar dos acontecimentos funestos, como ações de policiais corruptos, as reações dos narcotraficantes, que incitam as populações às ações truculentas, como queimar ônibus, mesmo diante de tudo isto, as UPPs representam avanços na Segurança Pública.

Contudo, mesmo diante desses avanços, o Brasil, ainda, infelizmente, apresenta abissal desigualdade social do orbe. A insatisfação é geral, pelos noticiários de corrupção envolvendo o PT, as “regalias” dadas aos condenados do Mensalão e do Lava Jato, quando se compara aos criminosos de crimes comuns, isto é, não de colarinho branco, a recessão, seja qual o nome que se dê a ela, pois o povo não quer saber de nome técnico, mas de ter e manter qualidade de vida.

Os narcotraficantes brasileiros oferecem aos jovens das favelas melhorias em suas vidas: respeito; ascensão econômica; idolatria. Respeito, de seus pais, das pessoas da comunidade, afinal, será temido; ascensão econômica, com o dinheiro do tráfico poderá comprar o que desejar e, ainda, ajudar a família; idolatria, uma arma na mão é condição de ser idolatrado pelas garotas.

Seja jovem das periferias, das favelas ou de condomínios luxuosos, todos querem ter uma personalidade, que seja respeitada. Quanto mais se exige do ser humano a condição de “super-homem”, mais o homo sapiens se sente inferiorizado. O sentimento de inferioridade data dos primórdios da humanidade. Ao tentar se adaptar ao ambiente que o cercava, deuses, tatuagens, adornos, rituais, superstições, tudo foi criado para “confortar” o animal humano amedrontado com a própria sombra. Dizer que a humanidade contemporânea superou o medo milenar é engodo. O instinto de grupo ainda existe, e jamais deixará de existir; ser diferente é um desconforto, pois pode causar discriminações, preconceitos e expulsão do grupo.

Existem rituais para a admissão do indivíduo [seja aceito] no grupo, estes rituais “sagrados” estão no tipo de comportamento, de indumentária, de vocabulário, de crença, do local onde reside, do emprego. Ser diferente é não estar respeitando o ritual “sagrado” convencionado pelo grupo. Não é de se estranhar que a adesão ao “contrato social” causa perturbação emocional, e até orgânica. A liberdade tem limites, os limites convencionados como sendo os melhores para todos, mesmo que “todos” representam “minorias”. É o caso de uma sociedade aristocrática.

O ambiente não determina comportamento, mas influencia. As condições psíquicas de um grupo tem forte influência na formação psíquica do novo cidadão. Nos primeiros anos de vida, a criança aprende por condicionamento às determinações dos genitores. Na adolescência, as divergências acontecem, entre os padrões comportamentais do grupo e do próprio adolescente, contudo, algo universal a todos os seres humanos existe: reconhecimento, por parte dos outros membros do grupo, de que existe, tem pensamentos, opiniões próprias. Desconfortavelmente, o adolescente procura uma personalidade que o faça sentir “importante” no seio do grupo, os ídolos [“semideuses”] são os seres humanos que irão suprir o desconforto emocional do jovem que ainda não tem sua personalidade formada.

Não podemos esquecer de que há um endeusamento do ser humano, como sendo um deus contra tudo e contra todos, o dominador incansável a conquistar pela força bruta. Livros de oratória e de linguagem corporal ensinam os indivíduos parecerem “destemidos”, “invencíveis”, “suprainsinteligentes”, “supra-habilidosos”. O mercado de trabalho exige pessoas assim. Por décadas, empresas selecionaram para seus quadros pessoas que agiam com enérgica decisão, que demonstrassem autoridade de um semideus aos subordinados. Essa concepção de mandante implacável tem suas bases axiológicas na escravidão, na relação de soberanos e servos. E a relação entre empregadores e empregados, gerentes e subordinados não deixam de ser um resquício da concepção “deuses e mortais”.

Diante da competitividade ferrenha, que é exigido pelo Capitalismo, pois sem consumismo não há Capitalismo, ou melhor, meritocracia exige pessoas com qualidades “superiores”, existe uma formação psíquica nos jovens que os exaurem em seus limites emocionais. Os pais “zelosos”, então, exigem que suas proles façam várias atividades quase ao mesmo tempo, pois a globalização, a meritocracia exige pessoas instruídas, sábias, competitivas, destemidas. Os esportes para os futuros cidadãos empreendedores servem como preparação mental e física aos desafios da vida humana. O mercado de trabalho e o empreendedorismo exigem “super-heróis”.

As máquinas estão a serviço do ser humano, sendo que estas máquinas devem funcionar pelo exaustivo laborar dos próprios seres humanos, no caso, os proletariados. As riquezas devem circular em velocidade cada vez mais rápida. As saciedades dos consumidores devem ser aplacadas como transmissão de dados na web. Os recursos naturais devem estar presentes como uma fonte perto da fábrica. A pressa não tem tempo de esperar, tudo deve ser rápido, pois a competitividade exige, os consumidores,

hipnotizados pelas publicidades dissonantes, também exigem efeitos rápidos. O narcótico do ciclo — extração, manufatura, publicidade e consumo; reciclagem, publicidade e consumo — é sensação passageira, e o dependente ser humano necessita mais e mais de doses maiores do narcótico “felizes”.

O assunto exposto pode parecer desconexo, mas não o é. Os jovens são influenciados por comerciais e músicas que ostentam o supérfluo, o complexo de inferioridade. Pensar que influenciam somente os adultos é sofisma. Deste a metade do século XX, os alvos são tantos os jovens quanto os adultos. O jovem de hoje é o adulto de amanhã, e consumista, proletariado ou empreendedor complexado. As publicidades invocam o bem-estar pelo consumo exagerado — sempre apelando para o complexo de super-homem —, o Estado se mostra incapaz de assegurar redução da desigualdade, o caos é como uma massa de bolo fermentado. Ao calor das emoções humanas, quando não atendidas, ou não conseguidas pela precária condição econômica, eclodem revoltas contra qualquer contrato social, porque parece desumano.

E assim, diante do caos mundial, gerado pelas inúmeras violações de Direitos Humanos, mesmo nos países cujas democracias estão consolidadas, mas que exploram, com suas transnacionais, as riquezas de outros países, através da mão de obra escrava, como faz a China, nada mudará. E onde há revolta, ganância e ódio, há aproveitadores, como são os traficantes e os terroristas.

Se a pobreza, pela desigualdade social, é oportunidade de captar futuros membros para o tráfico ou para o terrorismo, a riqueza, incentiva pelas publicidades ideológicas ao consumismo ou condição de bem-estar, o que leva a ganância, também oferece oportunidade à captação ao tráfico ou terrorismo. Ser pobre é invocado como condição degradante, ser rico é condição de vida magnânima, mas que deve ser conquistada com unhas e dentes. Na cabeça de um jovem, nada resta se não confusão. Claro que pobreza impede o indivíduo obter o mínimo de subsistência para viver dignamente, contudo a riqueza, de uma pessoa, de um grupo, ou de uma nação, não tem se demonstrado como solução final para o ser humano se sentir feliz, como é comumente divulgado pelos comerciais.

Se riqueza fosse sinônimo de felicidade, países ricos não teriam depressivos, suicidas, como é o caso dos EUA e do Japão. Honra, invencibilidade, destreza, o “super-homem” deve existir num mundo de perfeição imperfeita. O século XXI representa tudo o que ser o ser humano é em seu íntimo, as consequências das guerras, os desastres naturais, as corrupções, o tráfico de droga que atingem até os países desenvolvidos. O

Estado social pode existir, mas de nada adiantará se não mudar o comportamento humano, ou melhor, a sua mentalidade, de que sua existência depende do equilíbrio em seus atos. Quando há desequilíbrio, há harmonia. Tanto a pobreza quanto a riqueza, duas extremidades, são perniciosas à vida humana, e até planetária. A riqueza de uma nação, mesmo neste século, tem servido ao empobrecimento de outra nação. O desperdício tem sido um gravíssimo problema nos países, e o desperdício leva a extração perigosa para se obter o necessário, o cultivo perigoso com agrotóxicos etc.

Tudo está interligado, pois as necessidades humanas, no contexto, são básicas. A cooperação entre os povos deve ser a diretriz para diminuir as guerras. O amadurecimento psíquico da humanidade, onde não há divisões e diferenças pelos conceitos de “superior” e “inferior”, é possível pela humildade, de que todos são irmãos de um mesmo orbe, todos adoecem, têm o mesmo ciclo de vida, como nascer e morrer. Se nos primórdio da humanidade, como acontecia nas tribos primitivas, a solidariedade era o comportamento correto, como o Homo Sapiens pode se sentir “evoluído” pela sua grotesca atitude egolatria?

O prenúncio de uma nova guerra mundial está tão evidente quanto o próprio degelo. Se as nações não cooperarem para diminuírem as diferenças sociais em todos os países, se cada nação não se deixar corromper por ideologias sectárias, se os governantes não agirem para criarem políticas eficientes ao Estado social, e controlar a crescente máquina perversa do Estado liberal, se os profissionais não visarem apenas o lucro, mas o respeito à vida, talvez, a humanidade não sucumba pela própria loucura.

BALAS PERDIDAS

JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF: Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Livre-Docente da Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-doutoramentos na Universidade de Wisconsin, Estados Unidos da América, e na Universidade de Rouen, França. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Juiz de Direito aposentado. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados do Espírito Santo. Membro da Associação de Juristas pela Integração da América Latina. Membro da Associação "Juizes para a Democracia". Membro da Associação Internacional de Direito Penal (França). Autor de 39 livros e trabalhos publicados ou apresentados no Exterior, comunicações em congressos, palestras, intervenções em debates, trabalhos inseridos em obras coletivas, na França, nos Estados Unidos, no Canadá, no México, na Nicarágua, na Argentina.

Não há uma definição jurídica do que seja bala perdida. Entretanto, o termo foi incorporado à linguagem corrente para significar projétil de arma de fogo que atinge pessoa que não estava envolvida no episódio, fato ou evento que motivou o disparo. Ou seja, a bala perdida é a bala sem rumo, que não estava endereçada àquele que pela mesma foi alcançado.

Fica assim entendido que é “vítima de bala perdida” a pessoa que teve a desdita de estar no lugar errado, na hora errada, e que por este motivo recebeu o impacto do artefato que lhe causou ferimentos ou morte.

Em outros tempos de Brasil a bala perdida era acontecimento raro, motivo pelo qual não obteve um adequado tratamento legislativo. Hoje, entretanto, as balas perdidas frequentam o cotidiano do noticiário.

Conforme levantamento feito pelos jornais “A Gazeta” e “Notícia Agora”, de Vitória, mais de meia centena de pessoas morreram em consequência de balas perdidas, nos últimos meses,

no Espírito Santo. Suponho que em outros Estados a situação seja semelhante.

Dentre os casos mais dramáticos registre-se o de uma criança de onze anos que recebeu um tiro no peito quando estava brincando no quintal de um vizinho, na Rua José Bonifácio, no bairro Aribiri, em Vila Velha.

Outra ocorrência assustadora foi a de um comerciante de 34 anos, que foi atingido por bala perdida quando falava com o pai ao telefone no bairro Cascata da Serra.

Houve, no Brasil, em 23 de outubro de 2005, um referendo que proibiria comercializar armas de fogo. Esse referendo consistia em aprovar o artigo 35 do Estatuto do Desarmamento:

"Art. 35 - É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei".

A proibição pretendida não alcançou apoio da maioria dos votantes.

Os eleitores podiam optar pela resposta "sim" ou "não". O resultado final foi de 59.109.265 votos rejeitando a proposta (63,94%), enquanto 33.333.045 votaram pelo "sim" (36,06%).

De minha parte, cumprindo um dever de consciência, votei pelo *sim*, escrevi um artigo defendendo o voto *sim*, e concedi entrevistas na televisão apelando para que o eleitorado aprovasse o desarmamento. Mas, ao lado de milhões de pacifistas, fui derrotado.

O argumento a favor do *não* era o de que os homens de bem precisavam do direito de se armar. Esqueceram-se os defensores desta tese de um detalhe fundamental: as armas legalmente

adquiridas poderiam ser furtadas para a prática de crimes, como tem ocorrido com frequência.

Talvez agora, sob o ruído e o fulgor das balas perdidas, rentes às varandas dos nossos edifícios, uma nova consulta popular possa ser realizada para repor, perante a opinião pública, o debate do tema.

A ESTABILIDADE DO OBREIRO QUE SÓ PODERÁ TER SEU CONTRATO DE TRABALHO RESCINDIDO APÓS INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE: Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

INTRODUÇÃO

Os obreiros portadores de estabilidade somente podem ter seus contratos de trabalho declarados rescindido com o pronunciamento judicial, ou seja, após o devido processo legal, que é do inquérito para apuração de falta grave, conforme art. 494 da CLT.

Art. 494 - O empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito e que se verifique a procedência da acusação.

Parágrafo único - A suspensão, no caso deste artigo, perdurará até a decisão final do processo.

Entende o ilustre doutrinador Eraldo Ribeiro, que os empregados protegidos pela necessidade de instauração do inquérito seriam aqueles que contêm mais de 10 anos de serviço para o mesmo empregador, antes de terem optado pelo FGTS, antes do advento da Constituição de 1988; além do dirigente sindical, incluindo-se os diretores de cooperativas.

Com efeito, dispõe o artigo 8º, inciso VIII da Constituição Federal que:

“Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”.

Corroborando o disposto na Constituição e na Consolidação, que reproduziu em seu artigo 543, §3º o disposto no inciso acima transcrito, a Súmula nº 197 do STF estabelece que “o empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure falta grave”.

Art. 543 - O empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais. [Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967](#).

§ 3º - Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação. [Redação dada pela Lei nº 7.543, de 2.10.1986](#).

Súmula 197 - STF

O empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure falta grave.

A respeito do empregado decenal, o artigo 492 da CLT dispõe que:

“Art. 492 - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Parágrafo único - Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador”.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal em 1988, o artigo 492 da Consolidação, que data de 1943, foi prejudicado, visto que o conteúdo do artigo 7º, I da Lei Maior é com ele – art.492 – incompatível, conforme se observa da leitura abaixo:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Assim, o instituto da estabilidade decenal foi sepultado com a Constituição Federal, quando esta assentou a inclusão automática do trabalhador ao regime do FGTS.

Gozam, também, de estabilidade no emprego, nos termos do artigo 165 da CLT, os titulares da representação dos empregados nas CIPA(s), não podendo sofrer despedida arbitrária sem a devida instauração do inquérito.

“Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. [\(Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977\).](#)”

Parágrafo único - Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado. [\(Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977\)](#)”.

Portanto, o inquérito para apuração de falta grave é uma ação intentada pelo empregador, após suspender seu empregado estável que cometeu alguma falta grave, com o fim de rescindir o contrato de trabalho de seu subordinado.

O empregador deverá, primeiramente, suspender o empregado estável e, depois, dentro do prazo de trinta dias, contados da data da suspensão, ajuizar a oportuna ação, correndo o risco de, caso não o faça, configurar uma espécie de perdão presumido.

A estabilidade pode decorrer de lei ou de previsão no documento coletivo da categoria, vejamos outros casos:

Empregado que sofreu acidente (art. 118 da Lei nº 8.213/91): O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida pelo prazo mínimo de 12 meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa. A estabilidade para esse caso começa a partir do término do auxílio-doença concedido ao empregado que sofreu acidente de trabalho. Para ter direito à estabilidade de 12 meses é necessário que o afastamento por motivo de acidente seja superior a 15 dias (se for menor não há direito ao benefício, pois nesse caso os dias que ficou sem trabalhar serão pagos pelo empregador) e o empregado acidentado tem, obrigatoriamente, de dar entrada ao pedido de auxílio-doença junto ao INSS. Se ele simplesmente deixar de trabalhar por mais de 15 dias e não dar entrada no benefício não terá direito à estabilidade. Caso o empregado contraia alguma doença profissional e for comprovado que essa doença decorreu da atividade que desempenhava também terá direito ao benefício.

Empregada gestante: Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Mesmo que o empregador não tenha conhecimento da gravidez da empregada, terá de reintegrar ao trabalho ou pagar a indenização decorrente da estabilidade em caso de demissão. E a gestante só pode voltar ao trabalho se a demissão ocorrer durante o período de estabilidade. Caso entre com uma ação trabalhista e a sentença do juiz se dê após o período de estabilidade, só será possível obter a indenização (pagamento de salários e demais direitos que receberia se estivesse trabalhando). Como são cinco meses de estabilidade, então teria direito a receber o valor do salário mais direitos multiplicado por 5. A empregada que ficar grávida durante o contrato de experiência não tem direito à estabilidade, já que o término do contrato não configura arbitrariedade, porque as partes têm conhecimento de que o contrato tem dia certo para terminar.

Membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA (art. 165 da CLT): Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato. Ao suplente eleito na Cipa também se aplica a estabilidade provisória, conforme entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, na Súmula nº 339. Mas se a empresa deixar de existir, fechar ou falir, o empregado eleito para a CIPA não terá direito a estabilidade e nem a indenização, pois a comissão somente tem razão de existir quando a empresa está em atividade. A estabilidade não se aplica ao empregado que representa o empregador perante a CIPA.

Dirigente sindical (Súmula nº 379 do TST): Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até um ano após o final do seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave. Mas se o empregado fizer o registro da candidatura durante a vigência do aviso prévio, ainda que indenizado, não terá direito a estabilidade. O dirigente sindical somente poderá ser dispensado após conclusão do inquérito judicial para apuração da falta grave.

Representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia (art. 625-B, § 1º, da CLT): É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia (criada por alguns sindicatos para resolver questões relativas ao contrato de trabalho sem ter que se socorrer ao Judiciário), titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave.

Membros do Conselho Nacional da Previdência Social - CNPS (Lei nº art. 3º, § 7º, Lei nº 8.213): Aos membros

eleitos para representar os trabalhadores no Conselho Nacional da Previdência Social (CNPS), enquanto representantes dos trabalhadores em atividade, titulares e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial.

Empregados eleitos diretores de sociedades cooperativas (art. 55 da Lei nº 5.764/71): Os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas por eles criadas gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Membros do Conselho Curador do FGTS (art. 3º, § 9º, Lei nº 8.036/90): Aos membros eleitos para representar os trabalhadores no Conselho Curador do FGTS, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo sindical.

Documento coletivo da categoria: O direito à estabilidade pode ser garantido em cláusula no documento coletivo da categoria, como criar garantia de emprego para outros casos (estabilidade para quem está para se aposentar, por exemplo) e ainda aumentar o prazo da estabilidade.

Portadores de doenças de repercussão social, tais como AIDS, Câncer, Tuberculose, outras doenças e portadores de condições fenotípicas (quando sua demissão pode significar discriminação): O Tribunal Superior do Trabalho (TST) consolidou jurisprudência favorável aos portadores do vírus HIV e outras doenças que sofreram demissões consideradas

discriminatórias. O tema foi pacificado em julgamento na Seção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), realizado em novembro de 2007. O caso, relatado pela ministra Rosa Maria Weber, tem servido de precedente para situações semelhantes. Foi o que ocorreu em uma recente decisão da 1ª Turma do TST, publicada em setembro. Os ministros condenaram a M. Companhia de Seguros a reintegrar um ex-funcionário com o vírus HIV. Segundo os autos, ele foi pressionado a rescindir o contrato após ser divulgado seu estado de saúde. Como a empresa estava encerrando suas atividades e o trabalhador não tinha interesse em atuar em outra empresa do grupo, o TST condenou a M. a pagar indenização equivalente a 46 salários, com reflexos sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), férias, 13º salário, vale-refeição e cesta básica.

Dessa forma, observe-se a jurisprudência:

“Reintegração. Empregado portador do vírus da AIDS. Não obstante inexistir no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS, não se pode conceber que o empregador, munido de poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV – Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no caput do artigo quinto da Constituição Federal. (TST, nos ERR nº 205359/1995, Ac. da SBDI 1, Rel.: Min. LEONARDO SILVA, in DJU de 14/05/1999, p.43)”.

A Constituição Federal, no inciso IV, do artigo 3º, prevê: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Em meio a análise do artigo da Lei Maior, deve-se crer na origem constitucional da estabilidade, visada na situação em pauta, uma vez que a estabilidade é a única forma de minar o preconceito específico aos doentes incuráveis.

Também está previsto na Constituição Federal em seu artigo 7º, I: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". No entanto, observe-se a omissão de lei complementar que faça executar tal norma constitucional, uma vez que o dispositivo abstrato não é auto-aplicável.

Atualmente é muito comum o juiz avaliar se para o empregado é melhor a reintegração ou indenização, pois a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no artigo 496, prevê a possibilidade de concessão de indenização quando a reintegração for desaconselhável. É o que ocorre muitas vezes com empregada gestante que é demitida e realiza requerimento de reintegração. Se ficar constatado que o retorno ao emprego pode causar algum prejuízo à empregada, não teria o menor sentido reintegrá-la, sendo dessa forma melhor a indenização.

Além dos casos previstos em lei, nada impede que a garantia no emprego seja estipulada contratualmente, quando as partes abdicam mutuamente do direito de romper o contrato de trabalho sem justa causa. É comum acontecer quando o empregador pretende investir grande soma em dinheiro na formação, treinamento ou aprimoramento do empregado, mas

deseja alguma garantia de que ele não irá se desligar logo depois da empresa e aceitar a vaga de um concorrente, levando o conhecimento adquirido para o novo emprego.

CONCLUSÃO

A garantia no emprego, como o próprio nome diz, protege o emprego, e não é dado nem ao empregado nem ao empregador o direito de optar entre o retorno à empresa e o pagamento de indenização correspondente ao período de garantia. A empresa não pode optar por dispensar o empregado estável pagando a indenização até o final do período da garantia do emprego, ainda que nesse caso provavelmente o empregado não iria à Justiça para reclamar. O máximo que conseguiria seria o retorno, pois a verba já teria sido paga.

Havendo garantia o empregado não poderá ser dispensado sem justa causa, mas poderá ocorrer a justa causa, pois estabilidade não é passaporte de impunidade nem autoriza a que o empregado deixe de cumprir suas obrigações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Maurício Godinho. Direito coletivo do trabalho. 2014.

DELGADO, Maurício. Godinho Curso de Direito do Trabalho. 2011.

GOMES, Orlando. Curso de direito do trabalho. 2001.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do trabalho. 2013.

EXPLICITAÇÕES À CARTA SOBRE O PATRIMÔNIO CONSTRUÍDO VERNÁCULO (1999): SINGELAS PINCELADAS

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

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise da Carta sobre o Patrimônio Construído Vernáculo (1999) e sua proeminência na salvaguarda do patrimônio cultural. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fóssilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens

moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Tutela Jurídica. Documentos Internacionais.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Explicitações à Carta sobre o Patrimônio Construído Vernáculo (1999): Singelas Pinceladas.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”*^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a

conservação e recuperação das áreas degradadas, primordialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e

de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente

consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*[\[10\]](#).

Nesta senda, ainda, Fiorillo[\[11\]](#), ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver

desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que *ocaput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os

limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação *docaput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo

irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por

todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introductórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “*A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos*”^[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo

incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental” [17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente.

especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que *“expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo”*[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, *“o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente”*[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional

do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos insertos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Explicitações à Carta sobre o Patrimônio Construído Vernáculo (1999): Singelas Pinceladas

Em um primeiro momento, cuida anotar que o patrimônio construído vernáculo ocupa um lugar central no afeto e no orgulho dos povos. Foi aceite como uma característica e como um produto atrativo da sociedade; ele surge informal, mas ainda assim ordeiramente. É utilitário e ao mesmo tempo possui interesse e beleza. É um foco da vida contemporânea e ao mesmo tempo um registro da história da sociedade. Apesar de ser o trabalho do homem, também é uma criação do tempo. Seria indigno do patrimônio do homem se não fosse prestada atenção à conservação destas harmonias tradicionais que constituem o núcleo da própria

existência do homem. O patrimônio construído vernáculo é importante; ele é a expressão fundamental da cultura de uma comunidade, do seu relacionamento com o seu território e, ao mesmo tempo, a expressão da diversidade da cultura mundial. A construção vernácula é a forma tradicional e natural pela qual as comunidades habitavam. É um processo contínuo que inclui as necessárias modificações e adaptações contínuas como resposta às restrições sociais e ambientais. A sobrevivência desta tradição está mundialmente ameaçada pelas forças da homogeneização econômica, cultural e arquitetônica. Como se podem deter essas forças é um problema fundamental que deve ser abordado pelas comunidades e, também, pelos governos, pelos planejadores, pelos arquitetos, pelos conservacionistas e por grupos multidisciplinares de especialistas. Em consequência da homogeneização da cultura e da transformação socioeconômica, as estruturas vernáculas são extremamente vulneráveis em todo o mundo, enfrentando sérios problemas de obsolescência, de equilíbrio interno e de integração. É, portanto, necessário estabelecerem-se princípios para o tratamento e para a proteção do nosso patrimônio construído vernáculo, para além da Carta de Veneza.

Os exemplos do vernáculo podem ser reconhecidos por: a) uma maneira de construir partilhada pela comunidade; b) um caráter local ou regional reconhecível; c) coerência no estilo, na forma ou na aparência, ou o uso de tipos de construção tradicionalmente estabelecidos; d) sabedoria tradicional no projeto e na construção, que é transmitida informalmente; e) uma resposta efetiva às restrições funcionais, sociais e ambientais; f) a aplicação efetiva de sistemas e de ofícios de construção tradicionais. A apreciação e a proteção com sucesso do patrimônio vernáculo dependem do envolvimento e do apoio da comunidade, da continuidade do seu uso e da sua manutenção. Os governos e as autoridades responsáveis devem reconhecer o direito que todas as comunidades têm de manterem as suas tradições de vida, de

protegê-las através de todos os meios legislativos, administrativos e financeiros disponíveis, e de passá-las para as futuras gerações. A conservação do patrimônio vernáculo deve ser executada por competências multidisciplinares, embora reconhecendo a inevitabilidade da mudança e do desenvolvimento, bem como a necessidade de ser respeitada a identidade cultural estabelecida.

O trabalho atual em edifícios, grupos e povoados vernáculos deve respeitar os respectivos valores culturais e o seu caráter tradicional. Frequentemente, o vernáculo é representado apenas por estruturas únicas, e é melhor conservado pela manutenção e pela preservação de grupos de edificações e de povoados com um caráter representativo, região por região. O patrimônio vernáculo edificado é uma parte integral da paisagem cultural, e este relacionamento deve ser tomado em consideração no desenvolvimento das abordagens de conservação. O vernáculo abrange não só a forma e a fábrica física dos edifícios, das estruturas e dos espaços, mas também as formas pelas quais eles são usados e compreendidos, e as tradições e associações intangíveis que lhes estão associadas. Qualquer trabalho físico sobre um edifício, ou sobre uma estrutura vernácula, deve ser cuidadoso e deve ser precedido por uma análise completa da sua forma e da sua estrutura. Este documento deve ser conservado num arquivo acessível ao público. As intervenções sobre estruturas vernáculas devem ser executadas de uma forma que respeite e mantenha a integridade da localização, do relacionamento com a paisagem física e cultural, e das diversas estruturas entre si.

A continuidade dos sistemas tradicionais de construção e das competências artesanais associadas com o vernáculo é fundamental para a expressão vernácula, e é essencial para a reparação e para o restauro destas estruturas. Tais competências devem ser retidas, registradas e passadas para as novas gerações de artesãos e de construtores, através da educação e da formação.

As alterações que respondem legitimamente às solicitações do uso atual devem ser efetuadas pela introdução de materiais que mantenham a consistência da expressão, da aparência, da textura e da forma de toda a estrutura, bem como a consistência dos materiais de construção. A adaptação, e o novo uso, das estruturas vernáculas deve ser executada de forma que respeite a integridade da estrutura, o seu caráter e a sua forma sendo, ao mesmo tempo, compatível com padrões de vida aceitáveis. Onde não houver quebra na continuidade de utilização das formas vernáculas, um código de ética próprio da comunidade pode servir como ferramenta de intervenção.

Devem ser apreciadas e compreendidas as alterações ao longo do tempo como sendo aspectos importantes da arquitetura vernácula. Normalmente, não deve ser objetivo dos trabalhos sobre estruturas vernáculas procurar-se a conformidade de todas as partes com um único período. Para se conservarem os valores culturais de expressão vernácula, os governos, as autoridades responsáveis, os grupos e as organizações devem dar relevo ao seguinte: a) Programas de educação para conservadores sobre os princípios do vernáculo. b) Programas de formação para apoiar as comunidades na manutenção dos sistemas, materiais e competências artesanais tradicionais de construção. c) Programas de informação que aumentem a consciência pública sobre o vernáculo, especialmente entre a geração mais nova. d) Redes regionais sobre arquitetura vernácula, para troca de competências e de experiências.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Lei N°. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões**. 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 07 set. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 07 set. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas

peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

**CENTRO UNIVERSITÁRIO METODISTA IZABELA HENDRIX
FACULDADE DE DIREITO**

**A SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO SOB O ENFOQUE DA
DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS EM DWORKIN E
ALEXY**

Jéfferson Estevão Sousa Ferreira

BELO HORIZONTE

2015

JÉFFERSON ESTEVÃO SOUSA FERREIRA

**A SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO SOB O ENFOQUE DA
DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS EM DWORKIN E
ALEXY**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix – Minas Gerais, como o requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Renato Martins Vieira Fonseca

BELO HORIZONTE

2015

JÉFFERSON ESTEVÃO SOUSA FERREIRA

**A SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO SOB O ENFOQUE DA
DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS EM DWORKIN E
ALEXY**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix – Minas Gerais, como o requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Renato Martins Vieira Fonseca

Orientador: Nome do (a) professor(a)

(_____)

(_____)

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2015.

RESUMO

Por meio do presente estudo, busca-se analisar a súmula impeditiva de recurso de apelação e seus efeitos no que tange ao Princípio do Devido Processo Legal, Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório e o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Analisa-se ainda, a teoria de Ronald Dworkin e a de Robert Alexy acerca da constituição e estrutura do ordenamento jurídico e sua interpretação proporcionada pelo romance em cadeia, pelo princípio da integridade no direito e a ponderação dos princípios com a presença ativa da figura mítica do juiz Hércules, bem como as propostas trazidas pelos filósofos no que concerne a distinção e fórmula de resolução de conflitos entre princípios e regras.

Palavras-chave: Súmula Impeditiva . Princípios . Jurisdição

ABSTRACT

Through this study, we analyzed the summary impediment of the resource and its effects on the due process principle of law, Broad Principle of defense and of the adversarial principle and of appeal.

It also examines the theory of Ronald Dworkin and Robert Alexy about the formation and structure of the law and its interpretation provided by the chain novel, the principle of integrity and right weighting principles with the active presence of the mythical figure of Hercules judge, and proposals brought by philosophers about the distinction and formula for resolving conflicts between principles and rules.

Keywords: Precedent deterrent. Principles. Jurisdiction

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I ENTENDENDO A INOVAÇÃO LEGISLATIVA TRAZIDA PELA LEI 11.276/06	9
1.2 Requisitos da súmula impeditiva de recurso de apelação e sua aplicabilidade	10
CAPÍTULO II PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS ATINENTES À SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO	12
2 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição	12
2.1 Princípio do devido processo legal.....	13
2.2 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório	14
2.3 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.....	15
2.4 Princípio da Duração Razoável do Processo.....	16
CAPÍTULO III A SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO E O APARENTE CONFLITO COM OS PRINCÍPIOS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, DA AMPLA DEFESA E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	18
1 Aplicação da Súmula Impeditiva de Recurso e o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.....	18
1.1 Aplicação da súmula impeditiva de recurso e o aparente conflito com o Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório.....	19
1.2 Da inexistência de violação dos princípios do Duplo Grau de Jurisdição, do Contraditório e da Ampla Defesa.....	20
CAPÍTULO IV ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS: UMA ANÁLISE SOB A VISÃO DE DWORKIN E ALEXY	21
1 Os comandos normativos propostos por Dworkin	21
1.1 Identificando os princípios em Dworkin	26
1.2 A força principiológica nos chamados Hard Cases (casos difíceis), e a atuação do juiz Hércules.....	27

1.3	A integridade do Direito e atuação do magistrado no chamado romance em cadeia	34
2	Os princípios e as regras em Alexy	40
2.1	Uma análise acerca da teoria de Dworkin	40
2.2	Análise acerca do tudo ou nada proposto por Dworkin	43
2.3	A colisão das regras em Alexy	47
2.4	O teorema da colisão e a terceira forma de reconstrução de regras	48
2.5	A colisão de princípios em Alexy.....	50
2.6	Abrangência de aplicação do teorema da colisão.....	51
2.7	Uma questão de ponderação dos Princípios	52
3	CONCLUSÃO	55
4	LEVANTAMENTO BIBLIOGRÁFICO.....	56

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo apresentar o instituto da súmula impeditiva de recurso de apelação sob uma visão principiológica, para tanto, invocamos o pensamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy acerca da distinção entre regras e princípios.

Intenta-se, outrossim, determinar até que ponto essa vinculação de precedentes advindos dos Tribunais Superiores com supedâneo numa prestação jurisdicional célere pode interferir no exercício da ampla defesa e no acesso ao poder judiciário.

Infere-se que neste momento, o denominado caráter orientador das súmulas possui grande relevância no prosseguimento do processo, que como cediço podem obstar o andamento do feito na instância superior.

O instituto em comento adveio com a edição da Lei 11.276/06 e, como toda inovação jurídica, ainda é vista como uma norma que não traz a pretensa segurança jurídica intentada pelo legislador.

Assim sendo, apresentaremos o tema com precisas ponderações e análises dos pontos que geram controvérsias na doutrina e jurisprudência, sem, contudo, esquecer a força principiológica agregada à norma.

CAPÍTULO I ENTENDENDO A INOVAÇÃO LEGISLATIVA TRAZIDA PELA LEI 11.276/06

1 Súmula impeditiva de recurso de apelação

A súmula impeditiva de recurso de apelação aportou no processo civil brasileiro por meio da alteração legislativa promovida pela Lei 11.276/06 que acrescentou ao art. 518, do CPC o § 1º, e *que, in verbis* assim dispõe:

§1.º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Basta um simples volver no sobredito parágrafo para se notar que o legislador atribuiu ao juízo *primevo* a competência para negar seguimento ao recurso de apelação quando o magistrado prolator da sentença houver sentenciado com base em entendimento sumulado pelos Tribunais Superiores, a saber, Supremo Tribunal Federal e o Excelso Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, notoriamente o legislador possibilitou ao juízo *a quo* a mesma competência, antes, apenas atribuída ao relator do recurso de apelação, quando este aportasse na superior instância.

Destarte, tem-se que a súmula impeditiva de recurso de apelação opera no sentido de dar mais celeridade e ao mesmo passo segurança jurídica ao exercício da jurisdição.

1.2 Requisitos da súmula impeditiva de recurso de apelação e sua aplicabilidade

O recurso de apelação encontra previsão legal no art. 513, e seguintes do Código de Processo Civil, sendo a súmula impeditiva inserida no art. 518, § 1º, do mesmo diploma legal.

Acerca dos requisitos para aplicação da súmula impeditiva, basta que haja uma sentença cuja fundamentação tenha por base entendimento sumulado pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça) ou, STF (Supremo Tribunal Federal).

Outro não é o entendimento constante na obra Código de Processo Civil Anotado, confeccionado por vários autores e apresentado pela OAB/PR (Ordem Dos Advogados Do Brasil – Seccional Do Paraná), e que segundo Sandro Marcelo Kozikoski:

O § 1º do art. 518 do CPC contempla o mecanismo da inadmissão do apelo, nos casos em que a sentença estiver baseada, de forma inequívoca, em súmula dos Tribunais Superiores (STF e STJ). Tem-se, assim, um pressuposto negativo de admissibilidade da apelação. A sentença impugnada não pode estar alinhada com os fundamentos determinantes das súmulas da jurisprudência dominante do STF ou do STJ. No caso de alinhamento do conteúdo da sentença com o conteúdo sumulado, havendo interposição de apelação, o juiz aplicará a regra de inadmissão, sendo que essa última decisão comporta impugnação via agravo de instrumento. Em caso de apelação interposta contra sentença complexa, que possa conter capítulos decisórios fundados em súmulas do STF ou do STJ e outros baseados em fundamentação diversa, não fica afastada a hipótese do juiz receber parcialmente o apelo no tocante a esses últimos (CPC ANOTADO, 2013, p. 1042).

Deste entendimento, perfilha os ensinamentos do festejado professor Fredie Didier Jr. que assim preconiza:

Mantendo unidade e coerência sistemática, se o juiz pode dispensar o reexame necessário no caso de a sentença fundar-se em súmula de tribunal superior, cabe-lhe também não admitir o recurso de apelação, caso já haja súmula de tribunal superior a respeito do tema. Do mesmo modo, se o juízo de admissibilidade da apelação é feito também pelo juízo *a quo*, é natural que se lhe estenda o poder previsto no art. 557 do CPC, conferido ao relator, para proferir juízo de inadmissibilidade da apelação quando estiver

em desconformidade com o texto sumulado por tribunal superior (DIDIER JR; CUNHA, 2013, p. 145).

Ocorre, porém, que, se o juiz em sede de juízo de preliberação verificar que a sentença vergastada não se encontra amparada por entendimento sumulado pelo STF ou STJ, não poderá o magistrado negar seguimento ao recurso de apelação, vez que, a sentença atacada valeu-se de fundamentação distinta daquela constante no verbete sumular.

Urge destacar, outrossim, que , haverá situações nas quais, não será aplicada a súmula impeditiva, dessa forma, o art. 518, § 1º, do CPC, não se aplica em determinadas situações, a saber, a) se a apelação tiver por fundamento *error in procedendo*, pretendendo o apelante invalidar a decisão judicial; b) se o apelante discutir a incidência da súmula no caso concreto: neste caso, o recorrente não discute a tese jurídica sumulada: alega, isso sim, que o caso não se subsume a hipótese normativa consolidada jurisprudencialmente, c) se o apelante trazer em suas razões fundamento novo, não examinado pelos precedentes que geraram o enunciado da súmula do STF ou STJ, que permitam o overruling do precedente; d) se houver choque de enunciados do STF e do STJ sobre o mesmo tema, é o que se depreende de uma simples leitura, por exemplo, do verbete 621 da súmula do STF , e verbete 84 da súmula do STJ, sobre o compromisso de compra e venda; e) se, embora sem choque entre enunciados dos tribunais superiores, houver divergência manifesta de posicionamento entre o enunciado de um e a jurisprudência dominante do outro (DIDIER JR; CUNHA, 2013, p. 145-146).

Diante das exceções supracitadas, vê-se que, o referido procedimento de vinculação de precedentes não possui caráter absoluto, comportando, portanto, exceções que podem atacar a sentença objurgada com fundamentação válida a ensejar a reapreciação da matéria pela instância revisora.

Nessa toada, ao deparar-se com o recurso de apelação contendo alguma dessas sobreditas exceções, estará o juízo recorrido impedido de negar seguimento ao recurso de apelação, ainda que a sentença recorrida esteja calcada em entendimento sumulado pelos Tribunais Superiores.

CAPÍTULO II PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS ATINENTES À SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO

2 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição

O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição é também nominado direito de ação, ou Princípio do Livre Acesso ao Judiciário, ou conforme assinalou Pontes de Miranda, Princípio da Ubiquidade da Justiça. O referido princípio guarda previsão constitucional no art. 5.º, XXXV, da Carta da República de 1988, estabelecendo em seu dispositivo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (LENZA, 2012, p. 1002)

Acerca do princípio em comento, leciona Fredie Didier Jr.:

A jurisdição é manifestação de um Poder e, portanto, impõe-se imperativamente, aplicando o Direito a situações concretas que são submetidas ao órgão jurisdicional. Ao lado da função legislativa e da função administrativa, a função jurisdicional compõe o tripé dos seus poderes estatais. Embora monopólio do Estado, a função jurisdicional não precisa necessariamente ser exercida por ele. O próprio Estado pode autorizar o exercício da função jurisdicional por outros agentes privados, como no caso da arbitragem (DIDIER JR, 2012, p. 98).

Nesse mesmo sentido aponta o pensamento do professor Watanabe (apud LENZA, 2012), distinguindo que a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Deste modo, o acesso à justiça não se subsume em apenas bater na porta do Poder Judiciário, mas sim, em ser beneficiado por uma prestação jurisdicional célere, justa, consubstanciada na razoabilidade e proporcionalidade.

2.1 Princípio do devido processo legal

O devido processo legal é um princípio que assim como Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, também encontra previsão constitucional, mais precisamente no art. 5.º, LIV, da Constituição Federal de 1988 que assim dispõe, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, (DIDIER JR, 2012, p. 45).

Dando-se por assente, na verdade, o Princípio do Devido Processo Legal mostra-se como sendo um macro princípio, que possui vários corolários que culminam na existência de vários outros subprincípios como, por exemplo, o Princípio da Ampla Defesa, o Princípio do Contraditório, que serão adiante detidamente abordados.

Em uma feliz classificação dimensional do Princípio do Devido Processo Legal, Fredie Didier (2012, p.49) assevera que o devido processo legal é direito fundamental que pode ser compreendido em duas dimensões. Há o devido processo legal formal ou procedimental, cujo conteúdo é composto pelas garantias processuais, como o direito ao contraditório, ao juiz natural, a um processo com duração razoável. Trata-se da dimensão mais conhecida do devido processo legal.

Nos EUA (Estados Unidos Da América), desenvolve-se a dimensão substancial do devido processo legal. Um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais: devido é o processo que não gera decisões jurídicas substancialmente devidas. Assim, a experiência jurídica brasileira assimilou o devido processo legal de um modo bem peculiar, considerando-lhe fundamento constitucional de algumas máximas que mais tarde se tornariam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (DIDIER JR, 2012, p. 50).

Tamanha é a força desse macro princípio, que segundo Didier “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extrai da cláusula geral do devido processo legal os deveres de proporcionalidade ou razoabilidade.

Por sua vez, Mattos (apud DIDIER JR, 2012) assevera que a concretização do devido processo legal substancial pela jurisprudência do STF é bem ampla e

vaga e que, segundo a jurisprudência do STF, devido processo substantivo pode significar desde a proibição de 'leis que se apresentem de tal forma aberrantes da razão', passando pela exigência 'de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade, (...) e de racionalidade (...), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir', até a necessidade de 'perquirir-se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Conforme depreende-se dos entendimentos alinhavados, não restam dúvidas acerca da pujança agregada ao Princípio do Devido Processo Legal, que se mostra como o ponto de partida para todos os demais princípios que norteiam o processo.

2.2 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

Para Didier (2012, p. 61), "contraditório e ampla defesa formam um belo par. Não por acaso, estão previstos no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, LV, CF/88)".

Como corolário do devido processo legal, figura-se o Princípio do Contraditório, esse princípio traz consigo a aplicabilidade nos mais variados âmbitos, previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, o mencionado princípio possui aplicação não só no âmbito judicial, mas também no âmbito administrativo e, sobretudo, poderá ser invocado por todo aquele que se ver acusado de uma maneira geral, é o que se depreende do disposto no art. 5.º, LV, da Constituição Federal de 1988.

A propósito:

Estabelecido no art. 5º, LV, da CF: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e

recursos a ela inerentes”. Do contraditório resultam duas exigências: a de se dar ciência ao réus da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que nele se passa; e a de permitir-lhes que se manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham à pretensão do adversário. O juiz tem de ouvir aquilo que os participantes do processo têm a dizer, e, para tanto, é preciso dar-lhes oportunidade de se manifestar, e ciência do que se passa, pois que sem tal conhecimento, não terão condições adequadas para se manifestar (GONÇALVES, 2011, p. 60)

Nesse diapasão, o processo é um procedimento estruturado em contraditório, e nesse processo, o Princípio do Contraditório é reflexo do princípio democrático na sua estruturação. Democracia é participação, e a participação no processo, seja ele judicial, ou administrativo, opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. Seria dizer que, o Princípio do Contraditório dever ser tido como exigência para que o exercício de determinado poder seja exercido de forma democrática (DIDIER, 2012, p. 56-57).

Exemplificando de forma brilhante a aplicação efetiva do Princípio do Contraditório, Didier nos mostra que:

Mais condizente com a essa visão do princípio do contraditório é o art. 599, II, do CPC, que determina que o juiz deve, em qualquer momento da fase executiva, advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça. Ora antes de punir, adverte sobre o comportamento aparentemente temerário, para que a parte possa explicar-se. (DIDIER, 2012, p. 57).

Os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório conforme já lecionado pelo ilustre professor Didier, apresentam-se como uma bela dupla e que possuem papel mais que relevante durante o *iter* processual.

Isto porque ambos os princípios possuem o caráter de fazer com que as partes participem ativamente do processo, e que juntas formem o livre convencimento motivado do magistrado, dessa forma, atuam diretamente na confecção da sentença.

2.3 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição é um princípio que deve ser analisado com certo cuidado, visto que a Constituição Federal de 1988 não tratou da matéria de forma expressa, motivo pelo qual, parte da doutrina entende não ser o presente princípio valorado com status constitucional.

Para melhor esclarecimento trago à baila, os preciosos ensinamentos de Moreira (apud DIDIER JR, 2013), que a questão que divide a doutrina é a que se refere à natureza constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição. A Constituição Federal de 1988, no inciso LV do art. 5.º, assegurou a todos os litigantes em processo administrativo ou judicial o direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ele inerentes.

Assim, todavia, expressamente, não aludiu ao duplo grau de jurisdição, mas sim aos instrumentos inerentes ao exercício da ampla defesa. Por esse motivo, autorizada doutrina pátria repele que o duplo grau de jurisdição esteja alçado à categoria de princípio constitucional.

Em que pese não haver expressa previsão na Constituição Federal de 1988, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição decorre implicitamente da adoção, pela Carta da República, de um sistema de juízos e tribunais, que julgam recursos contra decisões inferiores. No entanto, nada impede que, em algumas circunstâncias, não exista o duplo grau (GONÇALVES, 2011, p. 71).

A aplicação do princípio em comento, torna-se perfeitamente entendível sob a ótica de um Estado Democrático de Direito, e que por conseguinte necessita de mecanismos hábeis a propiciar aos litigantes uma revisão das decisões proferidas pelos magistrados de primeiro grau, não olvidando-se daqueles casos em que estaremos diante de ações de competência originária do tribunais.

2.4 Princípio da Duração Razoável do Processo

A duração do processo sempre foi um grande entrave no judiciário brasileiro, mas atualmente muito se fala na busca da efetividade do processo em prol de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, nesse sentido a Emenda Constitucional nº 45/2004, ampliando os direitos e garantias fundamentais, estabeleceu, no art. 5.º, LXXVIII, que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (LENZA, 2012, p. 1032-1033).

A rigor, esse princípio apresenta-se como um dos corolários do devido processo legal, noutro giro, já se poderia encontrar fundamento, em nosso ordenamento jurídico, justamente por essa faceta, já que para que o processo alcance o seu desiderato é preciso que chegue a termo dentro de prazo razoável. Nesse jaez, a sobredita Emenda Constitucional inseriu em nosso texto constitucional aquilo já era consagrado pelo Pacto de San José da Costa Rica, de 1969 (GONÇALVES, 2011, p. 63).

Marcus Vinicius Rios Gonçalves, com o brilhantismo que lhe é imanente, assevera em sua obra Direito Processual Civil Esquematizado que:

Devem-se buscar os melhores resultados possíveis, com a maior economia de esforços, despesas e tempo possível. Esse princípio imbrica com o da efetividade do processo: afinal, a duração razoável é necessária para que ele seja eficiente. Podem ser citados numerosos exemplos de medidas que foram tomadas para torná-lo mais eficiente: a extensão dos casos em que cabe a concessão de tutelas de urgência, a possibilidade de solução concentrada de casos idênticos e repetitivos, as súmulas vinculantes, a adoção de meios eletrônicos no processo, a redução do número de recursos cabíveis, sobretudo aqueles dotados de efeito suspensivo. Deve haver, ainda, cuidado para que o número de juízes se mantenha condizente com o de processos e que eles estejam suficientemente equipados para dar conta da demanda (GONÇALVES, 2011, p. 63).

A duração razoável do processo é fator determinante para se definir até que ponto a prestação jurisdicional é eficaz. Tal pensamento redundava na espera infinita das partes pelo provimento estatal, o que deveras tem evoluído ante o uso inafastável de meios alternativos como, por exemplo, a conciliação que se apresenta como meio de proporcionar as partes um resultado advindo do mútuo consentimento destas, em menor prazo que aquele que o judiciário levaria para prestar o efetivo acesso à justiça.

CAPÍTULO III A SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO E O APARENTE CONFLITO COM OS PRINCÍPIOS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, DA AMPLA DEFESA E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

1 Aplicação da Súmula Impeditiva de Recurso e o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

A inovação legislativa promovida pela Lei 11.276/06 teve como uma de suas finalidades promover celeridade ao bom andamento processual e ao mesmo passo trazer segurança jurídica aos julgados promovidos pelo juízo singular. No entanto, há quem entenda pela inconstitucionalidade do dispositivo que trata da súmula impeditiva de recurso.

Aos que entendem pela inconstitucionalidade da norma, o argumento é no sentido de que o instituto em estudo ofende o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Noutro sentido há quem defenda que a suposta ofensa ao duplo grau de jurisdição consistiria no fato do juiz prolator da decisão analisar o mérito do recurso, uma vez que afirmando se está ou não sua decisão em consonância com súmula dos Tribunais Superiores, estaria examinando o próprio mérito recursal ¹.

Ocorre que, o juiz não analisa o mérito recursal ao fazer o juízo de preliberação, e ainda que, porque considerar o duplo grau de jurisdição como uma garantia constitucional e, conseqüentemente defender a impossibilidade de sua mitigação, é o mesmo que considerar incapazes os juízes de primeiro grau (SÚMULA, 2012).

Desse entendimento discrepam os ensinamentos de Teresa Arruda Alvin, pois, para a renomada jurista, resta patente que o recurso não é indeferido em razão da ausência de seus requisitos de admissibilidade, já que saber se a sentença está ou não em consonância com o entendimento sumulado pelo STF ou

¹ Revista âmbito jurídico – Súmula Impeditiva de Apelação: breves considerações. Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/10868.pdf> > Acesso em: 23 de maio de 2015.

pelo STJ é questão atinente ao juízo de mérito do recurso (WAMBIER, 2006, p. 226).

Corroborando o entendimento esposado por Wambier, Fredie Didier Jr. assim se posiciona:

Não é lícito ao juízo *a quo*, perante quem se interpõe a apelação, apreciar-lhe o mérito. Incumbe-lhe, apenas, controlar a sua admissibilidade”. Contudo, na verdade, quando o juiz aplica o § 1º do art. 518 do CPC, ele está a negar seguimento à apelação por razões de mérito; pode-se dizer que se conferiu ao juiz, nesse caso competência para julgar o mérito da apelação. O Juiz em outras palavras estará negando provimento à apelação. Daí por que o tribunal já pode apreciar a sentença, no agravo de instrumento interposto dessa decisão do Juiz, modificando-a. Sendo certo que o Juiz, ao aplicar o § 1º do art. 518 do CPC, julga o mérito da apelação, o subsequente agravo de instrumento tem, em seu efeito devolutivo, inserida essa própria matéria de mérito, já podendo rever, ali mesmo, a sentença (DIDIER JR, 2010, p. 129).

Como visto, resta patente a divergência doutrinária. Ressalte-se, ainda, que, outra divergência rodeia esse instituto, qual seja a de que quando o magistrado ao negar seguimento ao recurso de apelação com base na súmula impeditiva estaria ele obrigado a fazê-lo, ou seria uma faculdade?. Essa questão é por demais singela, há quem defenda piamente que em que pese a literalidade do dispositivo ser no sentido de obrigatoriedade, trata-se na verdade de uma faculdade do magistrado, assim como seria faculdade o fato dele utilizar a súmula como fundamentação.

Apresentam-se como defensores desta tese o i. professor Nelson Nery Junior, José Henrique Mouta Araújo e por fim, Cássio Scarpinella Bueno. Já, dentre os que defendem ser um dever do juiz atuar na denegação do recurso podemos citar Daniel Amorim Assunção Neves.

Entre detentores da razão ou não, entendemos que a discricionariedade do magistrado somente irá até o momento de fundamentar sua sentença, pois, se ele opta por respaldar-se em súmula do STF ou STJ, estar-se-á obrigado a negar seguimento ao recurso futuramente interposto.

1.1 Aplicação da súmula impeditiva de recurso e o aparente conflito com o Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório.

Ainda na esteira de possíveis violações a princípios, faz-se mister tratar a questão da eventual violação ao Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, que figuram como corolários do macro Princípio do Devido Processo Legal.

Nesse sentido, vozes afirmam que as súmulas, por serem o resumo da jurisprudência dominante dos tribunais e, desta forma, decorrentes de decisões reiteradas, necessariamente foram enunciadas sob o crivo da ampla defesa e do devido contraditório, insistentes em afirmar que não se visualiza qualquer prejuízo ou ofensa ao princípio em comento, já que o mérito da causa já fora amplamente debatido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e que, se a demanda foi julgada em conformidade com o entendimento sumulado pelo STF e/ou STJ não haveria que se alegar ofensa ao contraditório² (SÚMULA, 2012).

Desse entendimento corroboramos, aqui, mais uma vez verifica-se que a aplicação da súmula impeditiva de recurso de apelação não possui o condão de violar o Princípio da Ampla Defesa, sequer do contraditório. Em uma análise mais retrospectiva do processo, é de fácil verificação que o direito ao contraditório e à ampla defesa fora exercido até a prolação da sentença objeto da irresignação que ensejou a interposição do recurso que ora se pretende negar seguimento.

Veja-se que o exercício do contraditório e da ampla defesa também foi efetivado quando da edição do verbete sumular que, adveio de precedentes levados à apreciação pelo STF ou STJ, assim, tanto na confecção do entendimento sumulado, quanto na aplicação do predito entendimento na sentença recorrida, houve efetiva e satisfativa participação das partes no desenrolar da lide.

1.2 Da inexistência de violação dos princípios do Duplo Grau de Jurisdição, do Contraditório e da Ampla Defesa.

² SÚMULA, op. cit., p. 02

A nosso ver, não vislumbramos a existência de violação ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, malgrado ter o juiz a faculdade de fundamentar com base no entendimento sumulado, não visualizamos a pretensa violação. É que por uma questão de segurança jurídica consubstanciada na vinculação de precedentes, não faria sentido alçar os autos à instância revisora sabendo-se que lá chegando teriam o mesmo tratamento que fora conferido ao juízo *primevo*.

Sendo assim, não há que se falar em violação ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, mas sim, em uma conjugação deste, com o Princípio da Celeridade Processual e da segurança jurídica. Ademais, não podemos pensar na hipótese de engessamento de precedentes, pois, como cediço, o Direito caminha junto à evolução da sociedade.

Conclui-se, portanto, que o juiz ao promover o juízo de preliberação não está adentrando no mérito recursal, eis que a matéria ali constante já fora objeto de sentença, assim, a admissibilidade limita-se a analisar seus requisitos intrínsecos e extrínsecos, sem, contudo, repita-se, apreciar-lhe o mérito.

Por fim, entendemos que assim como o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, o Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório nesse contexto da súmula impeditiva de recurso de apelação, figuram como um verdadeiro arcabouço, no sentido de que a aplicação de um está diretamente ligada a efetivação e adequação do outro, sem violações, mas sim, complementação principiológica de modo a promover, sobretudo, a tão sonhada segurança jurídica.

CAPÍTULO IV ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS: UMA ANÁLISE SOB A VISÃO DE DWORKIN E ALEXY

1 Os comandos normativos propostos por Dworkin

Ronald Dworkin, profícuo filósofo norte-americano e crítico ferrenho do positivismo jurídico, desenvolveu uma tese na qual se distingui os princípios das regras, e que fora posteriormente aprimorada por Alexy.

As regras apresentam-se como sendo normas jurídicas positivadas, que impõe deveres e direitos, em síntese são normas jurídicas que obrigam, proíbem ou facultam algo. A aplicação das regras está sujeita ao que se denomina tudo ou nada, ou seja, ou, a regra é válida ou ela não é. Não há meio-termo, nem graduação. A regra ou se aplica ou não se aplica, é válida ou não é, é cumprida ou é descumprida. A regra não suporta medidas ou graus de cumprimento, ou se aplica totalmente a regra, ou, ela é violada. Um exemplo de regra é aquela norma que define o limite de velocidade nas estradas. Ou está dentro ou está fora do limite. Não há meio-termo (DWORKIN, 1978, p. 24).

Lado outro, os princípios são todos os demais padrões de moralidade transcendentais ao direito positivo, isto é, são todos aqueles padrões morais e políticos a que as decisões jurídicas recorrem para decidir os casos que não são suficientemente solucionados pelas regras do direito. Os princípios são todos os demais padrões normativos que não são regras, que estão para além do direito positivo.

O princípios são muito diferentes das regras em vários aspectos. Princípios não estabelecem as condições prévias de sua aplicação, tal como fazem as regras. E por isso os princípios não são questões de tudo ou nada. O seu cumprimento não é uma questão de correção, mas de adequação, de coerência. Os princípios não são válidos ou inválidos, mas, sim, questões de peso, de importância, questões de fundamento, de justificação adequada. Princípios prevalecem ou não prevalecem.

Dworkin, em sua tese, defende de forma categórica que existe uma diferença de caráter lógico entre princípios e regras. Essa não é a tese mais difundida na doutrina brasileira, que, em geral, tem-se ocupado em defender uma tese que se pode denominar “fraca” da distinção entre regras e princípios, pois, o que se vê é uma distinção de grau, seja ele de fundamentabilidade, de abstração ou de generabilidade (SOUSA, 2011, p. 96).

Assim, Dworkin elaborou uma base teórica para promover essa distinção e ao mesmo passo atacar o positivismo jurídico e seus defensores em especial Herbert Hart que apresentara em Oxford sua versão sobre o latente tema.

Na tentativa de mostrar a constituição do ordenamento jurídico por meio do positivismo jurídico e sua deficiência para com os anseios da sociedade, Dworkin³ (apud, SOUSA, 2011, p. 97), afirma que o positivismo fornece um modelo de sistema jurídico constituído exclusivamente por regras, o que o torna insuficiente para dar conta da solução dos casos difíceis (*hard cases*), quando se usam *standards* que operam e funcionam de maneira distinta das regras. Dworkin parte de um problema concreto para refutar a teoria positivista propugnada por Hart, que é o de que o conceito positivista de aplicação do Direito seria criticável a partir da seguinte situação: um juiz, quando não há uma regra aplicável ao caso concreto, ou quando a regra aplicável é indeterminada, deve tomar uma decisão discricionária, ou seja, deve criar uma solução nova para o concreto.

A proposta trazida por Dworkin visa mostrar para os operadores do Direito, que um ordenamento jurídico não pode ser constituído somente por regras como deliberadamente defendia Hart. Para Dworkin, um juiz quando se depara com a situação de não haver regra aplicável ao caso concreto ou de regra aplicável estar indeterminada (casos difíceis), não deve tomar uma decisão completamente discricionária, pois tem o dever de tomar tal decisão a partir da aplicação rigorosa dos princípios jurídicos⁴.

Dworkin identifica dois critérios para distinguir os princípios das regras. O primeiro deles é o de que as regras se diferenciam dos princípios a partir de um ponto de vista lógico, em razão do tipo de solução que oferecem. As regras operam de maneira tudo-ou-nada (*“all-or-nothing-fashion”*), ou, o que é dizer o mesmo, as regras operam na dimensão da validade. Se ocorre o suposto de fato comandado, proibido ou permitido por uma regra, então ou (i) a regra é válida, e então as suas consequências jurídicas são obrigatórias, ou (ii) a regra não é válida, e então ela não deve ser aplicada, isto é, as suas consequências jurídicas não contam em nada para a decisão. Em outras palavras seria dizer que, ou a regra é aplicada em sua inteireza, ou ela deve ser por completo não aplicada (deve ser não aplicada em absoluto). (SOUSA, 2011, p. 97).

³ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

⁴ O raciocínio jurídico entre princípios e regras - Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242932/000936212.pdf?sequence=3>> acesso em 26/10/15

Para Dworkin (2002, p. 25-26) os princípios não possuem a estrutura disjuntiva das regras, pois não estabelecem claramente os supostos de fato cuja ocorrência torna obrigatória a sua aplicação, nem que as consequências devem surgir a partir de sua aplicação, ou seja, os princípios não determinam por completo uma decisão, pois apenas servem as razões que contribuem a favor de uma decisão ou outra. O segundo critério, que segue até mesmo da distinção de caráter lógico acima disposta, é o de que as regras não possuem: a dimensão do peso (*dimensão of weight*). Esse critério é definido pela importância ou pelo peso relativo que um princípio tem em relação ao outro princípio quando os dois colidem em um caso concreto. Com efeito, quando dois princípios colidem em um caso concreto, a decisão é tomada em virtude de um princípio (P1) ter, diante das circunstâncias concretas, uma importância ou um peso relativo maior do que o do outro princípio colidente (P2), fato esse que não impede que em uma decisão posterior, mudadas as circunstâncias concretas, essa situação de prevalência se inverta, e o princípio P1 que, na primeira situação, tinha um peso relativo maior, agora tenha um peso relativo menor do que P2.

A propósito:

(...) É que, quando, por exemplo, uma regra comanda algo que uma outra regra proíbe sem que se tenha previsto nenhuma exceção em nenhuma delas, o conflito só pode ser resolvido mediante declaração de invalidade de uma das regras, ou seja, por meio da declaração de que um das regras não mais pertence ao ordenamento jurídico. No caso da colisão de princípios, essa declaração de invalidade não ocorre, pois ambos os princípios colidentes permanecem válidos, e, portanto, continuam ambos pertencendo ao ordenamento jurídico. O que acontece é que, no caso concreto, um princípio cede em detrimento do outro. É preciso atentar que, quanto à maneira tudo-ou-nada de aplicar as regras, há uma objeção de que não se pode prever todas as exceções possíveis a determinada regra, ou seja, é possível que seja formulada uma nova exceção a uma regra que até então era desconhecida (Dworkin, 2002, p. 27).

De acordo com Sousa (2011, p. 98) Dworkin afirma que, se pelo menos teoricamente é possível listar as exceções que possam existir a uma regra, essa objeção não procede. Ademais, o que importa notar é que a tese de que o conflito de regras possui uma estrutura completamente distinta da colisão de princípios, fornece um critério justificante para manter a distinção.

O professor Rafael Simioni assevera que:

Essa distinção é importante não apenas porque ela aponta para uma possível superação hermenêutica do problema das colisões de preceitos fundamentais, mas também porque permite um certo nível de equilíbrio na tensão entre constitucionalismo e democracia. Afinal, na medida em que as decisões jurídicas começam a interferir na definição democrática de políticas públicas, a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas torna-se um problema (SIMIONI, 2012, p. 205).

Dessa forma, segundo Simioni⁵ (2011, p. 206) essa distinção de Dworkin é tão importante que na atualidade não mais se fala em norma jurídica, mas, apenas em regras e princípios. Ao contrário de Castanheira Neves, Alexy (1993) e outros, os princípios, em Dworkin, não são espécies do gênero norma. Os princípios são questões de fundamento e não precisam estar necessariamente positivados em leis – ou em precedentes, para o caso do *common law*.

Com tais fundamentos, torna-se evidente, segundo Dworkin (1978, p. 26) que tais princípios promovem o engendramento de razões que conduzem a interpretação e argumentação jurídica para determinada direção. Frise-se que não são questões de certo ou errado, validade ou invalidade. São convicções que justificam o encaminhamento da solução para uma direção e não outra. Os princípios são questões de peso na justificação de uma decisão jurídica, que se revelam na forma de razões que inclinam a decisão para uma ou para outra decisão.

Os princípios não são regras contrafáticas, são pontos de vista para uma interpretação adequada dessas regras. Os princípios conferem uma posição especial que justifica a interpretação adequada do direito (SIMIONI, 2011, p. 207).

Ao dissertar sobre o campo de aplicação das regras e princípios, pretende Dworkin estabelecer o critério de escolha de uma regra em detrimento de outra, bem como de um princípio em detrimento do outro.

A problemática está em saber como ficará a regra ou o princípio preterido, quais consequências advirão dessa escolha. Dworkin sabiamente traça essa distinção, estabelecendo critérios de validade, invalidade, pesos, tudo pautado no caráter lógico, demasiadamente por ele exposto.

⁵ REGRAS, PRINCÍPIOS E POLÍTICAS PÚBLICAS EM RONALD DWORKIN: A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JURÍDICAS: Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4756/3658>> Acesso em 28/10/15.

1.1 Identificando os princípios em Dworkin

Tradicionalmente, as teorias do direito indicam vários critérios diferentes para o reconhecimento de princípios. As teorias positivistas identificam os princípios nos textos legais que afirmam princípios normativamente, como por exemplo, é o reconhecido caso de direitos fundamentais positivados. Outras teorias positivistas identificam os princípios naquelas normas mais genéricas, que prescrevem atos inespecíficos. Assim, as regras seriam aquelas normas jurídicas que prescrevem atos específicos, enquanto os princípios por sua vez, seriam aquelas normas jurídicas que prescrevem atos mais genéricos, mais inespecíficos (SIMIONI, 2011, p. 209).

Segundo Dworkin (1978, p. 79), a identificação dos princípios segue um outro critério no qual ele elenca ser necessário saber se um princípio é um princípio da comunidade e nesse sentido é uma questão de argumentação. Verifica-se, portanto, que não é uma questão de relatório ou de textos legais, muito menos uma questão metodológica de teste de *pedigree* de princípios.

Conforme Simioni (2011, p. 210), a questão dos princípios é sempre uma questão de peso na argumentação. Não é uma questão de hábito, nem de reconhecimento, sequer de status dentro da ideia de um sistema hierárquico de regras e jurídicas, nem mesmo uma questão de *pedigree* moral segundo qualquer teoria política. Os princípios não são apenas normas no sentido positivista de regras que ordenam, proíbem ou facultam algo. Os princípios são na verdade, justificações, são a base para as instituições e leis da comunidade, são os padrões de moralidade política da comunidade que justificam.

A identificação dos princípios, portanto, só pode ser realizada argumentativamente. Mas não no sentido das teorias procedimentalistas da argumentação. E sim no sentido de que os princípios são aqueles fundamentos, são aquelas “razões de ser” das regras, que melhor justificam as nossas práticas. Os princípios são aquelas pressuposições, aquelas preconcepções, que utilizamos para justificar a interpretação de uma regra como a melhor interpretação possível para os casos. Os princípios são aquelas convicções de moralidade política mais profundas, mais intuitivas, mais originais e autênticas, que justificam uma

determinada interpretação do direito como a melhor interpretação possível (SIMIONI, 2011, p. 210).

Sob essa visão, os princípios são fundamento de validade da interpretação, estabelecendo um alcance mais amplo, mundialmente interpretados e aplicados da mesma maneira, o que os difere das regras, que direcionam-se a tutelar objetos jurídicos específicos e previamente positivados.

1.2 A força principiológica nos chamados Hard Cases (casos difíceis), e a atuação do juiz Hércules.

Assevera Dworkin (1978, p. 81), que os casos difíceis são aqueles que, do ponto de vista das teorias do positivismo jurídico, não podem ser submetidos a uma regra clara de direito, sendo aqueles casos que, do ponto de vista do positivismo jurídico, admitem duas ou mais respostas igualmente justificáveis nos textos legais.

As teorias positivistas do direito afirmam que não há uma única resposta correta do direito. E como não há uma única resposta correta, então a decisão jurídica precisa escolher uma dentre as várias soluções jurídicas possíveis. E assim as teorias positivistas justificam essa escolha como um ato discricionário do juiz. Quando há duas ou mais respostas igualmente corretas do ponto de vista do positivismo jurídico, a decisão jurídica poderia escolher entre uma dessas e essa escolha estaria justificada em um poder discricionário (SIMIONI, 2011, p. 211).

Ocorre, porém, que essa justificativa da discricionariedade da decisão jurídica representa um problema grave para o direito, pois a decisão que cria direito, discricionariamente afirma uma contradição insustentável, qual seja a de que a decisão afirma que havia um direito preexistente da parte que ganhou a ação e, ao mesmo tempo, cria direito novo. Em outras palavras, a decisão jurídica reconhece o direito de uma das partes como um direito preexistente nos textos legais, mas justifica esse reconhecimento na forma de um ato discricionário do juiz. E isso significa que a decisão cria direito novo e o aplica retroativamente (SIMIONI, 2011, p. 211).

A proposta de Dworkin (1978) era demonstrar que, ainda que estivéssemos diante desses casos difíceis, o Direito teria uma resposta apta a deslindar a lide.

Acerca dessa resposta do Direito para os casos difíceis somada a possibilidade de sua integração, Dworkin cria a figura mítica de um juiz o qual se atribui o nome de Hércules, figura imaginária de um jurista que tudo sabe.

No direito, porém, a exemplo do que ocorre na literatura, a interação entre adequação e justificação é complexa. De igual modo, como ocorre num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro. Dworkin tenta expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto se utiliza de um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade (DWORKIN, 2003, p. 287).

Esse juiz imaginário e, de saber sobre-humano denominado de “Hércules” deverá emitir juízos e lidar com tensões ao decidir um grande número de casos. O direito como integridade pressupõe mais perguntas do que respostas a outros juristas e juízes que possivelmente darão respostas diferentes, entretanto, nesse jogo de perguntas e respostas forma-se o romance em cadeia⁶ (COSTA, 2011, p. 101).

Segundo Costa (2011, p. 101) para se chegar à resposta que atenda aos anseios das partes e que seja compatível com a teoria dos princípios, Dworkin propõe, pela metáfora do juiz filosófico Hércules, um juiz mítico que seria capaz de desenvolver a resposta que produza consonância entre a intenção legislativa e os princípios jurídicos.

Nesse contexto, afirma Dworkin que:

Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como

⁶ Tema a ser estudado a seguir.

dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo (DWORKIN, 2002, p. 165).

Para Carlos Henrique Generoso Costa⁷, “Hércules, quando estiver diante de um caso concreto, deve elaborar uma teoria acerca das decisões e princípios que circundam o caso, a fim de buscar o melhor argumento possível a justificar a sua decisão”.

Dworkin (2002, p. 167), por sua vez, assevera que Hércules deverá examinar a questão não apenas como um problema de ajustamento entre uma teoria e as regras da instituição, mas também como uma questão de filosofia política.

Esse projeto é um raciocínio para desenvolver uma teoria que confira o conjunto complexo de princípios e políticas justificáveis para o sistema de governo. Hércules deve-se ater à filosofia política e ao comando institucional. Tal tarefa vinculará a linguagem emanada do poder legislativo e as suas responsabilidades institucionais como juiz. (...) Hércules deve formar a sua opinião sobre o problema. Atuando como um romancista em cadeia, deve encontrar alguma maneira coerente de ver os personagens e os temas que lhe foram apresentados. Também, deve buscar alguma teoria coerente sobre os direitos para manifestar a sua posição. (COSTA, 2011, p. 101).

Segundo Dworkin⁸ (apud COSTA, 2011), esse juiz hipotético deve ser criterioso e metódico, pois deve selecionar as diversas hipóteses que correspondem a melhor interpretação dos casos precedentes afirmando o direito como integridade que é estruturado pelo conjunto coerente de princípios sobre a justiça, equidade e devido processo legal em respeito a própria comunidade de princípios.

Forte nisso, verifica-se que a força gravitacional do precedente, como relato de uma decisão anterior e enquanto fragmento da história oferece razões para se decidir outros casos de maneira similar no futuro⁹.

Nestes termos, afirma Dworkin¹⁰ que:

Limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões.

⁷ COSTA, Carlos Henrique Generoso, A Interpretação em Ronald Dworkin – Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. p. 55, p. 93-104, out./dez. 2011. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1504/1527>> Acesso em 28/10/15.

⁸ DWORKIN, Ronald - O Império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁹ Op Cit, p. 101.

¹⁰ DWORKIN, Ronald - Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ele não teria força gravitacional alguma. Seu valor enquanto precedente ficaria restrito a sua força de promulgação, isto é, aos casos adicionais abarcados por alguns termos específicos do precedente. A força distributiva de uma meta coletiva, como já observamos aqui, e uma questão de fatos contingentes e de estratégia legislativa geral. Se o governo interveio em favor da srta. MaxPherson, não porque ela tivesse algum direito à sua intervenção, mas somente porque uma estratégia criteriosa sugeria este meio para alcançar uma meta coletiva como a da eficiência econômica, então não pode haver um argumento de equidade efetivo, de acordo com o qual o governo tinha, por isso, a obrigação de intervir em favor do autor da ação no caso Spartan Steel (Dworkin, 2002, p. 177).

Insta salientar que se torna forçoso concluir que essa força do precedente só influirá na decisão do sobre-humano juiz Hércules quando na verdade estiver embasada em argumentos de princípios que lhes ofereçam sustentação, eis que Hércules deve mostrar que a interpretação visa lançar a melhor luz diante do que lhe é trazido. Destarte, é preciso levar considerar não só as decisões tomadas em momento pretérito, mas a forma com que elas foram tomadas, por quais autoridades e, em quais circunstâncias (DWORKIN, 2003).

O modo com que tais decisões foram tomadas, (leia-se por qual autoridade e em quais circunstâncias) é relevante do ponto de vista político e jurídico, pois, para Dworkin (2003) “os juízes estão em situações profundamente diferentes dos legisladores e o modo como de vem ser tomadas as suas decisões abstraindo-se da política”. Para tanto, o festejado Filósofo norte-americano preconiza que:

(...) o direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores. Não se adapta à natureza de uma comunidade de princípio o fato de que um juiz tenha autoridade para responsabilizar por danos as pessoas que agem de modo que, como ele próprio admite, nenhum dever legal as proíbe de agir. Assim, quando os juízes elaboram regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente, não tem a liberdade que há pouco afirmei ser uma prerrogativa dos legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões sobre o “*common law*” com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam porque as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos” que eles na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado (DWORKIN, 2003, p. 292-293).

No intuito de evitar confusão acerca da legitimidade da decisão judicial, Dworkin¹¹ (apud SIMIONI, 2011, p. 215), recomenda que a decisão jurídica utilize apenas argumentos de princípio e não de políticas públicas. Essa recomendação tem várias razões. A primeira razão é a de que uma argumentação baseada em políticas públicas coloca muitos problemas de legitimidade democrática da decisão, já que os juízes não são eleitos democraticamente como representantes políticos do povo, nem podem estar submetidos à opinião pública ou a negociações políticas de compromissos partidários.

Uma segunda razão forte para a decisão jurídica não recorrer a argumentos de políticas públicas está no fato de que a decisão jurídica não pode decidir os direitos das pessoas segundo as opções políticas do governo atual, já que o Judiciário deve ser responsável também pelos direitos das minorias políticas, independentemente das trocas de governo a cada eleição.

Por decorrência lógica, essas duas fortes objeções ao uso de argumentos baseados em políticas públicas não servem, contudo, para o uso de argumentos baseados em princípios morais (DWORKIN, 1978, p. 85).

Entende Simioni (2011, p. 215), que, os princípios conferem à decisão jurídica uma posição mais adequada para uma melhor interpretação dos conflitos e das divergências políticas. E que, justamente por isso, os princípios morais, especialmente os princípios de moralidade política, vão ser muito importantes para a adequação e justificação da resposta correta do direito.

O juiz Hércules aplica o direito com base no princípio da integridade, portanto, faz a interpretação do que fizeram os juízes em casos anteriores não proferindo sua decisão com base em argumentos de política. A integridade exige que o juiz ponha a prova a sua interpretação na vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, determinando que ele faça parte da teoria coerente que justifica a rede como um todo. O juiz real não poderia impor nada, de uma única vez, mas deve-se aproximar da interpretação plena de toda a comunidade (COSTA, 2011, p. 102).

Ainda que se trate de uma figura hipoteticamente criada com o intuito de interpretar, afirma Dworkin (2003), que um juiz verdadeiro só irá imitar Hércules até certo ponto, a permitir que o alcance de suas interpretações se estenda desde os casos imediatamente relevantes até outros casos gerais do direito.

¹¹ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

Para Dworkin¹² (apud COSTA, 2011, p. 102), os juízes, ao aceitarem a integridade e decidirem um caso difícil, buscam encontrar, no conjunto coerente de princípios sobre o direito e deveres das pessoas, a melhor interpretação possível que coaduna com a estrutura política e com a doutrina jurídica de sua comunidade.

E continua, ao veementemente afirmar que para realizar tal interpretação, é preciso levantar uma característica particular em Hércules, no que concerne a formação da sua convicção, pois, suas opiniões sobre a adequação se irradiam a partir do caso que tem diante de si em uma série de círculos concêntricos.

Os círculos concêntricos utilizados por Dworkin não o foram por acaso, a referida expressão fora utilizada por Hans Georg Gadamer, ou simplesmente Gadamer, para explicar que o deslocar não é nem empatia de uma individualidade na outra, nem submissão do outro sob os próprios padrões, mas significa sempre uma ascensão a uma universalidade superior, que rebaixa tanto a particularidade própria, como a do outro. O conceito de horizonte se torna aqui interessante, porque expressa essa visão superior mais ampla, que aquele que compreende deve ter. Ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo da vista, senão que precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos (GADAMER, 2005, p. 456).

(...) Hércules sabe que, em termos de princípios, o direito está longe de ter uma coerência perfeita. Sabe que a supremacia legislativa dá força a algumas leis que, em princípio, são incompatíveis com outras, e que a compartimentalização do “common law”, juntamente com a prioridade local, favorece a incoerência inclusive ali. Mas ele pressupõe que essas contradições não são tão abrangentes e intratáveis dentro de cada ramo ou instituto do direito que sua tarefa se torne impossível. Admite, na verdade, que é possível encontrar um conjunto de princípios razoavelmente plausíveis, para cada segmento do direito que deva fazer vigorar, que se ajuste suficientemente bem para poder ser uma interpretação aceitável (DWORKIN, 2003, p. 319).

Enfatiza Dworkin¹³ (apud COSTA, 2011, p. 102), que Hércules deve construir o esquema de princípios que forneça justificção coerente a todos os precedentes, na medida em que estão respaldados por princípios, também um

¹² Op Cit.

¹³ Op Cit.

esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas, sendo que as disposições constitucionais ocupam o nível mais alto dessa estrutura.

(...) se a história de seu Tribunal não for muito complexa, ele descobrirá, na prática, que a exigência de consistência total por ele aceita se revelará excessivamente forte, a menos que ele a desenvolva de modo que inclua a idéia de que, ao aplicar essa exigência, pode considerar alguma parte da história institucional por considerá-la equivocada. Isto porque ele será incapaz, mesmo com sua soberba imaginação, de encontrar qualquer conjunto de princípios que concilie todos os precedentes e todas as leis existentes. Este fato não surpreende: os legisladores e juizes do passado não tinham, todos, a capacidade ou o insight de Hércules, nem eram homens e mulheres que compartilhava as mesmas idéias e opiniões. Sem dúvida, qualquer conjunto de leis e decisões pode ser explicado histórica, psicológica ou sociologicamente, mas a consistência exige uma justificação, e não uma explicação, e a justificação deve ser plausível, e não postíça. Se a justificação que Hércules concebe estabelece distinções que são arbitrárias, e se vale de princípios que são convincentes, então ela não pode, de modo algum, contar com uma justificação (DWORKIN, 2002, p. 186).

Nessa tarefa, o juiz “Hércules” deve afirmar uma decisão que seja compatível com a sua teoria, devendo argumentar principiologicamente, de acordo com os dados levantados pelas partes (COSTA, 2011, p. 103). Neste mesmo sentido e com tais fundamentos, deve Hércules ampliar sua teoria de modo a incluir a ideia de que uma justificação da história institucional pode apresentar uma parte dessa história como um equívoco (DWORKIN, 2002, p. 189).

Neste momento, segundo Dworkin¹⁴ (apud COSTA, 2011, p. 103), Hércules não poderá fazer uso imprudente desse recurso, pois se lhe concedermos liberdade para reconhecer qualquer aspecto incompatível da história institucional como erro, sem que isso lhe causasse consequência alguma, a teoria da coerência cairia por terra.

Assim, deve Hércules, mostrar quais seriam as consequências, para novos argumentos, de se considerar algum evento institucional como um erro, e deve limitar o número e o caráter dos eventos dos quais se pode abrir mão dessa maneira (DWORKIN, 2002, p. 189).

¹⁴ Op Cit.

Percebe-se que diante da necessidade de se reconhecer determinado evento institucional como sendo um erro, haverá a obrigatoriedade de delimitar as consequências advindas desse procedimento.

Dessa forma, Dworkin (2002, p. 189-190), diferencia os erros enraizados e os passíveis de correção, lecionando que os erros enraizados são aqueles cuja autoridade específica acha-se estabelecida de tal maneira que ela sobreviva à perda de sua força gravitacional, já os erros passíveis de correção, são aqueles cuja autoridade específica depende da força gravitacional, de modo que ele não pode sobreviver à perda dela.

(...) Hércules aplicará, portanto, pelo menos duas máximas na segunda parte de sua teoria dos erros. Se puder demonstrar, por argumentos históricos ou pela menção a uma percepção geral da comunidade jurídica, que um determinado princípio, embora já tenha tido no passado atrativo suficiente para convencer o poder legislativo ou um tribunal a tomar uma decisão jurídica, tem agora tão pouca força que é improvável que continue gerando novas decisões desse tipo – então, nesse caso, o argumento de equidade que sustenta este princípio se verá enfraquecido. Se Hércules puder demonstrar, por meio de argumentos de moralidade política, que esse princípio é injusto, a despeito de sua popularidade, então o argumento de equidade que sustenta o princípio estará invalidado (DWORKIN, 2002, p. 191).

Inevitavelmente, como já de fato afirmou Dworkin (2006, p. 09), toda interpretação da norma jurídica, utiliza, quer se tenha consciência disso ou não, convicções de princípios.

1.3 A integridade do Direito e atuação do magistrado no chamado romance em cadeia

Salienta Dworkin¹⁵ (apud COSTA, 2011, p. 98), que a integridade constitui a chave para a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas, bem como o modo com que os juízes decidem os casos difíceis tendo por fulcro a integridade na legislação e de liberação judicial. O princípio da integridade na legislação restringe o que os nossos legisladores possam fazer ao elaborar as normas

¹⁵ Op Cit, 2003.

públicas. O princípio da integridade na deliberação judicial requer que os aplicadores do direito respeitem o ordenamento jurídico como conjunto coerente de princípios e, deste modo, descubra normas implícitas entre as demais normas jurídicas.

(...) a integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental. Em alguns casos, como o McLoughlin, de acordo com as premissas que acabamos de assumir, o juiz que tomar a integridade por modelo parecerá, de fato, mais cuidadoso do que o pragmático. Em outros casos, porém, suas decisões parecerão mais radicais. (DWORKIN, 2003, p. 265).

Isto posto, vê-se que integridade não deve ser vista apenas como decidir casos semelhantes da mesma forma, mas, sobretudo, exige que as normas sejam criadas e vistas com o escopo de expressar o sistema único e coerente de justiça, sob essa ótica, uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (DWORKIN, 2003, p. 264).

Segundo Dworkin¹⁶ (apud COSTA, 2011, p. 98), a integridade não deve ser vista apenas como decidir casos semelhantes da mesma forma, mas exige que as normas sejam criadas e vistas com o escopo de expressar o sistema único e coerente de justiça. O princípio legislativo da integridade determina que o legislativo proteja os direitos morais e políticos de todos, de tal maneira que as normas expressem um sistema coerente de justiça e equidade.

As proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 2003, p. 272).

O direito como integridade é, tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica, como fonte de inspiração. O programa que chega ao magistrado que está diante de um caso difícil é contingente e interpretativo. Na leitura da integridade, o direito determina que continuem interpretando o material que está diante dele (COSTA, 2011, p. 99).

¹⁶ Op Cit.

Assim sendo:

A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo dessas decisões anteriores (DWORKIN, 2003, p. 274).

É gizado por Costa (2011, p. 99), que a interpretação do direito utilizando-se da integridade e do passado só irá acontecer quando o seu enfoque contemporâneo assim o determinar. Não se busca recuperar na atualidade os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro os criaram. A história pretende justificar o que se fez em uma perspectiva digna de ser contada hoje.

O entendimento expendido por Costa corrobora a proposta de Dworkin no sentido de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2003, p. 274).

A nosso ver, a integridade possibilita a flexibilização acerca do entendimento do Direito, de modo que:

(...) quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanente construtivas, em virtude de sua própria natureza. Esse otimismo pode estar deslocado: a prática jurídica pode determinar por não ceder a nada além de uma interpretação profundamente cética. Mas isso não é inevitável somente porque a história de uma comunidade é feita de grande conflitos e transformações. Uma interpretação imaginativa pode ser elaborada sobre terreno moralmente complicado, ou mesmo ambíguo (DWORKIN, 2003, p. 274-275).

Para Dworkin (apud COSTA, 2011, p. 99), os magistrados são autores e críticos que atuam no que denomina de “romance em cadeia”, eles introduzem acréscimos na tradição que interpretam, por isso, podemos encontrar terreno fértil entre a literatura e o direito ao se criar o gênero literário do romance em cadeia. Para realizar tal façanha, Dworkin propõe que imaginemos um grupo de romancistas que se propõe a escrever um romance em série, e cada romancista da cadeia interpretará os capítulos anteriores para escrever o capítulo posterior. Tal capítulo será acrescentado pelo romancista seguinte e assim sucessivamente. Cada romancista deve escrever o capítulo de forma que seja criado da melhor maneira possível, assim a complexidade inerente a essa tarefa representa a complexidade de se decidir um caso difícil à luz do direito como integridade. O romancista criará um único romance a partir do material que recebeu, do que ele próprio recebeu e acrescentou, bem como daquilo que os seus sucessores na trama serão capazes de acrescentar. Ele deve criar o melhor romance possível como se fosse a obra de um só autor, mas que é produto de várias mãos.

(...) se for um bom crítico, seu modo de lidar com essas questões será complicado e multifacetado, pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma única perspectiva. Vai tentar encontrar níveis e correntes de sentido, em vez de um único e exaustivo tema. (DWORKIN, 2003, p. 277).

Dworkin¹⁷ (apud COSTA, 2011, p. 100) preceitua que para atingir tal desiderato devemos distinguir: a dimensão da adequação e a dimensão do ajuste, ou a compatibilidade com o material que lhe foram entregues. A dimensão da adequação determina que não se pode adotar uma interpretação, ainda que, pela sua complexidade, com diferentes leituras de personagem, trama e objetivos que essa interpretação descreve. A adequação não significa que a interpretação deve-se ajustar a cada segmento do texto, não o desqualifica se algumas linhas ou tropos são acidentais, ou mesmo que alguns elementos da trama são erros, pois, a interpretação deve fluir ao longo de todo o texto e será mal sucedida se deixar sem explicações partes estruturantes do texto. Se o romancista não encontrar interpretação que não possua falhas ele não terá cumprido a sua tarefa.

¹⁷ Op Cit.

Noutro viés, caso a interpretação dada pelo magistrado não seja compatível com o material que lhe fora entregue, Dworkin¹⁸ assevera que o mesmo:

(...) deve abandonar o projeto, pois a consequência de adotar a atitude interpretativa com relação ao texto em questão será, então, uma peça de ceticismo interno: nada pode ser considerado como continuação do romance: é sempre um novo começo (DWORKIN, 2003, p. 278).

Nesse sentido, Dworkin¹⁹ (apud COSTA 2011, p. 100) afirma que o intérprete pode achar que nenhuma interpretação isolada se ajusta ao conjunto do texto, mas que mais de uma se encaixa. A segunda dimensão da interpretação exige do intérprete o julgamento das possíveis interpretações e qual delas se ajustam melhor à obra em desenvolvimento, depois de observados todas as perspectivas da questão.

Tomando-se por base tais explicações, chegasse à conclusão de que no momento em que nenhuma das dimensões apresentadas for desqualificada, haverá, por conseguinte a pleiteada integração entre o conteúdo programático e a interpretação dada pelo romancista.

(...) também não podemos estabelecer uma distinção muito nítida entre a etapa em que um romancista em cadeia interpreta o texto que lhe foi entregue e a etapa em que ele acrescenta seu próprio capítulo, guiado pela interpretação pela qual optou. Ao começar a escrever, ele poderia descobrir naquilo que escreveu uma interpretação diferente, talvez radicalmente diferente (DWORKIN, 2003, p. 279).

Malgrado tratar-se de tema complexo, nada pragmático, Dworkin (2003) indaga sobre a opinião nesse contexto, para tanto, formula a seguinte pergunta: “a opinião sobre a melhor maneira de interpretar e dar continuidade ao romance em cadeia é uma opinião livre ou forçada?”.

Pois bem, a pergunta acerca da opinião do romancista mostra-se bem objetiva, mais objetiva ainda mostra-se a sua resposta, *in verbis*, formulada pelo i. filósofo norte-americano:

Nenhuma dessas duas descrições incipientes – de total liberdade criativa ou coerção mecânica do texto – dá conta de sua situação, pois, cada um deve, em certo sentido, sofrer ressalvas em decorrência da outra. Você sentirá liberdade de criação ao comparar sua tarefa com outra, relativamente mais mecânica, com a tradução direta de um texto em língua estrangeira. Mas vai sentir-

¹⁸ Op Cit.

¹⁹ Op Cit.

se reprimido ao compará-la a uma tarefa relativamente menos dirigida, como começar a escrever um romance (DWORKIN, 2003, p. 281).

Nesse afinamento, o intérprete deve basear as suas opiniões naquilo que lhe parece correto, na medida em que decide se uma interpretação é apropriada, se de fato ela se ajusta ao eixo do romance em cadeia tornando-o mais atraente (COSTA, 2011, p. 100). Atento a isso, verifica-se que não se está sujeito a coerção, já que nenhuma opinião poderá ser constrangida, salvo fatos externos e irredutíveis que todos estejam de acordo (DWORKIN, 2003, p. 282)

Segundo afirma Costa (2011, p. 100), a interpretação do ponto de vista do escritor e a coerção que ele sofre são de tais formas incontroversas que todos sentem essa mesma força que o autor vivencia, já que tal interpretação se dá pelo romance em cadeia e constitui a obra de um único autor. Imprescindíveis as colocações de Dworkin no que concerne a vinculação do intérprete ao eixo interpretativo.

Assim sendo:

Ainda que cada um dos romancistas anteriores da cadeia assumisse suas responsabilidades de maneira bastante séria, o texto deveria mostrar as marcas de sua história, e você teria de adaptar seu estilo de interpretação a essa circunstância. Poderia não encontrar uma interpretação que fluísse ao longo do texto, que se adequasse a tudo aquilo que o material que lhe deram considera importante. Você deve diminuir suas pretensões (como talvez o façam os escritores conscienciosos que participam da equipe de autores de uma novela interminável) ao tentar elaborar uma interpretação que se ajuste ao conjunto do que você considera, no texto, como mais fundamental do ponto de vista artístico. Mais de uma interpretação pode sobreviver a essa prova mais branda. Para escolher entre elas, você deve se voltar para suas convicções estéticas de base, inclusive para aquelas que considera formais. É possível que inclusive para aquelas que considera formais. É possível que nenhuma interpretação sobreviva, mesmo a essa prova mais atenuada. Esta é a possibilidade cética que mencionei há pouco: você terminará, então, por abandonar o projeto, rejeitando sua tarefa por considerá-la impossível. Mas não pode saber de antemão que vai chegar a esse resultado cético. Primeiro, é preciso tentar. A fantasia do romance em cadeia será útil de diversas maneiras nesse último argumento, mas essa é a lição mais importante que tem a ensinar. A sábia opinião de que nenhuma interpretação poderia ser melhor deve ser conquistada e defendida como qualquer outro argumento interpretativo (DWORKIN, 2003, p. 284-285).

Por fim, e não menos importante, pondera Dworkin²⁰ (apud COSTA, 2011, p. 100), que, o intérprete que pretende ser um romancista nessa cadeia terá muitas decisões difíceis a tomar, dessa forma, diferentes romancistas tomarão decisões diferentes, mas as suas decisões devem estar vinculadas ao romance em execução que lhe foi entregue.

O modo de interpretação proposto por Dworkin possibilita que a trama possa ser escrita por diversos romancistas, com opiniões distintas, inclusive, mas que, sobretudo, o projeto recebido não seja desvirtuado, em outras palavras seria dizer que o romancista deve manter coerência no fazimento do projeto que lhe foi entregue.

2 Os princípios e as regras em Alexy

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em seus graus variados e, ainda, pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Desse modo, o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2002, p. 90).

Na mesma oportunidade, Alexy (2002, p. 91), classificou as regras como sendo normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, ou seja, nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.

2.1 Uma análise acerca da teoria de Dworkin

²⁰ Op Cit.

Segundo o Desembargador Federal Néviton Guedes²¹ (2012), no Brasil, estamos acostumados a atribuir a Robert Alexy as qualidades e os problemas que frequentemente são divisados na teoria dos princípios, sobretudo, na vertente que busca a sua identificação com os direitos fundamentais. Não podemos esquecer, contudo, que o próprio Robert Alexy, expressa e penhoradamente, reconhece ter buscado em Dworkin as bases de sua teoria dos princípios como *mandados de otimização*.

A força intelectual de Alexy, entretanto, revelou-se tão extraordinária e ilimitada por suas justas qualidades, leia-se uma estrutura teórica e analítica do que antes se apresentava apenas de forma intuitiva e genérica, que vez por outra se mostra necessário realçar a importância da contribuição de Ronald Dworkin para a teoria dos princípios (GUEDES, 2012).

Como já mencionado *alhures*, Dworkin em sua teoria supra estudada faz duras críticas ao positivismo jurídico. Numa forma de conceituar o chamado princípio jurídico, Alexy (1945, p. 130) assevera que a crítica de Ronald Dworkin ao positivismo apoia-se essencialmente em sua teoria dos princípios jurídicos. Segundo Alexy, analisar o conceito de princípio jurídico a partir de uma discussão com Dworkin não só oferece a vantagem de permitir discutir, no contexto da crítica de uma teoria abrangente e sutil, algumas das várias questões ainda não resolvidas que se conectam a esse conceito, mas também abre a possibilidade de investigar um pouco mais a suposição de Hart.

Afirma Alexy²² que:

Dworkin desenvolveu suas concepções sobre o *status* lógico, a fundamentabilidade e o emprego dos princípios no contexto de um “ataque geral contra o positivismo” para o qual a teoria de Hart lhe serviu como alvo. O objeto de sua crítica é constituído por três teses, que, segundo Dworkin, constituem o esqueleto fundamental não só da teoria de Hart, mas de toda teoria positivista. A primeira tese diz respeito à estrutura e à fronteira do sistema jurídico. Segundo ela o direito de uma sociedade é constituído exclusivamente por regras que podem ser identificadas e diferenciadas de outras regras sociais, especialmente de regras

²¹ GUEDES, Néviton - A importância de Dworkin para a teoria dos princípios, 2012, artigo publicado na revista Conjur. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios> > Acesso em 01/10/2015.

²² Op Cit.

morais, com base em critérios que não dizem respeito a seu conteúdo, mas sim à sua origem (*pedigree*). O exemplo principal para um tal critério de identificação é a regra de reconhecimento de Hart. A segunda tese resulta da primeira. Se o direito consiste exclusivamente em um conjunto de regras válidas de acordo com o critério de identificação e se existem casos, como salienta Hart, nos quais essas regras, por causa de sua vagueza, não vinculam, através de uma consequência jurídica, aquele que decide, então ele deve decidir de acordo com critérios não pertencentes ao ordenamento jurídico, uma vez que o direito não lhe fornece qualquer critério. Se, contudo, alguém só pode decidir com base em critérios não pertencentes ao ordenamento jurídico, ele então não está, através de sua decisão, ligado ao ordenamento jurídico, e tem, portanto poder discricionário (*discretion*). A terceira tese se relaciona ao conceito de obrigação jurídica. Segundo ela, só se pode falar que alguém tem uma obrigação jurídica (e, em consequência disso, um terceiro tem um direito) quando há uma regra que exprima tal obrigação. Disso se segue que em casos difíceis, nos quais o juiz deve, no sentido da segunda tese, construir pela primeira vez uma regra, com base em seu poder discricionário, como se fosse um legislador, ele não exprime meramente uma obrigação já existente, mas, ao contrário, uma obrigação que não existia até sua sentença e que é com ela pela primeira vez estabelecida (ALEXY, 1945, p. 130-131).

Alexy (1945, p. 131), deixa claro que o ponto central do ataque de Ronald Dworkin a teorias desse tipo constitui a tese de que os indivíduos têm direito independentemente do fato de regras anteriores correspondentes terem sido criadas. *Descobrir* tais direitos, e não *criar* novos direitos seria a tarefa do juiz. Além disso, nos casos difíceis (*hard cases*), haveria apenas uma resposta correta. Embora não haja um procedimento para provar conclusivamente essa resposta em cada caso, disso não decorreria que nem sempre exatamente uma afirmação sobre direitos seja verdadeira.

No contexto de uma teoria como essa, os princípios desempenhariam um papel decisivo no deslinde. A mais sólida teoria seria aquela que contém princípios e atribuições de pesos a princípios que melhor justifiquem as prescrições da constituição, as normas estabelecidas e os precedentes. Dworkin entende por “princípios” todos os padrões que, não sendo regras, podem servir como argumentos para direitos individuais. As três teses do positivismo, que segundo Dworkin são defeituosas, decorreriam de um desconhecimento tanto do papel que os princípios de fato desempenham, quanto também do papel que eles têm que desempenhar na argumentação jurídica. O significado dos princípios seria já evidente a partir do fato de várias decisões poderem neles se apoiar e se mostra de forma ainda mais clara através do fato de normas jurídicas poderem ser restringidas ou suprimidas através deles. Princípios devem conseqüentemente ser vistos como uma parte do ordenamento jurídico. O ordenamento

jurídico não seria, portanto um sistema composto exclusivamente por regras jurídicas. Além disso, não seria possível identificar os princípios através de uma regra *social* de reconhecimento. A identificação dos respectivos princípios a se levar em conta pressuporia considerações essencialmente morais (ALEXY, 1945, p. 130-131).

Com base nisso, a primeira tese seria falsa. No mesmo sentido aflora a insustentabilidade da segunda tese que resultaria do fato de os princípios, diferentemente das regras, oferecerem sempre apoio ao juiz. Assim, quando uma resposta com base em uma regra não for possível, seria ela dada com base em princípios. Como eles pertencem ao ordenamento jurídico, o juiz nunca teria poder discricionário, no sentido de não estar vinculado ao ordenamento jurídico. Por fim, a terceira tese seria falsa, pois o juiz não inventaria sua resposta, mas, com base nos princípios, descobriria quais direitos as partes possuem (ALEXY, 1945, p. 131).

Esse esboço rudimentar da teoria de Dworkin já deixa claro o papel que os princípios nela desempenham. Das várias questões que tal teoria levanta, devem ser abordadas a seguir apenas aquelas referentes ao status lógico, à fundamentação e à aplicação dos princípios. Com isso deverá ficar em primeiro plano a análise do conceito de princípio jurídico e sua delimitação em relação ao conceito de norma jurídica ou de regra jurídica. Em conexão a essa análise deverão ser abordadas algumas conclusões dela decorrentes para a teoria da fundamentação e da aplicação dos princípios (ALEXY, 1945, p. 131).

O entendimento de Dworkin é cristalino no sentido de reconhecer que os direitos dos indivíduos existem mesmo sem que nenhuma norma os tenha positivado, neste mesmo caminho caberia então ao magistrado apenas reconhecer estes direitos.

2.2 Análise acerca do tudo ou nada proposto por Dworkin

A primeira parte da tese da separação de Dworkin, a tese de que regras são uma questão de tudo ou nada, depende de sua tese de que as exceções a uma regra são em princípio enumeráveis. Destarte, se não for possível, como afirma Ronald Dworkin, enumerar essas exceções, pelo menos em princípio, então uma formulação completa da regra não é possível. Se, porém, uma formulação completa da regra não for possível, por sua vez não se pode somente com base nos respectivos pressupostos conhecidos da regra assumir com segurança a

consequência jurídica. Dessa forma, sempre é possível que o caso dê ensejo à inclusão de uma nova exceção na forma de uma característica negativa no antecedente da regra. Caso isso ocorra, não será a regra, em sua formulação até então conhecida, aplicada (ALEXY, 1945, p. 134).

Sob essa óptica:

Com certeza poder-se-ia pensar que isso não afeta seu caráter tudo ou nada, pois, em tais casos, em sua nova formulação, ela seria aplicada ou não aplicada. A tese de que as exceções são em princípio enumeráveis se relacionaria não somente às exceções conhecidas até então, mas, mais que isso, a todas as exceções em que se possa pensar. Porém, contam contra essa variante da tese tudo ou nada suas consequências sistemáticas. O fato de a existência de uma regra supor todas as suas possíveis exceções significa que toda regra contém todos os casos de aplicação em todos os universos possíveis para ela. Se é razoável aceitar isso no que diz respeito a regras, deve ser razoável também aceitar isso no que diz respeito a princípios. Entre regras que contém todos os casos de aplicação em todos os universos possíveis e princípios que contém todos os contraexemplos em todos os universos possíveis existe, no que diz respeito à possibilidade de enumeração, quando muito uma diferença de grau. A tese da separação rigorosa deveria ser então abandonada. Se essa consequência deve ser evitada, é preciso partir da variante da tese tudo ou nada que se apoia nas exceções conhecidas (ALEXY, 1945, p. 134).

Tomando por base os dizeres de Dworkin, é plenamente possível pensar em sistemas normativos que são constituídos exclusivamente por regras que não aceitam exceções, exceto aquelas que tiverem sido estatuídas, ou seja, contenham uma regra que proíba restrições a regras através de cláusulas de exceção. Nos ordenamentos jurídicos modernos, aos quais Dworkin faz alusão, não são porém sistemas normativos desse tipo. Uma análise da prática ensina isso. Soma-se a isso, o fato de, em inúmeros casos, não se poder ter certeza de que mais uma nova exceção deve ser estatuída pode ser explicado através da relação entre regras e princípios. O próprio Dworkin explica que, com base em um princípio, toda regra pode tornar-se inaplicável em circunstâncias especiais. Com isso, resta clarividente que exatamente a existência dos princípios afasta a hipótese do caráter tudo ou nada como critério de distinção entre regras e princípios (ALEXY, 1945, p. 134).

E continua Alexy ao tecer a afirmação de que:

Se a inaplicabilidade de uma regra com base em um princípio não significa que ela se torna simplesmente inválida, então isso significa que, com base no princípio, uma cláusula de exceção à

regra é estatuída. Se se aceita que os contraexemplos a princípios não são enumeráveis, então deve também se aceitar que os casos de sua aplicação não são enumeráveis. Se os casos da aplicação de princípios não são enumeráveis e se a aplicação de princípios pode conduzir a exceções a regras, então, em virtude disso, não podem as exceções a regras ser enumeráveis. Se princípios não são aplicáveis em um modo tudo ou nada, em virtude disso as regras também não são. Com certeza há procedimentos simples para salvar o caráter tudo ou nada das regras. Em vez de tentar completar as regras através da inclusão, em suas formulações, de pressupostos de exceção completos, o que, como demonstrado, sob condições aceitáveis não é possível, pode-se tentar alcançar esse objetivo através da inserção de cláusulas gerais de reserva. Assim é possível facilmente acrescentar às características conhecidas do antecedente de uma regra cláusulas como “e se, não em conformidade com um princípio, outra coisa for juridicamente comandada” ou “e se, não a partir de razões jurídicas observadas, coisas diferentes exigem”. A regra se transforma imediatamente em um fenômeno tudo ou nada. Quando as características conhecidas se apresentam e quando nenhum princípio comanda algo diferente, ou quando nenhuma razão jurídica observada exige algo diferente, resulta então necessariamente a consequência jurídica (ALEXY, 1945, p. 134-135).

Ocorre, porém, que essa tentativa de salvamento apresenta desvantagens. A menor destas desvantagens consiste em que a verificação do cumprimento da cláusula se iguala à verificação da aplicabilidade de um princípio. Com base nisso, as regras com cláusulas gerais de reserva têm, na verdade, a mesma função que regras se cláusulas e princípios possuem. No caso das regras com cláusulas gerais de reserva, o caráter tudo ou nada consegue ser claramente efetivo quando as questões realmente decisivas são respondidas. No contexto da tese tudo ou nada esse é, porém geralmente o caso. A tese diz respeito pura e simplesmente ao fato de que quando os pressupostos de uma regra são preenchidos, independentemente do modo como eles foram concebidos em seus pormenores, a consequência jurídica deve ser realizada (ALEXY, 1945, p. 135).

Mercê de tais considerações e consubstanciado na crítica, afirma Alexy (1945, p. 135), que, as regras com que contenham cláusulas gerais de reserva, constituem simplesmente um caso extremo em que a fraqueza técnica da tese tudo ou nada se mostra de forma muito clara. Elas se parecem com regras que contêm expressões como “razoável”, “justa”, “contra os costumes”, “reprovável” e outras, como a regra do parágrafo 1º da lei de proteção aos animais (ninguém pode, sem motivos razoáveis, causar dor, sofrimento ou dano a um animal). Entretanto,

também no caso de normas que não contêm expressões desse tipo, pode se mostrar, com toda clareza, a fraqueza técnica da tese tudo ou nada. Assim, sem sombra de dúvidas nos casos de vagueza da justificação de uma afirmação interpretativa, frequentemente são necessários argumentos que mal podem ser diferenciados dos argumentos que é preciso apresentar para o cumprimento de cláusulas gerais de reserva.

Se de um lado mostra-se lógico e coerente o pensamento de Dworkin, do outro, resta irretocável a sabedoria de Alexy, o que não nos é dada a possibilidade de acreditarmos que seu raciocínio desconstitui a tese esposada por Dworkin, no entanto, forçoso concluir que o caráter tudo ou nada consegue ser efetivo apenas quando a interpretação é conhecida. Assim, a primeira desvantagem não é, antes de mais nada, algo provocado através da inserção de cláusulas de reserva, mas simplesmente uma consequência particularmente acentuada da formulação tecnicamente fraca da tese tudo ou nada (ALEXY, 1945, p. 135).

Salienta ainda Alexy²³ que:

(...) A verdadeira desvantagem da inclusão de cláusulas gerais de reserva consiste nas consequências que dela resultam. Se regras com cláusulas como “e se, não em conformidade com um princípio, outra coisa for juridicamente comandada” podem ser estabelecidas, o correspondente é possível em relação a princípios. Mas se princípios com uma condição como “se nenhum outro princípio, com resultado contraditório, tiver precedência” são estabelecidos, então também os princípios são aplicáveis de um modo tudo ou nada. Se, em um caso concreto, verifica-se que nenhum princípio com resultado contraditório tem precedência sobre um respectivo princípio, então a decisão decorre necessariamente deste princípio (ALEXY, 1945, p. 135).

De fato, como muito bem afirma Alexy²⁴, a maior desvantagem que se pode ter com a inclusão destas cláusulas gerais são as consequências que delas advierem. Lado outro, conclui-se que quando se abdica destas cláusulas de reserva, tanto as regras, quanto os princípios não são questão de tudo ou nada, mas se noutra giro elas são empregadas, tanto as regras, quanto os princípios estão sujeitos ao caráter tudo ou nada (ALEXY, 1945, p. 135).

²³ Alexy, Robert, 1945- Teoria discursiva do direito / Robert Alexy; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

²⁴ Op Cit.

Fecha-se aparentemente o problema ao notarmos que o mero caráter tudo ou nada isoladamente não constitui assim, independentemente do que se decida, um critério de distinção entre regras e princípios.

2.3 A colisão das regras em Alexy

Acerca da irremediável colisão entre regras, torna-se possível que muitas contradições entre regras sem cláusulas eliminam-se através da inserção de exceções. Pois, se é proibido abandonar a sala antes de a campainha soar e obrigatório abandoná-la quando há um alarme de incêndio, é fácil reconhecer esta como exceção àquela. Raz entende que tais constelações, ele se refere à relação entre a prescrição de legítima defesa e as prescrições penais especiais, assemelham-se, em princípio, a colisões de princípios. Existiria apenas a diferença de que em conflitos de regras a relação de prioridade valeria para todos os casos, enquanto no caso de princípios ela poderia se modificar caso a caso (ALEXY, 1945, p. 136).

Com esse entendimento, o raciocínio aponta para a ideia de que:

Isso fundamenta uma diferença em princípio do procedimento de colisão. O fato de uma regra sempre prevalecer sobre outra em determinados casos, sem com isso retirar desta seu vigor, significa que ela estatui uma exceção. Pelo menos a partir do momento em que é certo que uma das regras justifica uma exceção à outra, não se pode mais falar em um conflito entre as regras. O conflito é eliminado de vez, do mesmo modo quando se elimina do ordenamento jurídico uma entre duas regras contraditórias. Com os princípios ocorre de forma diferente. Em outro caso pode ser válida uma outra relação de prioridade. Quando porém a eliminação de uma contradição através da inserção de uma exceção não é possível, pelo menos uma das regras deve ser inválida. A possibilidade de manter ambas as regras como partes efetivas do ordenamento jurídico e decidir, em um caso concreto, de acordo com o peso, está excluída. Um juiz não pode considerar simultaneamente válidas e nem pode simultaneamente aplicar duas regras cujas hipóteses de incidência ocorrem em um caso, regras essas que possuem consequências jurídicas contraditórias. O fato de uma regra ser válida e aplicável a um caso *significa* que sua consequência vale. Se ambas as regras deveriam ser simultaneamente consideradas válidas e aplicáveis, deveriam então ser proferidos, em um decisão, dois juízos concretos de dever ser jurídico que se contradizem.

Essa possibilidade, do modo específico como fundamentada, deve ser excluída. Por isso o teorema da colisão de Dworkin é verdadeiro para regras sem cláusulas de reserva (ALEXY, 1945, p. 136).

Existem também casos em que as cláusulas não chegam a ser relevantes, e assim os princípios não determinam outra solução além daquela de que as regras contraditórias sem cláusulas prescrevem. Tais casos acontecem sempre que os princípios que apoiam as regras que se chocam possuem o mesmo peso. Entretanto, também poderá ocorrer quando o peso dos princípios que apoiam as regras se diferenciam e especialmente quando os motivos a favor de uma regra são somente um pouco mais fortes que os motivos a favor da outra, pois somente isso ainda não significa que as cláusulas foram cumpridas (ALEXY, 1945, p. 137).

Ao expor seu pensamento, Alexy é enfático ao esclarecer a necessidade de se resolver o conflito entre regras sem cláusulas, admitindo que a colisão seria resolvida a partir da inserção de exceções, e que desse modo, a aplicação da exceção não necessariamente tiraria a validade da regra principal.

2.4 O teorema da colisão e a terceira forma de reconstrução de regras

No que concerne ao segundo critério de distinção, o teorema da colisão, é conveniente não perder de vista a possibilidade de reconstruir regras e princípios com ou sem cláusulas de reserva. Estas cláusulas de reserva constituem um instrumental analítico que permite representar propriedades significativas das regras e dos princípios no plano de suas formulações, e dessa maneira discuti-los de forma mais precisa. O emprego das sobreditas cláusulas apresenta ainda, a vantagem de poder abranger diferenças que se baseiam simplesmente no modo de representação das regras e dos princípios enquanto tais (ALEXY, 1945, p. 136).

Feito este introito, insta destacar que além da reconstrução de regras sem cláusulas de reserva e da reconstrução com cláusulas de reserva relacionadas a princípios, é possível se pensar em uma terceira forma de reconstrução. Assim as

cláusulas poderiam se relacionar a regras em vez de princípios, tendo, portanto como conteúdo algo como “e se, não em conformidade com uma outra regra, outra coisa for comandada”. Aqui não se alude porém ao teorema da colisão. Uma tal cláusula de reserva simples relacionada a regras leva simplesmente ao fato de que cada uma das regras contraditórias entre si qualifica a outra como sendo aplicável. Sobremaneira a contradição não é com isso eliminada, outrossim, cláusulas qualificadas relacionadas a regras não oferecem uma alternativa (ALEXY, 1945, p. 137).

Sob essa argumentação, Alexy²⁵ considera que:

(...) Tais cláusulas podem ser absolutas ou relativas ao caso. Quando são absolutas, possuindo um conteúdo como “e se, não através de uma regra contrária a essa regra mais importante em todos os casos, outra coisa for comandada”, com a distinção de uma regra como mais importante em todos os casos, será a outra regra declarada inválida, ou será estatuída uma exceção a ela. A contradição, no sentido do teorema da colisão, está eliminada. Se elas são relativas, possuindo como conteúdo algo como “e se não através de uma regra contrária a essa regra mais importante no caso concreto, outra coisa for comandada”, então significam essas duas regras juntas nada mais que uma regra que, desse modo, coloca à disposição duas consequências jurídicas que se excluem mutuamente, que devem ser escolhidas em casos isolados, de acordo com a importância. Um exemplo de uma tal regra seria algo como a regra “quando chover deve-se fechar ou abrir a janela, dependendo do que for mais importante”. Mas assim não há mais uma colisão, mas sim uma nova regra. Essa regra pode colidir com outras regras, no sentido do teorema da colisão. Com certeza poderia se achar que a escolha que é necessária de acordo com essa nova regra corresponde à ponderação entre dois princípios (ALEXY, 1945, p. 137).

Por fim, é preciso assinalar que o teorema da colisão é válido para regras. Na verdade, quando se emprega cláusulas relacionadas a princípios, inúmeras colisões desaparecem. No entanto, existem casos que devem ser resolvidos no sentido do teorema, de modo que ele permaneça aplicável (ALEXY, 1945, p. 137).

Nessa perspectiva, percebe-se então que toda reconstrução sempre significa que, ou ocorre uma contradição que deve ser solucionada de acordo com o teorema, ou, que um conflito de tal tipo não mais existe.

²⁵ Op Cit.

2.5 A colisão de princípios em Alexy

Robert Alexy em sua obra denominada “*Teoria Discursiva do Direito*”, examina que contra a validade do teorema da colisão no âmbito dos princípios, ou seja, como aplicar, em caso de colisão de princípios, o princípio que tem o maior peso no caso concreto, sem que isso signifique que o princípio que cedeu seja inválido, pode-se, em primeiro lugar, facilmente argumentar com base em exemplos (ALEXY, 1945, p. 138).

Utilizando-se de exemplos, sendo o primeiro deles proposto pelo próprio Dworkin, Alexy²⁶ busca demonstrar a colisão de princípios e sua formas de solução.

Colha-se a exemplificação exarada por Alexy²⁷:

Um exemplo adequado como objeto de demonstração, devido a seu caráter extremo, fornece o próprio Dworkin, através de um “princípio abstrato de igualdade”, que ele formula como princípio não efetivo do direito de responsabilidade e que também ao mesmo tempo se relaciona ao direito das obrigações. Esse princípio determina que em caso de interrupção de serviços o mais rico deve suportar os danos. Que um tal princípio colida com os princípios do direito das obrigações, independentemente do modo como eles são formulados isoladamente, não precisa ser mencionado. O que é importante é somente que essa colisão é uma colisão diferente daquela colisão entre o princípio da auto-organização ou da auto-obrigação e o princípio da confiança, que deve ser superada no âmbito dos negócios jurídicos. O teorema da colisão é verdadeiro em relação a este último. Ambos devem ser considerados. No primeiro caso é diferente. Os princípios do direito das obrigações excluem o princípio da responsabilidade do mais rico. Do modo como eles se constituem, podem apenas eles ou esse princípio valer. Com isso, a colisão deve ser resolvida como uma contradição entre regras. Assim, há colisões entre princípios que devem ser tratadas como contradições entre regras. (ALEXY, 1945, p. 138).

E continua ao pontuar que:

Contra isso não se pode objetar que a prescrição da responsabilidade do mais rico não seria um princípio, mas sim uma regra que contradiz as regras do direito das obrigações, não constituindo, assim, uma colisão de princípios. Essa prescrição constitui uma contraparte aos princípios do direito das obrigações e poderia teoricamente interagir com eles. Porém, outra objeção é possível. Nela, o conceito de pertinência ao ordenamento jurídico tem um papel especial. Podem ser distinguidas formulações diversas desse conceito. Para fins da argumentação aqui exposta

²⁶ Op Cit.

²⁷ Op Cit.

deverá ser empregado um conceito bastante amplo de pertinência, sem que com isso se afirme que essa variante é adequada para todos os fins. De acordo com isso, um princípio pertenceria já então ao ordenamento jurídico quando existir pelo menos um caso em seu âmbito em que exista justificadamente uma razão para a decisão. A objeção começa com uma concessão. (ALEXY, 1945, p. 138).

Na verdade há casos nos quais, que, entre dois princípios, apenas um pode pertencer ao ordenamento jurídico e, nesse sentido, pode valer. Colisões desse tipo, em que se trataria da pertinência ao ordenamento jurídico, devem ser diferenciadas de colisões entre princípios cuja pertinência ao ordenamento jurídico estaria fora de questão, por óbvio. Para estas vale o teorema da colisão (ALEXY, 1945, p. 138)

O que é interessante nessa objeção segundo Alexy²⁸, é que ocorre uma significativa modificação do problema. Enquanto até então parecia que as colisões entre princípios seriam equivalentes em geral a contradições entre regras, apresentam-se as colisões entre princípios, de agora em diante, em outro plano categorial.

Tanto no caso das regras, quanto no caso dos princípios, pode-se, no caso de uma contradição, tratar de qual regra ou qual princípio pertence ao ordenamento jurídico. Além disso, no caso de princípios cuja pertinência ao ordenamento jurídico é certa, pode ainda se tratar de qual deles, em casos isolados, convém da prioridade (ALEXY, 1945, p. 138).

Sendo assim, essa objeção deve ser aceita e entendida como uma verdadeira restrição do âmbito de validade do teorema em apreço.

2.6 Abrangência de aplicação do teorema da colisão

Segundo Alexy (1945, p. 139), novamente pode-se facilmente encontrar exemplos que também não são abrangidos pelo teorema da colisão restrito. Tal teorema nunca é aplicável a todos os princípios absolutos. Estes princípios

²⁸ Op Cit. 1945, p.138.

absolutos são aqueles os quais não se pode dizer que, em virtude de seu menor peso em um caso concreto, eles devam ceder a outros princípios. Se, como faz Dworkin, concebem-se as prescrições da Constituição como prescrições que possam mostrar o comportamento lógico de princípios.

Menciona-se a título de exemplo, o artigo 1º, parágrafo 1º, proposição 1 (um) da Lei Fundamental: “a dignidade do ser humano é inviolável”. Aqui, o caráter absoluto de tais princípios é, com certeza, em grande medida uma questão técnica. Na verdade nenhum tribunal pode, por exemplo, dizer, em um caso concreto, que a proteção da existência do estado teria prioridade sobre a proteção à dignidade humana, justificando assim uma violação à dignidade humana.

A propósito:

Na interpretação do conceito de inviolabilidade da dignidade humana são necessários porém argumentos que não se distinguem estruturalmente daqueles argumentos que devem ser expostos na fundamentação de uma relação de precedência entre princípios. Nesse sentido, é típica a seguinte determinação do Tribunal Constitucional Federal na decisão sobre a escuta: “no que diz respeito ao denominado princípio da inviolabilidade da dignidade humana, do artigo 1º da Lei Fundamental [...], tudo depende assim da fixação de quais as circunstâncias em que a dignidade humana pode ser violada. Evidentemente não se pode fazer afirmativas gerais sobre essa violação, mas sempre somente considerando o caso concreto.” Isso não pode significar que se deve decidir caso a caso, mas somente que, quando as antigas determinações específicas não são suficientes, o conteúdo do conceito de violação da dignidade humana deve, considerando cada novo caso, continuar a ser determinado mais especificamente. Isso significa, sob o ponto de vista do manejo formal da prescrição, nada mais que aquilo que ocorre quando uma expressão aberta de uma regra é determinada mais precisamente através de uma regra semântica. Assim, o teorema da colisão não é adequado para a distinção entre princípios absolutos e regras. Ele deve portanto ser mais uma vez restringido (ALEXY, 1945, p. 139).

Malgrado a relevância do teorema da colisão, o que se vê é que sua aplicação não abarcará a sobrepujança em relação a determinados princípios, eis que como já estudado, quando a estivermos diante de determinado princípio ainda que de peso menor, mas que pelo seu caráter mostra-se absoluto, este não se sujeitará aos predicados do referido teorema.

2.7 Uma questão de ponderação dos Princípios

Há alguns passos a serem seguidos para se fazer a ponderação. Justamente por isso que entendemos a teoria de Alexy como procedimental. A uma porque primeiro se investigam e identificam os princípios (valores, direitos, interesses) em conflito, e quanto mais elementos forem trazidos mais correto poderá ser o resultado final da ponderação. A duas, pois, atribui-se o peso ou importância que lhes corresponda, conforme as circunstâncias do caso concreto; e por fim, decide-se sobre a prevalência de um deles sobre o outro, ou, outros (AMORIM, 2005, p. 06).

Santiago²⁹ (apud, AMORIM, 2005, p. 06), entende que o resultado da ponderação é a decisão em si, a solução corretamente argumentada conforme o critério de que, quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do cumprimento do princípio que prevalece.

Devemos sempre lembrar, antes de iniciar qualquer ponderação, que nenhum princípio deve ser inválido e nenhum tem precedência absoluta sobre o outro. Mas pode ser formulada uma regra de procedência geral ou básica quando se determina em quais circunstâncias especiais um princípio deve ceder ao outro; é uma cláusula *ceteris paribus* que permite estabelecer exceções (AMORIM, 2005, p. 06).

Alexy³⁰ promove a seguinte indagação acerca do teorema da colisão: Há de se perguntar se, pelo menos com essas duas restrições, ele pode ser sustentado? .

A resposta é objetiva, não obstante exemplificativa no sentido de que:

Esse é o caso quando se reconstruem princípios sem cláusulas de reserva. Se, ao contrário, empregam-se cláusulas, as colisões podem ser excluídas. Isso se mostra claramente com base na ponderação de bens do Tribunal Constitucional Federal. Na decisão do caso Lebach, tratava-se de se saber se um documentário sobre um delito criminal grave, no qual o nome e a foto dos envolvidos são mostrados, fere os direitos de um dos participantes, se o documentário é transmitido pela televisão pouco tempoantes de sua soltura da prisão. O Tribunal Constitucional Federal respondeu a essa questão na forma de uma ponderação “entre a proteção da personalidade, garantida no artigo 2º, parágrafo 1º, em conexão com o artigo 1º, parágrafo 1º da Lei Fundamental e a liberdade de

²⁹ SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. La ponderación de bienes e intereses den el derecho administrativo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

³⁰ Op Cit.

informar através de radiodifusão, prevista no artigo 5º, parágrafo 1º, proposição 2 da Lei Fundamental.” Considere-se a primeira *N1* e a segunda *N2*. Se houvesse apenas *N1* a transmissão seria proibida; se houvesse apenas *N2* ela seria permitida. Consideradas isoladamente, *N1* e *N2* conduzem assim a uma contradição. Típico do caráter lógico de normas de direito fundamental é que a corte constitucional não fala de uma contradição, mas sim de uma situação de tensão. Se *N1* ou *N2* “merece a precedência” deve ser “averiguado através da ponderação de bens no caso concreto”. O procedimento da corte corresponde assim exatamente ao teorema da colisão de Dworkin (ALEXY, 1945, p. 139-140).

Noutro giro, bem possível porém se mostra uma outra reconstrução, a saber, a caracterização da colisão como uma situação de tensão significa que a proibição não pode ser deduzida sem problemas a partir de *N1* e também que a permissão não pode ser deduzida sem problemas a partir de *N2*. Assim *N1* implica a primeira e *N2* implica a segunda somente sob o pressuposto de que a partir de considerações referentes a uma prescrição contrária, respectivamente aqui *N2* e *N1*, nada diferente resulta. Se isso for compreendido como uma cláusula de reserva na formulação da prescrição, a colisão notoriamente desaparece (ALEXY, 1945, p. 140).

Nesse modo de reconstrução, Alexy (1945, p. 140) sugere imediatamente a objeção de que isso não muda essencialmente nada. Segundo ele não faria diferença alguma uma situação de ponderação ser reconstruída de modo que a ponderação ocorresse entre duas prescrições ou então que exatamente essa ponderação ocorra por causa de uma das prescrições. Essa objeção é em certa medida correta. Entretanto, ela tem que se ocupar do fato de que não só entre princípios, mas também entre regras, colisões de cláusulas de reserva relacionadas a princípios podem ser suficientemente eliminadas.

Tendo em vista que a reconstrução de cláusulas não é nada mais que a representação de qualidades que não são expressas nas formulações sem cláusulas, é preciso então, se o teorema da colisão duplamente restrito deve servir para a distinção, que haja uma diferença entre princípios e cláusulas relacionadas a princípios em regras, que, além disso, encontram-se tanto nas regras quanto nos princípios (ALEXY, 1945, p. 140).

Determina-se, portanto, que a ponderação em Alexy requer a necessidade de investigação no sentido se identificar quais princípios restam violados, com base

nisso verificar a importância de cada um deles e por fim, decidir qual princípio deve ser aplicado.

3 CONCLUSÃO

Ante todo o arrazoado aqui expendido, podemos concluir que a súmula impeditiva de recurso de apelação possui respaldo na necessidade de uma rápida prestação jurisdicional, consubstanciada na sua gênese e carga principiológica que denota importante conjugação.

Cabe aos operadores do Direito analisarem a súmula impeditiva de recurso como um meio de efetivação dos princípios processuais constitucionais aqui já debatidos

Desse modo, temos que tomar por relevantes os ensinamentos de Dworkin quando o mesmo apresenta a possibilidade de integridade do Direito pela via de um princípio, o qual atribuiu o nome de o princípio da integridade.

O que almejava-se era poder promover a conexão de princípios aos direitos dos cidadãos em determinada sociedade. Atuava então o magistrado no âmbito de reconhecer esses direitos.

Essa pretensa integridade pretende dar a melhor resposta possível e ao mesmo passo impor limites ao ativismo judicial, isso decorre do fato de o magistrado estar adstrito às dimensões do ajuste e adequação na escolha do princípio aplicável.

Para alcançar essa integridade, foi criada a figura mítica de um jurista que tudo sabe. Incumbe a Hércules, argumentar com base em princípios e promover uma aguçada interpretação com o fim de escolher a melhor decisão aplicável ao caso.

Importante concluir que, inegavelmente, a distinção proposta por Alexy entre princípios e regras e de certa forma atacando a teoria de Dworkin, está por demais consagrada no campo jurídico, perfazendo mais uma forma de se interpretar o ordenamento jurídico sob outro enfoque, mas com as mesmas inquietudes.

4 LEVANTAMENTO BIBLIOGRÁFICO

ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert, 1945- Teoria discursiva do direito / Robert Alexy; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

AMORIM, Letícia Balsamão - A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy Esboço e críticas - Revista de Informação Legislativa - Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005, Disponível em

< <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15545-15546-1-PB.pdf>>

BRASIL, Código de Processo Civil, 1973. In Vade Mecum Manole, 5ª ed. 2013.

COSTA, Carlos Henrique Generoso - A interpretação em Ronald Dworkin - Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 93-104, out./dez. 2011 – disponível em

< <https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1504/1527> >.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. V 3, 2010 - 8ª ed. Salvador: Jus Podivm.

DWORKIN, Ronald - O Império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald - Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERES, Marcelo Andrade. O novo art. 518 do CPC: súmula do STF, do STJ, e efeito obstativo do recebimento da apelação. Revista Dialética de Direito Processual – Rddp, v. 38, maio 2006.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer, título original: Wahrheit und Methode. Petrópolis: Vozes, 1999

GUEDES, Néviton - A importância de Dworkin para a teoria dos princípios, 2012, artigo publicado na revista Conjur. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>> Acesso em 01/10/2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O novo processo civil brasileiro. 23 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. Reforma do CPC: Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/06 e 11.280/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REGRAS, PRINCÍPIOS E POLÍTICAS PÚBLICAS EM RONALD DWORKIN: A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JURÍDICAS: Disponível em <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4756/3658>> Acesso em 28/10/15

Revista âmbito jurídico – Súmula Impeditiva de Apelação: breves considerações. Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/10868.pdf> > Acesso em: 23 de maio de 2015.

SOUZA, Alice Maria Lima de; Súmula impeditiva de recursos, Artigo Científico apresentado Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010, RJ.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. revista e ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.