

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 505

(ano VII)

(18/12/2015)

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

COLONISTA DO DIA



18/12/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [Invasão de local consular: de quem é a competência ?](#)

ARTIGOS

18/12/2015 Maria Rosa Teixeira Magalhães

» [Influxos da Lei nº 13.015/15 no Processo Trabalhista: \(Im\) Possibilidades de Aplicação](#)

18/12/2015 Victor Hugo Marcão Crespo

» [Considerações sobre o Regime de Cobrança Administrativa Especial da Portaria RFB 1.265/15](#)

18/12/2015 Vanessa Cristina Ramos de Azevedo

» [A função extraprocessual da decisão judicial e o novo Código de Processo Civil](#)

18/12/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [Os parâmetros para fixação/limitação das indenizações na seara trabalhista](#)

18/12/2015 Yam Atanazio Campos de Souza

» [A contribuição de Cesare Beccaria para a formação principiológica do Direito Penal Moderno](#)

18/12/2015 Viktor Sá Leitão de Meira Lins

» [Auxílio-Moradia Na Administração Pública Federal](#)

INVASÃO DE LOCAL CONSULAR: DE QUEM É A COMPETÊNCIA

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

No dia 18 de outubro de 2013, oito jovens, sendo dois adolescentes, invadiram o escritório consular dos Estados Unidos, em Porto Alegre, picharam paredes, rasgaram a bandeira norte-americana e impediram que uma agente consular deixasse a sala. Segundo eles, a manifestação foi realizada em repúdio à “*espionagem norte-americana no Brasil e ao leilão do Campo de Libra do pré-sal*”.

Na época, suscitou-se um conflito de competência entre a Justiça Comum Estadual e a Justiça Comum Federal, tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido que o caso penal deveria ser julgado pela Justiça Comum Estadual, pois as condutas estavam definidas no Código Penal (dano, violação de domicílio, corrupção de menores e cárcere privado), não havendo qualquer indício de internacionalidade dos fatos, nem ofensa a bens, serviços ou interesses da União, entidades autárquicas ou empresas

públicas federais, a atrair a competência da Justiça Comum Federal.

O Ministério Público Federal questionou a decisão do Superior Tribunal de Justiça e agora, dia 30 de novembro, em decisão monocrática, a Ministra Cármen Lúcia deu provimento ao Recurso Extraordinário nº. 831996, declarando a competência da Justiça Comum Federal para processar e julgar o caso penal (o art. 557, parágrafo 1ª-A, do Código de Processo Civil permite que o relator dê provimento ao recurso se a decisão questionada estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal).

Em sua decisão, a relatora acolheu argumento do Ministério Público Federal de que, nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, é responsabilidade da União garantir a incolumidade de agentes e agências consulares, já que o funcionamento de uma repartição consular é decorrência direta das relações diplomáticas que a União mantém com Estados estrangeiros, deixando consignado que:

“Verifica-se ser a proteção das repartições consulares incumbência e interesse do Estado receptor, ao qual compete impedir eventuais invasões e atentados aos consulados e respectivos agentes, assim como o ocorrido na espécie em exame. As condutas ilícitas teriam ofendido diretamente bens, serviços ou interesses da União, de entidades autárquicas ou empresas públicas federais, situação na qual se fixa a competência da Justiça Federal.”

Entendemos acertada a decisão da Ministra, tendo em vista o disposto no art. 109, IV da Constituição Federal, segundo o qual compete à Justiça Comum Federal processar e julgar os supostos autores de crimes praticados em detrimento de interesse da União.

E onde residiria tal interesse no caso concreto?

Como bem observou a Ministra Cármen Lúcia, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, integrada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº. 61.078/1967, estabelece,

no art. 31, a inviolabilidade dos locais consulares, nos seguintes termos:

"As autoridades do Estado receptor não poderão penetrar na parte dos locais consulares que a repartição consular utilizar exclusivamente para as necessidades de seu trabalho, a não ser com o consentimento do chefe da repartição consular, da pessoa por ele designada ou do chefe da missão diplomática do Estado que envia. Todavia, o consentimento do chefe da repartição consular poderá ser presumido em caso de incêndio ou outro sinistro que exija medidas de proteção imediata."

Ademais, continua o dispositivo, "o Estado receptor terá a obrigação especial de tomar as medidas apropriadas para proteger os locais consulares contra qualquer invasão ou dano, bem como para impedir que se perturbe a tranquilidade da repartição consular ou se atente contra sua dignidade."

Consideram-se locais consulares, "os edifícios, ou partes dos edifícios, e terrenos anexos, que qualquer que, seja seu proprietário, sejam utilizados exclusivamente para as finalidades da repartição consular", segundo dispõe o art. 1º. da mesma Convenção.

Fica claro, portanto, que há interesse da União sempre que um local consular seja alvo de qualquer tipo de turbação ilícita, respeitando-se, evidentemente, as manifestações pacíficas e legítimas permitidas dentro do Estado Democrático de Direito. É lícito e, sobretudo legítimo, portanto, manifestar-se contra os Estados Unidos, inclusive rasgando a bandeira daquele País, desde que não cause dano significativo ao patrimônio de outrem (o que, evidentemente, não é o caso de uma mera pichação, ainda que de um local consular, aplicando-se o princípio da insignificância) ou constranja a liberdade de alguém.

A questão, destarte, não é se houve internacionalidade ou não na prática das condutas, um dos aspectos ressaltados na decisão do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o conflito de competência. Neste caso, o que definiu a competência da Justiça Comum Federal

foi o fato da República brasileira ter o dever especial de, nos termos da Convenção de Viena, "*tomar as medidas apropriadas para proteger os locais consulares contra qualquer invasão ou dano, bem como para impedir que se perturbe a tranquilidade da repartição consular ou se atente contra sua dignidade.*"

Ressalte-se, por último, que tal competência é de natureza material e, portanto, de caráter absoluto. A sua inobservância acarretará, mais do que a nulidade do processo, a sua própria inexistência jurídica (não ato jurídico^[1]).

NOTA:

[1] Calmon de Passos, Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

INFLUXOS DA LEI Nº 13.015/15 NO PROCESSO TRABALHISTA: (IM) POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO

MARIA ROSA TEIXEIRA MAGALHÃES: Advogada. Especialista em práticas trabalhistas e previdenciárias. Graduada na Faculdade Guanambi em Direito em 2012, em Guanambi, Bahia, Brasil. Graduada na Faculdade Unopar em Administração de Empresas em 2008.

RESUMO: A dinâmica do processo trabalhista com suas peculiaridades e regras de proteção do trabalhador busca a aplicação concreta dos direitos sociais, embora, receba influxos do código de processo civil diante de sua aplicação subsidiária. Com o advento do novo código de processo civil resta-nos aquilatar quais são as influências do novo código de processo civil e suas possibilidades de aplicação no processo do trabalho tendo em vista o seu caráter protecionista e o seu postulado de aplicação concreta dos direitos sociais implícitos nos estudos do processo do trabalho. Diante disso, salutar se faz a análise da compatibilidade deste novo regramento do processo comum para vislumbrar as possibilidades ou impossibilidades de aplicação do novo códex no processo trabalhista sob o prisma dos princípios processuais trabalhistas as regras de compatibilidade da aplicação supletiva diante da controvérsia doutrinária e de nossos dias em matéria de aplicação subsidiária.

Palavras-chave: Aplicação. Compatibilidade. Novo Código de Processo Civil. Procedimento trabalhista. Processo do trabalho. Subsidiariedade.

ABSTRACT: The dynamics of the labor process with its peculiarities and worker protection rules search the practical implementation of social rights, though, receive inflows of civil procedure code before its implementation subsidiary. With the advent of the new Code of Civil Procedure it remains to assess what are the influences of the

new civil procedure code and its application possibilities in the labor process in view of its protectionist character and its practical application postulate of implicit social rights in the work process studies. Therefore, healthy one does the analysis of the compatibility of new regramento the common process to envision the possibilities or impossibilities of implementation of the new codex in the labor process in the light of the procedural principles labor the supplementary application compatibility rules on the doctrinal controversy and today in the field of subsidiary application.

Keywords: Application. Compatibility. New Civil Procedure Code. Labor procedure. Process work. Subsidiarity.

Sumário: 1. Considerações Iniciais. 2. (Im) Possibilidades de Aplicação da Lei nº da Lei n. 13.015/15 no Processo Trabalhista. 3.1 A dinâmica do processo do trabalho. 3.2 A dinâmica do processo do trabalho. 3.3 A aplicação subsidiária do direito processual civil no processo do trabalho. 3.4 Arcabouço histórico da Lei n. 13.015/15. 3.5 As Normas Fundamentais do Processo Civil na Lei n. 13.015/15. 3.6 Critérios de Aplicação das Normas Processuais na Lei n. 13.015/15. 3.7 Aplicação subsidiária da Lei n. 13.015/15 no Processo do Trabalho. 3.4 As inovações trazidas pela Lei n. 13.015/15 e os seus reflexos no Processo do Trabalho. 5 Princípios norteadores da aplicação das processuais na Lei n. 13.015/15. 5.1 Princípio do Contraditório na Lei n. 13.015/15 5.2 Princípio da Cooperação na Lei n. 13.015/15. 5.3 Princípio da Garantia da Solução integral do Mérito na Lei n. 13.015/15. 6. (Im) Possibilidades de aplicação da Lei n. 13.015/15 no processo do trabalho. 7. A Regra da obediência da ordem cronológica da 13.015/15 no processo do trabalho. 8. Considerações finais.

1 Considerações Iniciais

Com o advento do Novo Código de Processo Civil muitas foram as inovações introduzidas no contexto processualista inclusive no que se refere ao processo do trabalho, tendo em vista a aplicação subsidiária do códex processualista civil na esfera trabalhista.

É sabido que o código de processo civil aplica-se subsidiariamente no processo do trabalho no que for compatível com a dinâmica processual trabalhista inaugurada pela especialidade da Consolidação das Leis Trabalhistas e seus princípios protetores e quando nesta houver lacunas capazes de ensejar a aplicação do código geral.

Diante disso surgiu a necessidade da observação acerca da compatibilidade do novo código de processo civil e seus mecanismos de busca da aplicação concreta dos direitos sociais explicitados na CLT. Tal situação é reforçada pelos artigos 15 e 319 do novo código de processo civil que entrará em vigo em março de 2016.

Neste sentido, embora o novo código processual civil seja o primeiro inteiramente democrático, inovador e contemporâneo, suas regras devem ser aquilatadas para que se verifique a sua compatibilidade com as outras searas do direito, tendo em vista as suas peculiaridades, especialmente no âmbito do processo do trabalho.

Destarte, percebe-se que com o advento do novo código processual civilista virão de reboque as consequências dessa contemporânea perspectiva processual civilista inaugurada pelo novo código irão refletir latentemente no processo do trabalho.

Esta investigação, portanto nasceu também do interesse de demonstrar que os institutos trazidos pelo novo códex processual civilista impõem novas posturas processuais, as quais produzem reflexos no âmbito trabalhista e que constituirão novas regras muito

mais complexas do que se vislumbra em sua cotidiana utilização subsidiária do atual código adjetivo.

Diante disso, necessário se faz que sejam analisadas tanto a compatibilidade do novo códex com a dinâmica processual do trabalho quanto as possibilidades de utilização do novo código na seara trabalhista diante de sua busca pela concretização dos direitos sociais.

2 (Im) Possibilidades de Aplicação da Lei nº da Lei n. 13.015/15 no Processo Trabalhista

Deste modo, este trabalho buscou estabelecer uma análise das possibilidades de aplicação subsidiária do novo código de processo civil no processo do trabalho por meio do estudo da sua compatibilidade com a dinâmica do processo trabalhista, tendo como plano de fundo a perspectiva da aplicação concreta dos direitos sociais.

Para tanto, analisou-se a compatibilidade das normas do processo comum com a dinâmica da norma processual trabalhista, através do estudo das normas fundamentais do processo civil, perpassando pela verificação da compatibilidade do novo código de processo civil com o processo do trabalho, vislumbrando as regras de aplicação das normas processuais norteadas pelos seus princípios informadores.

Assim, com arrimo nas informações obtidas no transcorrer da pesquisa realizada, foi estabelecida uma análise comparativa entre a aplicação do atual código de processo civil e as possibilidades de aplicação do novo código de processo civil no processo do trabalho.

Neste trabalho, no entanto, em preliminar, procurou-se analisar as possibilidades de aplicação efetiva da Lei n. 13.015/15 na ação trabalhista bem como as suas vedações diante da sua autonomia em relação ao processo civilista.

Em relação a área escolhida, prática trabalhista, justifica-se este critério por ser um mercado crescente no campo da advocacia entre as demais áreas, que enfrentarão reflexos com o advento do novo código de processo civil e também por acreditar ser importante analisar estas “novas regra” processuais que estão por vir.

Foram adotados para o estudo da pesquisa as regras processuais contidas na consolidação das leis do trabalho e seus influxos no atual código de processo civil.

A escolha do novo código de processo civil se deve ao fato de ser o único produzido no atual Estado Democrático de Direito, o qual gera influxos em todos os ramos do direito, especialmente na esfera trabalhista onde os interesses econômicos e humanos são evidentes gerando crescente expansão na pratica trabalhista.

Diante disto, buscou-se analisar as possibilidades de aplicação subsidiária da Lei n. 13.015/15 no âmbito do processo do trabalho, destacando-se as vedações da sua aplicação diante das peculiaridades do processo laboral.

2.1 A dinâmica do Processo do Trabalho

O processo do trabalho contém regras de proteção aos trabalhadores que surgiram como forma de tentar trazer a lume a concretização dos direitos sociais, os quais emergiram para salvaguardar o excesso do liberalismo que eclodiu do capitalismo.

Assim, surgem as regras processuais trabalhistas, em um momento em que foram reconhecidos os efeitos nefastos do excesso liberal e como consequência o conflito do capitalismo desenfreado em face dos direitos trabalhistas.

Desta forma, as regras trabalhistas vieram para trazer nova conotação jurídica, modificando, especialmente, a própria

concepção de Estado, que deixa de ser Estado Liberal para se tornar Estado Social de Direito.

Neste contexto, o ordenamento jurídico brasileiro adotou uma nova ordem, firmada sob a égide do Estado Social de Direito, vislumbrando novos ideais, de solidariedade e fraternidade, os quais encontraram os desafios e a resistência do capitalismo e dos interesses econômicos, que se fizeram presentes para tentar preservar a liberdade negocial ilimitada.

De todo modo, surge o Direito do Trabalho e o Direito Processual Trabalhista, ambos de índole garantista, trazendo consigo regras peculiares de proteção ao trabalhador, visando a concretização dos direitos sociais, que seriam, para muitos doutrinadores, uma espécie de “*tercius genius*” do direito, ao lado dos direitos público e privado.

Nesta linha de pensamento, destaca-se entre os complicadores à aplicação concreta dos direitos sociais, a integração dos estudos do processo do trabalho sob a ótica do processo civil.

Partindo da premissa de que o processo é um instrumento de efetivação do direito material e vislumbrando que o direito material ao qual o processo civil está voltado é o direito civil, que possui uma dinâmica plenamente liberal, conseqüentemente, o processo civil reflete esse pensamento.

Diante disso, necessário se faz que sejam aquilatadas as possibilidades de aplicação e as hipóteses de inaplicação do direito processual civil no processo trabalhista no que se referem as suas peculiaridades, sob a ótica da concretização dos direitos sociais.

Diante disso, não se pode perder de vista a relevância do processo como instrumento de efetivação do direito material. Neste

sentido, o processo do trabalho só pode ser vislumbrado como uma via de acesso à concretização das promessas do Estado Social e, mais especificamente, a efetivação do direito material do trabalho.

2.2 A aplicação subsidiária do direito processual civil no processo do trabalho

No que se refere a aplicação do direito processual civil no processo do trabalho, tradicionalmente, aplicava-se de forma subsidiária, quando houvesse lacuna e, naquilo que fosse compatível com a dinâmica processual laboral. Tratando-se, portanto de um critério lógico, em que, muito embora existisse compatibilidade, em não se verificando omissão da CLT, não seria aplicada a norma do processo comum no processo laborativo.

Antes de estudar as modificações do processo do trabalho em face do novo Código de Processo Civil foi preciso interpretar e analisar a artigo 15 deste novel diploma legal e suas consequências para o processo do trabalho.

Isto porque, conforme o artigo supracitado: “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Anteriormente apenas a norma trabalhista insculpida em seu artigo 769 regravava este procedimento instruindo a aplicação do “direito processual comum” como fonte subsidiária.

Hodiernamente, vislumbramos tal regramento previsto no artigo 15 da Lei n. 13.015/15, que preceitua a sua aplicação de forma supletiva e subsidiária no processo trabalhista.

Diante disto, salutar se faz situar o procedimento trabalhista no âmbito do processo civil para que se possa, com clareza, interpretar

as novas normas processuais e sua incidência na processualística laborativa.

Diante desta problemática, surgem diversas correntes sobre o tema, quais sejam, a corrente clássica e a moderna, que trazem as possibilidades e vedações da aplicação subsidiária da norma processual civilista no âmbito do processo do trabalho.

Assim, vejam-se no artigo 769 da CLT os requisitos para aplicação do direito processual civil ao processo do trabalhista, que prescreve *in verbis*: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”.

Logo, caso não sejam verificados os requisitos prescritos na CLT, não há que falar em aplicação do direito processual comum como fonte subsidiária do direito processual do trabalho.

Deste modo, para que sejam efetivamente aplicadas as regras do processo comum no processo trabalhista, necessário se faz que sejam preenchidos os requisitos legais, quais sejam: a) Omissão da norma processual trabalhista, ou seja, quando a CLT e as legislações processuais trabalhistas extravagantes (Leis ns 5.584/70 e 7.701/88) não disciplinarem a matéria; b) Compatibilidade com os princípios que regem o processo do trabalho.

Ressalte-se, que a norma do processo comum, além de ser compatível com as regras que regem o Processo do Trabalho, deve ser compatível com os princípios que norteiam o Direito Processual do Trabalho, premissa do acesso do trabalhador à Justiça.

Da análise dos requisitos de aplicabilidade supletiva do direito processual comum ao processo do trabalho, vislumbram-se as

diferentes modalidades de lacunas, quais sejam: a) *Lacunae normativas* – quando ocorre ausência de lei para o caso concreto; b) *Lacunae ontológicas* – quando a lei existe, mas não corresponde mais à realidade social, hipótese em que a norma encontra-se incompatível com os fatos sociais, e por fim; c) *Lacunae axiológicas* – quando a lei existe, mas não é uma norma justa para solução do caso concreto. Hipótese em que a norma processual leva a uma solução injusta ou insatisfatória.

Por força da corrente clássica, de teor tradicional ou restritivo, a aplicação subsidiária das regras do direito processual comum será utilizada somente quando houver lacuna na legislação processual trabalhista.

Pela teoria moderna ou evolutiva, de cunho ampliativo e sistemático, a aplicação subsidiária das normas do direito processual comum ao direito processual do trabalho se dá não somente nas hipóteses de lacunas normativas, mas também em casos de lacunas ontológicas e axiológicas.

Ressalte-se que ao se fazer a escolha entre duas regras, o interprete deverá se valer sempre dos princípios da equidade, razoabilidade e proporcionalidade, a fim de se evitar qualquer violação ao devido processo legal.

Desta forma, deve-se utilizar adequadamente dos princípios supracitados para aplicação adequada das regras do processo comum no processo do trabalho.

Concluindo, salutar se faz lançar mão do diálogo das fontes, utilizando-se dos meios necessários para que seja alcançada a efetividade do processo trabalhista e a aplicação concreta dos direitos sociais do trabalhador por meio do acesso à justiça laboral.

2.3 Arcabouço histórico da Lei n. 13.015/15

A Lei n. 13.015/15 começou a tramitar no Senado Federal em julho de 2010, quatro meses depois, em dezembro daquele mesmo ano, o tramite encerrou-se em sua casa iniciadora.

É sabido que o Estado Brasileiro possuiu dois códigos processuais civis em períodos ditatoriais, quais sejam: a) Em 1939, no Estado Novo e; b). Em 1973, ambos constituídos em plena ditadura militar.

A Lei n. 13.015/15 constitui o primeiro código democrático no Brasil, elaborado sob a égide do Estado Democrático de Direito regido pela Constituição da Republica Federativa do Brasil, outorgada em 1988, fato percussor nas elaborações dos códigos brasileiros, tendo em vista que isso não ocorreu com nenhum código brasileiro, nem mesmo com o código civil, o qual teve o seu projeto datado de 1972.

Após quatro meses de tramitação em sua casa iniciadora, o projeto da Lei n. 13.015/15 tramitou aproximadamente dois anos e meio em sua casa revisora, qual seja, na Câmara dos deputados, desde 31 de agosto de 2011 até 26 de março de 2014.

Em razão das diversas alterações sofridas na casa revisora, retornou ao Senado Federal e foi sancionada pela Presidente da República e publicada no diário oficial em 17 de março de 2015, a qual entrará em vigor no dia 17 de março de 2016.

Trata-se, portanto, de um código democrático, elabora sob a égide do atual Estado Democrático de Direito, exaustivamente debatido, onde vários seguimentos da sociedade civil foram ouvidos.

Diante disto, o presente artigo pretende analisar as implicações desta Lei n. 13.015/15 na dinâmica do processo do trabalho.

2.4 As Normas Fundamentais do Processo Civil na Lei n. 13.015/15

No decorrer da análise, percebe-se que a Lei n. 13.015/15 inicia os seus primeiros artigos tratando dos princípios aplicáveis no processo civil tendo como base a CRFB/88, ou seja, a sua dinâmica processualística será *“ordenada, disciplinada e interpretada conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.”*

Desta forma prossegue apresentando nos demais artigos os princípios informadores do processo civil, quis sejam: o princípio da ação, da inafastabilidade, boa fé, cooperação, igualdade, contraditório, ampla defesa entre outros em que o novo código ora inova, ora revoluciona.

Através do estudo da lei em comento, vislumbra-se que no artigo 12, o NCPC informa *“que os juízes e os tribunais deverão obedecer a ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acordão,”* apresentando algumas exceções contidas no § 2º, inovando com novos critérios para a aplicação das normas processuais.

2.5 Critérios de Aplicação das Normas Processuais na Lei n. 13.015/15

O artigo 15 da Lei n. 13.015/15 traz novo regramento para aplicação subsidiária da norma processual civilista no processo do trabalho.

Antes do surgimento do Novo Código de Processo Civil, a aplicação subsidiária do código de processo civil era regulamentada apenas na legislação trabalhista em seus artigos 769 e 889. Com o advento da Lei n. 13.015/15, sobreveio novo regramento ao instituto em seu artigo 15.

O artigo 15 do NCPC preceitua *in verbis* que “na ausência de normas regulem processos (...) trabalhistas (...), as disposições deste código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”.

Diante disto, percebe-se que o NCPC dedica o primeiro capítulo as normas fundamentais, as quais se encontram prescritas desde o artigo 1º ao artigo 12, dividindo-se em normas - princípios e normas - regras, as quais podem ser extraídas da CRFB ou do CPC e ainda podem ser fundamentais ou não.

São normas fundamentais as contidas nos artigos 1º ao artigo 12, em contrapartida o artigo 15 que trata da aplicação subsidiária do NCPC no processo do trabalho, quando da ausência de normas que regulem esse processo.

2.6 Aplicação subsidiária da Lei n. 13.015/15 no Processo do Trabalho

Aplicam-se de forma subsidiária as regras do processo comum no processo do trabalho com a previsão do artigo 769 Consolidação das Leis do Trabalho, exceto naquilo que forem incompatíveis e, hodiernamente encontra-se previsão similar, ainda mais ampla no artigo 15 do Novo Código de Processo Civil.

Deste modo, o artigo 15 da Lei n. 13.015/15 informa que na ausência de normas que regulem o processo do trabalhista, as disposições do Novo Código de Processo Civil lhe serão aplicadas supletivamente.

Diante da previsão supramencionada, percebe-se que para além da CLT, a própria legislação do processo comum apresenta, de forma mais ampla, inclusive, a aplicação subsidiária da norma que regula o processo comum no processo do trabalho.

Assim, as inovações trazidas pelo novo código no ordenamento jurídico brasileiro vieram dar nova feição ao processo,

abandonando o formalismo excessivo e priorizando os resultados oriundos da lide, conferindo mais vigor ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

Destarte, entende-se que se reforça o entendimento, agora com previsão legal dada pelo NCPC da aplicação supletiva da norma de direito processual comum no processo laborativo.

2.7 As inovações trazidas pela Lei n. 13.015/15 e os seus reflexos no Processo do Trabalho

Merece destaque a menção a respeito da previsão no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho tratando da aplicação supletiva das normas do processo comum no processo trabalhista.

A Lei nº 13015/15 traz inovações no que se refere a aplicação subsidiária das regras do processo comum no processo do trabalho, ampliando de forma significativa a sua aplicação mesmo quando não houver omissão

Diante disto, resta-nos a aferição da compatibilidade do novo código de processo civil com a dinâmica processual laborativa.

Assim, através de pesquisa eminentemente bibliográfica, tendo como base o estudo da Lei 13.015/2015, apresenta-se as primeiras impressões doutrinárias e o tímido posicionamento jurisprudencial acerca dos dispositivos do NCPC, mencionados, analisando a compatibilidade entre essas normas.

2.8 Princípios norteadores da aplicação das processuais na Lei n. 13.015/15

O capítulo II do Novo Código de Processo Civil trata da aplicação das normas processuais tratando das normas fundamentais, dividindo-as em princípios e regras.

Ademais, o capítulo dedica-se ao estudo das normas fundamentais do processo civil, sejam elas extraídas da CRFB/1988 ou do CPC.

Deste modo, as normas fundamentais do processo civil dividem-se em direitos fundamentais oriundos do artigo 5º da CRFB/88 e outras que não possuem status de direito fundamental.

Os doze primeiros artigos do NCPC versam sobre as normas fundamentais supramencionadas, contudo não exaurem as normas fundamentais contempladas pela constituição e outras infraconstitucionais.

Desta forma, Propomos uma breve reflexão acerca dos princípios que regem a aplicação das normas do processo comum trazidos pela Lei 13.015/15, enfatizando seus influxos na dinâmica processual laborativa.

2.8.1 Princípio do Contraditório na Lei n. 13.015/15

A Lei n. 13.015/15 revoluciona a ideia de contraditório em seu artigo 10, informando que *o juiz não pode decidir, em qual quer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*. Diante desta previsão, torna-se incabível a decisão surpresa.

2.8.2 Princípio da Cooperação na Lei n. 13.015/15

Em decorrência do princípio do contraditório, a Lei 13.05/15 inaugura um novo processo, qual seja o processo da cooperação, que abrange a cooperação entre as partes, das partes para com o tribunal e vice-versa.

Note-se que para as partes, o dever de boa fé é traduzido no dever de agir com ética e lealdade processual, cooperando entre si e com o judiciário.

Ressalte-se que quanto ao tribunal, exige-se quatro categorias de deveres, quais sejam: a) dever de esclarecimento; b) dever de prevenção; c) dever de consulta e por fim; d) dever de auxílio.

No que se refere ao dever de prevenção o NCPC, no artigo 772, II, impõe ao juiz que em qual quer momento da fase executiva, antes de punir o executado, deve adverti-lo quanto ao comportamento aparentemente temerário e, adverti-lo de que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça.

Ainda no tocante ao dever de prevenção, o artigo 77 aduz que o juiz, quando da expedição de ordem ou mandado para cumprimento de diligencia, devera advertir aos sujeitos de que o seu comportamento recalcitrante poderá culminar na aplicação de multa por ato atentatório a dignidade da justiça.

2.8.3 Princípio da Garantia da Solução integral do Mérito na Lei n. 13.015/15

O artigo 4º do NCPC traz a previsão de que *as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*. Há outros artigos na Lei nº 13.015/15 nesse mesmo sentido, quais sejam: 6º; 76; 139; 282; 317; 321; 485; 488; 932; 1.017; 1.029 compatíveis com a dinâmica do processo laborativo.

Merece destacar que os artigos do NCPC supramencionados são compatíveis com a dinâmica processual trabalhista, havendo a possibilidade de serem aplicados no processo do trabalho diante da semelhança com outros dispositivos da CLT.

O artigo 1.029, § 3º do NCPC informa que o STF ou STJ *poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar a sua correção desde que não o repute grave*. No mesmo sentido, o artigo 896, § 11 da CLT traz disposição similar.

3 (Im) Possibilidades de Aplicação da Lei n. 13.015/15 no Processo do Trabalho

É bem verdade que o processo comum a instauração do processo é efetuada por iniciativa da parte e desenvolvida por impulso oficial. O artigo 2º do NCPC traz essas duas regras com a seguinte redação: *o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.*

Assinale ainda que os artigos 856, 878 da CLT informam que há incidentes processuais a que o órgão julgador pode dar de início, sem a necessidade de provocação da parte, semelhante previsão há nos artigos 976, 951 e 948 do NCPC, quais sejam: o incidente de resolução de demandas repetitivas; conflito de competência e; incidente de arguição de inconstitucionalidade.

Diante disto, caso seja admitido no processo do trabalho, poderá ser suscitado de ofício o incidente de desconsideração da pessoa jurídica com base no Novo Código de Processo Civil.

Ressalte-se que no impulso oficial, o artigo 765 da CLT aduz que os juízos e tribunais do trabalho têm ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Não se pode olvidar que tal regra é importante para a solução da problemática da prescrição intercorrente, a qual se concretiza durante a tramitação processual. Visto que o processo se desenvolve por impulso oficial, a demora do judiciário não poderá ensejar prejuízo para a parte por meio da prescrição.

4 A Regra da obediência da ordem cronológica da 13.015/15 no processo do trabalho

É imperioso destacar a Regra da obediência da ordem cronológica da conclusão contida no artigo 12 da 13.015/15 e a (im) possibilidade de sua aplicação subsidiária no processo do trabalho.

Nesse diapasão, visando a concretização do princípio da igualdade e da razoável duração do processo, o artigo 12 do NCPC impõe ao juiz a observância da ordem cronológica de conclusão do processo quando proferir uma decisão final.

Conforme preleciona Fredie Didier, trata-se o artigo 12 do NCPC de artigo sem correspondência no CPC de 1973, o qual na prática ensejará em “ato em que o escrivão ou chefe de secretaria (ou outro servidor) certifica que o processo está pronto para a decisão, pois nada mais há para ser feito, por isso, os autos (eletrônicos ou não) são entregues (eletronicamente ou não) ao gabinete do juiz para que profira a decisão.”.

Mister se faz ressaltar que o regramento supramencionado somente se aplicam às sentenças e acórdãos, não se aplicando às decisões interlocutórias ou acórdãos interlocutórios, os quais não encerram o processo.

Conquanto prelecione o artigo acima indicado, há de se verificar as exceções e preferencias legais da observância da ordem cronológica de conclusão do processo quando proferir uma decisão final, vislumbrando os casos que ocuparão o primeiro lugar na fila e a regra de transição prevista no artigo 1.046, § 5º, que tem por critério a antiguidade da distribuição entre os já conclusos.

5 Considerações finais

Através da pesquisa e análise realizadas, percebeu-se que a Consolidação das Leis trabalhistas contém a previsão da aplicação das normas do processo comum no processo do trabalho, contudo, traz requisitos para a aplicação subsidiária, quais sejam: a omissão e; a compatibilidade.

Do estudo dos requisitos de compatibilidade para aplicação supletiva das regras do processo comum no processo laborativo, vislumbrou-se que o NCPC inovou e ampliou a possibilidade de sua aplicação subsidiária no processo do trabalho, naquilo que suas regras forem omissas.

Observou-se que o NCPC dedica o capítulo sobre aplicação das normas com a previsão de normas fundamentais divididas em normas regra e normas princípio que irão nortear a sua dinâmica processual.

Assim, através da elaboração deste trabalho, foi possível vislumbrar que a omissão da previsão da aplicação supletiva da norma do processo comum no CPC de 1973, foi suprida com o advento do NCPC.

Diante da análise dos dispositivos legais do NCPC, fundamentou-se o estudo das possibilidades e impossibilidade da aplicação supletiva das regras do processo comum no processo do trabalho.

A Lei n. 13.015/15 ampliou a sua aplicação subsidiária trazendo em seu artigo 15 a previsão que informou que ainda quando a legislação processual trabalhista não for omissa e o NCPC se mostrar mais justo e compatível com a dinâmica laborativa, há de ser aplicado.

Deste modo, o NCPC trouxe significativas inovações no que se refere a aplicação supletiva das regras do processo comum no processo do trabalho, desde a fase de conhecimento até as fases de liquidação e execução do processo trabalhista.

Percebeu-se, contudo, que a dinâmica do Processo do Trabalho prevê requisitos específicos para aplicação subsidiária de outros sistemas legais, dentre os quais, encontra-se o NCPC.

Desta maneira, notou-se que não pode o magistrado utilizar-se das normas do processo comum no processo do trabalho por pretexto, arbitrariamente, de acordo com as suas convicções pessoais. Para tanto, necessário se faz a observância da compatibilidade das regras processuais que regem o processo do trabalho, obedecendo ao que determina a dinâmica processual laborativa.

Portanto, conclui-se que a Lei nº 13.015/2015 inovou trazendo a ampliação das possibilidades de aplicação supletiva dos seus regramentos no processo do trabalho prevendo que naquilo que for compatível com as normas do processo laborativo poderá ser aplicada supletivamente, ainda que não haja lacuna.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

DIDIER JR., Fredie, Curso de Direito Processual Civil, vol. 1. Reescrito com base no Novo CPC, Editora Juspdvim, 2015.

SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. Método, 2014

CHAVES, Luciano Athayde. Curso de Processo do Trabalho. LTR, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. Atlas, 2014.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Efetividade do Direito e do Processo do Trabalho. Campus, 2010.

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso Prático de Processo do Trabalho. Saraiva, 2009.

REIS, Jair Teixeira dos. Manual de Rescisão de Contrato de Trabalho. Curitiba: Juruá, 2009.

VIVEIROS, Luciano. Direitos e Processos dos Trabalhos: Casos Práticos. LTR, 2009

CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DE COBRANÇA ADMINISTRATIVA ESPECIAL DA PORTARIA RFB 1.265/15

VICTOR HUGO MARCÃO CRESPO: Bacharel em Direito pela FGV em São Paulo. Advogado de Contencioso Tributário no BMA - Barbosa, Mussnich Aragão.

1. INTRODUÇÃO.

É sabido que o Brasil atravessa um cenário político-econômico desfavorável. As estimativas oficiais apontam um diagnóstico econômico preocupante de estagflação, desemprego, perda de confiança do investidor e do consumidor e déficits nas contas públicas.

Nesse contexto, o Governo Federal vem promovendo um conjunto de reformas destinadas a reequilibrar as contas públicas, tanto por meio da redução de despesas como pelas iniciativas que geram novas fontes de receitas. Exemplos não faltam.

Dentre as iniciativas tendentes a aumentar as receitas federais, destacam-se a majoração da CSLL para instituições financeiras (MP 675/15), o restabelecimento do PIS/COFINS sobre receitas financeiras (Decreto 8.426/15), o aumento da tributação de IR sobre os Juros sobre Capital Próprio (MP 694/15), o aumento do IR sobre ganho de capital auferido por pessoa física na alienação de bens e direitos (MP 692/15) e a volta da CPMF (PEC 140/2015).

Por sua vez, as políticas anunciadas pelo Governo para contenção de despesas envolvem corte de ministérios e cargos comissionados, redução de investimentos em saúde e educação, suspensão de concursos públicos, adiamento de reajuste aos servidores públicos e mitigação de direitos trabalhistas (como o seguro desemprego e o abono salarial - Lei 13.134/15).

Há, ainda, um terceiro conjunto de iniciativas que só recentemente se tornou de primordial relevância na atuação do Poder Público. Tratam-se das medidas de fomento à eficiência na fiscalização e na arrecadação de tributos.

É justamente sob a justificativa de "*aprimorar a eficiência na arrecadação tributária*"[\[1\]](#) que a Receita Federal promulgou no último dia 04 de setembro a Portaria RFB 1.265/15 ("Portaria"), também conhecido como o Regime de "Cobrança Administrativa Especial" no âmbito da Receita Federal do Brasil. Em breve síntese, trata-se de um conjunto de sanções a serem aplicadas àqueles contribuintes com débitos tributários federais exigíveis no valor igual ou superior a dez milhões de reais que, intimados, não regularizarem suas pendências fiscais.

No entendimento da Autoridade Fiscal, a normativa em comento "*nada mais fez do que explicitar a legislação já existente*". Ou em outras palavras, a Portaria 1.265/15 apenas consolidou a legislação esparsa sobre as sanções aplicáveis aos devedores de débitos tributários.

Não parece ser esta, porém, a interpretação unânime da comunidade jurídica[\[2\]](#).

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é compreender o alcance das sanções previstas na Portaria RFB 1.265/15, notadamente para investigar se a normativa da Receita Federal é um compilado da legislação vigente ou se, ao contrário, suas previsões revelam restrições de direitos sem a necessária correspondência legal.

Em nosso entendimento, as disposições previstas na Portaria estão eivadas de graves inconstitucionalidades e ilegalidades, na medida em que estabelecem um conjunto de restrições à livre iniciativa empresarial cuja constitucionalidade já

seria discutível se introduzidas pela via legal, quanto mais por meio de Portaria.

2. A PORTARIA 1.265/15.

A leitura do artigo 1º da Portaria já revela que as disposições da Portaria não se limitam a consolidar a legislação vigente.

Diz o art. 1, §1 que *"A Cobrança Administrativa Especial abrange, obrigatoriamente, os CT que estejam na condição de exigíveis, cujo somatório, por sujeito passivo, seja igual ou maior que R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)."*

O objetivo é determinar o âmbito de aplicação das medidas ali previstas, apontando que seu alcance é o contribuinte que possui débitos tributários federais com exigibilidade ativa e montante superior a dez milhões de reais (art. 1º, §1). É dizer, portanto, que suas disposições não podem ser invocadas pela Fazenda Pública de outros entes federativos para cobrança de créditos tributários, tampouco estão aptas a amparar débitos tributários com exigibilidade suspensa (art. 151, CTN) ou em valor inferior a dez milhões. Daí já surge a primeira questão: se todas as medidas sancionadoras previstas na Portaria já se encontravam previstas em lei e à disposição das Autoridades Fiscais, por que a limitação de valor mínimo?

O mesmo há de se questionar em relação ao art. 1, §2, *in verbis*: *"A unidade da RFB poderá incluir na Cobrança Administrativa Especial outros CT que não se enquadrem nos critérios definidos no § 1º."*

Como se pode ver, esse dispositivo outorga a possibilidade de as unidades da Receita Federal estabelecerem a seu exclusivo critério outras hipóteses de enquadramento no regime de cobrança administrativa especial, cuja consequência é a aplicação do conjunto de sanções ali previstos. Não há qualquer parâmetro a ser

seguido pela Autoridade Fiscal: a inclusão de créditos tributários no regime é discricionária e pode ser modificada a qualquer tempo.

Aqui surge a segunda indagação: se a Autoridade Fiscal já tinha à sua disposição todas as medidas previstas no art. 2 da Portaria para cobrança de créditos tributários, então qual a razão de se outorgar à Receita Federal a possibilidade de estabelecer outros critérios de subsunção ao regime de cobrança especial?

A propósito, em nossa opinião, semelhante delegação genérica de competência mostra-se eivada de inconstitucionalidade. Primeiro porque introduz a possibilidade de sistemas não isonômicos de cobrança fiscal, o que não se coaduna com o art. 5 da Carta Constitucional. Segundo porque a inclusão no regime de cobrança especial administrativa traz um conjunto de graves restrições à livre iniciativa (art. 1, IV, art. 5, XIII e 170, parágrafo único - CF) cuja constitucionalidade já seria discutível se introduzidas pela via legal, quanto mais através de atos normativos exclusivos da Receita Federal e totalmente discricionários.

Idêntica ressalva cabe ao disposto no art. 2, §1, que prevê: *"Além das medidas de que trata o caput, a Unidade da RFB poderá adotar outros procedimentos, inclusive a inserção do sujeito passivo e, no caso de pessoa jurídica, dos respectivos sócios e responsáveis em programa especial de fiscalização."*

Feitas essas considerações iniciais, vejamos o teor das medidas previstas no art. 2 da Portaria.

Prevê o art. 2 que o sujeito passivo será intimado para regularizar os créditos tributários abrangidos pela cobrança administrativa especial. Não regularizando suas pendências junto à Receita Federal, a Portaria determina que sejam aplicadas as sanções ali previstas.

Da leitura do referido dispositivo já se pode perceber que a não regularização dos créditos tributários sujeitos ao regime de cobrança especial pode provocar consequências devastadoras para o exercício da atividade das empresas.

De todo modo, há de se reconhecer que algumas das medidas previstas de fato encontram idêntico amparo em legislação esparsa, limitando-se a Portaria a reproduzir os seus termos. É o caso: (i) do inciso I - inscrição do sujeito passivo no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal (CADIN), o que de fato inviabiliza a realização de operações com instituições públicas e a concessão de incentivos fiscais (cf. art. 6, Lei 10.522/02); (ii) do inciso XII - não liberação de recursos/empréstimos por parte de bancos públicos (cf. art. 6, I da Lei 10.522/02); (iii) do inciso XIX - lançamento de ofício de multa de 50% sobre o valor do pagamento mensal do tributo determinado sobre base de cálculo estimada que deixou de ser efetuado (cf. art. 44, II, "b" da Lei 9.430/96); (iv) do inciso XXV - encaminhamento do débito para inscrição em dívida ativa com o acréscimo de 20% e o ajuizamento do executivo fiscal (cf. art. 1 e seguintes da Lei 6.830/90 c/c art. 1 do Decreto 1.025/69); (v) do inciso XVIII - representação para interposição de medida cautelar fiscal, caso o sujeito passivo se enquadre em uma das hipóteses previstas no art. 2º da Lei nº 8.397/92[3].

Entretanto, em outras hipóteses, entendemos que a Portaria introduz novas sanções que não encontram respaldo legal, razão pela qual são plenamente inconstitucionais. Dada a limitação espacial, apresentaremos considerações individuais acerca de **CINCO** de tais medidas, as quais consideramos as mais gravosas para a generalidade das empresas[4]. Senão, vejamos.

A. Exclusão de Programas de Parcelamento (incisos II, III e IV).

A hipótese prevista no art. 2, incisos II, III e IV trata da exclusão do sujeito passivo de programas de parcelamento fiscal (REFIS, PAES e PAEX), prevendo a exigibilidade imediata da totalidade do débito confessado e não pago, bem como a devida inclusão dos acréscimos legais em relação à parte ainda não quitada.

É dizer, portanto, que a simples condição de o sujeito passivo ter débitos exigíveis acima de R\$ 10 milhões de reais (ou em quaisquer outras hipóteses que a Receita Federal decidir, a teor do art. 1, §2 da Portaria) já autoriza a sua exclusão dos referidos programas de parcelamento - ainda que tenham sido cumpridas todas as formalidades de adesão e as parcelas estejam sendo regularmente adimplidas. E pior: sem possibilitar qualquer exercício do direito de defesa por parte do contribuinte excluído.

Ocorre que nenhuma das legislações dos parcelamentos em questão autoriza a rescisão de programa de parcelamento pela mera existência de débitos exigíveis perante a Receita Federal. Nem poderia, pois revelaria verdadeira sanção política destinada a coagir ao pagamento de tributo, prática reiteradamente censurada pela jurisprudência pátria^[5].

Evidente, portanto, que a Portaria inova na ordem jurídica ao instituir novas causas de exclusão dos programas de parcelamento.

B. Exclusão do Simples Nacional (inciso V).

Prevê o art. 2, V da Portaria como sanção ao contribuinte com débitos sujeitos ao regime de cobrança especial administrativa a sua exclusão do regime do Simples Nacional, supostamente autorizada pelo art. 17, V da LC 123/06.

O art. 17 da LC 116/03 inaugura a seção "das vedações ao ingresso no Simples Nacional", prevendo a impossibilidade de sujeição ao Simples Nacional daquelas pessoas jurídicas que

possuam débitos exigíveis junto ao INSS ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal.

Ocorre, no entanto, que tal disposição trata das vedações ao ingresso no Simples Nacional, não de exclusão do regime.

É sabido que a Lei Complementar 123/06 estabelece os requisitos para enquadramento da pessoa jurídica no regime tributário simplificado[6]. Prevê, também, as hipóteses de exclusão do Simples Nacional. É o caso da pessoa jurídica que se enquadre em qualquer das vedações constantes no art. 3, §4 da LC 123/06 (art. 3, §6), que ultrapasse o limite máximo de faturamento anual (art. 3, §10) e nas hipóteses previstas no art. 29 da LC 123/06[7].

Entretanto, nenhum dispositivo legal autoriza a exclusão do SIMPLES Nacional tão somente pela existência de débitos em aberto, tal como feito pelo art. 2, V da Portaria. Não é esse o conteúdo do art. 17 da LC 123/06 que, repita-se, trata das vedações ao ingresso no regime simplificado.

Nesses termos, evidente que a Portaria inova na ordem jurídica, instituindo nova causa de exclusão do Simples sem amparo legal.

C. Encaminhamento ao Ministério Público de representação fiscal para fins penais por crime de sonegação fiscal (incisos VI e VII).

Prevê o art.2, inciso VII da Portaria como sanção a propositura de representação fiscal para fins penais junto ao Ministério Público pela prática do crime de sonegação fiscal, com fundamento no art. 2, II da Lei 8.137/90. Esse dispositivo afirma ser crime contra a ordem tributária *"deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos"*.

Em outras palavras, a Portaria afirma que a existência de débitos tributários exigíveis é suficiente para a tipificação do crime de sonegação fiscal previsto na Lei 8.137/90. Equipara, assim, a inadimplência tributária à prática de sonegação fiscal.

Entretanto, não há como se admitir que tais conceitos sejam sinônimos. A inadimplência é a simples falta de pagamento de tributo. O que a diferencia da sonegação fiscal é a intenção (dolo) de omitir, fraudar o Fisco, a má-fé de ocultar a existência de operação tributável para reduzir o pagamento de tributos. É nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça^[8].”

Ao equiparar tais conceitos, a Receita Federal presume que toda inadimplência é dolosa e fraudulenta, a merecer a sanção penal.

Ocorre, no entanto, que a legislação penal estabelece como regra geral que a prática de "crime" depende da comprovação de dolo do autor (art. 18, parágrafo único do Decreto-Lei 2.848/40)^[9]. E dolo jamais se presume: a sua ocorrência deve ser objeto de prova inequívoca por parte da Autoridade Fiscal.

Nesse contexto, não basta que o autor pratique o fato jurídico descrito no tipo penal: para que a conduta seja objeto da sanção penal, é de rigor a verificação da culpabilidade (dolo, má-fé) do agente. Tão somente se restar demonstrado a intenção fraudulenta do agente é que se poderá imputar o crime de sonegação fiscal. É justamente no elemento subjetivo da conduta que se diferencia o inadimplemento da sonegação.

A prevalecer a letra da Portaria, está-se a presumir o dolo do contribuinte! Exatamente o oposto da garantia constitucional prevista no art. 5, LVII.

Nesse contexto, resta claro que a Portaria inova na ordem jurídica, presumindo a má-fé do contribuinte em débito com a Receita Federal ao equiparar o inadimplemento à sonegação fiscal.

D. Arrolamento de bens (inciso IX).

Prevê a Portaria a aplicação das medidas de arrolamento de bens e direitos para acompanhamento do patrimônio do sujeito passivo (inciso IX), citando como fundamento os arts. 64 e 64-A da Lei 9.532/97. Pela letra da Portaria pode-se concluir que o arrolamento de bens será aplicado sempre que o sujeito passivo se enquadrar no referido regime.

Ocorre, no entanto, que a Lei 9.532/97 não autoriza o procedimento de arrolamento de bens e direitos tão somente pela existência de débitos exigíveis em qualquer hipótese. A rigor, o arrolamento somente poderá se dar se o valor dos créditos tributários do sujeito passivo for superior a 30% de seu patrimônio conhecido (cf. art. 64, caput da Lei 9.532/97).

O parâmetro legislativo é o patrimônio conhecido do contribuinte, não o valor do crédito tributário. Cabe ao Fisco, portanto, comprovar que as dívidas fiscais superam 30% do patrimônio conhecido do contribuinte, dando causa ao procedimento específico de acompanhamento patrimonial do sujeito passivo.

Ao fazer referência apenas ao arrolamento de bens como sanção aplicável àqueles sujeitos passivos com débitos sujeitos à cobrança administrativa especial e independente do patrimônio conhecido do contribuinte, temos que a Portaria está inovando na ordem jurídica e estabelecendo nova hipótese de arrolamento de bens.

E. Exclusão de benefícios e incentivos fiscais federais concedidos ao sujeito passivo (inciso XIV).

O art. 2, XIV prevê a exclusão de benefícios e incentivos fiscais federais concedidos ao sujeito passivo como consequência da ausência de regularidade fiscal, com base no disposto no art. 60 da Lei 9.069/95. Por sua vez, diz o art. 60 da Lei 9.069/95 que a concessão ou reconhecimento de qualquer incentivo ou benefício fiscal federal está condicionada à comprovação pelo contribuinte de sua regularidade fiscal.

Como se pode ver, a legislação condiciona a concessão ou o reconhecimento de incentivos fiscais à comprovação de regularidade fiscal. Nada diz em relação ao momento posterior, qual seja, do aproveitamento/fruição de tal crédito.

E na linha da jurisprudência do STJ, se foi exigida a CND no momento da concessão do incentivo fiscal, eventual ausência de regularidade fiscal posterior não tem o condão de excluí-lo^[10]. É tão somente esse o alcance do art. 60 da Lei 9.069/95.

Nesse contexto, logo se vê que a Portaria não se ateuve ao enunciado do art. 60 da Lei 9.069/95 e acabou inovando na ordem jurídica.

3. CONCLUSÃO.

A Portaria RFB 1265/15 trouxe um conjunto de sanções destinadas a "aprimorar os procedimentos de recuperação de créditos tributários" federais.

Não obstante algumas das medidas propostas de fato encontrarem correspondência com a legislação vigente, não há como sustentar que a Portaria tão somente consolida a legislação tributária aplicável ao mau pagador de tributos. As iniciativas tratadas no capítulo anterior exemplificam algumas das situações em que o Poder Executivo inovou na ordem jurídica para restringir direitos dos contribuintes, em nítido viés de instituir sanções políticas para coagir os entes privados ao pagamento de tributo –

não obstante a firme jurisprudência pátria afastando a constitucionalidade das sanções políticas em matéria tributária, inclusive com precedente do STF em controle concentrado de constitucionalidade[11].

Com efeito, as sanções previstas na Portaria violam ou restringem diversos princípios constitucionais que sequer poderiam ser modificados por emenda constitucional (art. 60, §4, IV - CF), quanto menos por Portaria. É o caso: (i) do direito de petição (art. 5, XXXIV, "a" - CF); (ii) da livre iniciativa (art. 170, parágrafo único - CF); (iii) da razoabilidade e proporcionalidade (art. 5, LIV - CF); (iv) da legalidade (art. 5, II - CF); (v) da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5, XXXV - CF); (vi) do direito adquirido (art. 5, XXXVI - CF); (vii) da ampla defesa e contraditório (art. 5, LV - CF). Ademais, suas disposições presumem a má-fé do contribuinte em fraudar a legislação tributária, desconsiderando a complexidade e subjetividade inerente às múltiplas interpretações do ordenamento tributário. Escancaram a visão fazendária de que inadimplência e sonegação são sinônimos.

Em um momento de crise econômica e imperiosa necessidade de reequilíbrio das contas públicas, seria de se esperar formas de aproximação entre Fisco e contribuintes, de forma a reconhecer as dificuldades e partilhar os esforços. Por sua vez, medidas como a Portaria RFB 1265/15 vão justamente de encontro a essa aproximação: instituem um regime de terror ao contribuinte, com sanções que inviabilizam por completo qualquer atividade empresarial, colocando os contribuintes como vilões da situação atual, sendo que na verdade estes são as "galinhas de ouro" do sistema, aproveitando a analogia do Prof. Quiroga[12]. E o final dessa história já sabemos: diz a fábula, tão antiga e ao mesmo tempo tão atual, que, por excesso de ambição e ganância, o fazendeiro acabou matando a galinha dos ovos de ouro...

NOTAS:

[1] Conforme o seu art. 1º, o objetivo do sistema é "aprimorar os procedimentos de recuperação de créditos tributários (CT) e, conseqüentemente, promover o aumento e a sustentação da arrecadação dos tributos federais".

[2] Para alguns, a Portaria introduz no ordenamento jurídico graves restrições à livre iniciativa das empresas à margem da lei, razão pela qual seu teor está eivado de inconstitucionalidade.

[3] Há, ainda, aquela prevista nos incisos XXIV, aplicável somente para as entidades desportivas profissionais de futebol (cf. arts. 4 e 18 da Lei 13.155/15).

[4] Sem prejuízo de outras igualmente relevantes para setores específicos, como é o caso dos incisos XXII, XIII e XXIV.

[5] Há, inclusive, diversos entendimentos sumulados do Tribunal Supremo sobre o tema: Súmula 70 (É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo); Súmula 323 (É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos) e Súmula 547 (Não é lícito à Autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais).

[6] Além do limite de faturamento anual, não se admite o benefício, por exemplo, àquelas pessoas jurídicas de cujo capital participe outra pessoa jurídica, que tenham filial fora do país ou que sejam constituídas sob a forma de sociedade anônima (art. 3, §4).

[7] Prática de infrações como falta de comunicação de exclusão obrigatória, embaraço à fiscalização, interposição de pessoas, inaptidão, comércio de mercadoria contrabandeada, falta de escrituração fiscal, omissão reiterada da folha de pagamento da empresa.

[8] "10- A conduta de deixar de pagar tributo, por si só não constitui crime. Assim, se o contribuinte declara todos os fatos geradores à repartição fazendária, de acordo com a periodicidade exigida em lei, mas não paga o tributo, não comete crime, mas mero

inadimplemento. O crime contra a ordem tributária pressupõe, além do inadimplemento, alguma forma de fraude, que na espécie, consubstanciou-se em omissão de receitas na declaração de renda firmada pelo agravante - AgRg no REsp 1158834/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 01/03/2013.

[9] “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

[10] REsp 1041237/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 19/11/2009, REsp 839.116/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21.08.2008, DJe 01.10.2008, REsp 859.119/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 20.05.2008.

[11] ADI 173, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2008, PUBLIC 20-03-2009.

[12] Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2015/09/1678754-os-ovos-de-ouro-e-os-impostos.shtml>.

A FUNÇÃO EXTRAPROCESSUAL DA DECISÃO JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

VANESSA CRISTINA RAMOS DE AZEVEDO: Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Graduada em Direito pela Avec. Pós-graduada em Processo Civil pela FAP e em Gestão Pública com ênfase em administração judiciária pela Emeron.

Resumo: Embora não seja possível aos cidadãos influenciar de maneira direta e determinante nas decisões judiciais, parte delas também se destina ao povo, já que podem ser entendidas como verdadeiras prestações de contas dos atos judiciais. Ocorre que, possuindo o Brasil sistema jurídico amparado principalmente na *Civil Law*, a existência de decisões conflitantes acerca de temas idênticos minimiza a função extraprocessual das decisões. O novo Código de Processo Civil, ao adotar sistema de precedentes com características próximas ao *Common Law*, poderá influenciar positivamente na melhoria do problema apontado.

Palavras-chave: Função extraprocessual das decisões judiciais. Precedentes judiciais. Novo Código de Processo Civil.

Abstract: Although it is not possible for citizens to influence direct and decisive way in judicial decisions , some of which also is for people , as can be understood as true checks and balances of judicial acts . That is , possessing the Brazil supported legal system mainly in Civil Law , the existence of conflicting decisions on the same themes minimizes extraprocessual basis of the decisions . The new Civil Procedure Code , by adopting previous system with similar characteristics to the common law , can positively influence the improvement of the problem mentioned .

Keywords: extraprocessual function of judgments. Judicial precedents . New Civil Procedure Code .

Sumário: 1. O Poder Judiciário como parte da administração pública. 2. A fundamentação das decisões e o sistema de precedentes do novo Código de Processo Civil. Considerações finais. Referências.

Introdução

O estudo aqui apresentado foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica. Ele se dirige aos operadores do Direito de modo geral, contudo, traz uma reflexão que beneficia diretamente a sociedade como um todo, na medida em que considera que a decisão judicial, mesmo dirigindo-se de forma direta somente às partes que litigam no processo, se destina em parte à toda sociedade, e esta parte será reforçada com o sistema de precedentes adotado no novo Código de Processo Civil.

A reflexão se desenvolve em dois tópicos, primeiramente, fala do Poder Judiciário como sendo parte da administração pública, cujo cliente é o cidadão brasileiro, logo, deve tratá-lo como tal. A reflexão tem continuidade no tópico dois tratando da fundamentação das decisões e o sistema de precedentes do novo Código de Processo Civil, mostrando que a existência de posicionamentos judiciais divergentes acerca do mesmo tema acaba por refletir negativamente pois gera insegurança no cidadão, dificulta a fiscalização da atividade jurisdicional, contrariando os princípios administrativos constitucionalmente previstos.

1. O Poder Judiciário como parte da administração pública

O modelo de administração pública burocrática previsto inicialmente na Constituição Federal de 1988 – CF, marcado principalmente pela rigidez de procedimentos, embora eficaz no controle de abusos se mostrou ineficiente e incapaz de servir

cidadãos como verdadeiros clientes, o que se fazia necessário com o aumento de atribuições do Estado, resultando na alteração para o modelo gerencial, conceito próximo ao aplicado no setor privado.

A reforma no modelo administrativo brasileiro ocorreu principalmente com a edição da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, que inaugurou uma série de medidas a serem tomadas, tendo como meta a criação de uma administração pública gerencial baseada em eficiência, voltada para o controle de resultados e descentralizada.

Alterado pela Emenda Constitucional n. 19, o caput do artigo 37 da CF prevê que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

O Poder Judiciário, integrante da administração pública, também se submete aos princípios previstos no artigo 37 da CF, o que fez surgir a necessidade de produção e publicação de dados sobre sua atuação, a fim de possibilitar a medida de sua eficiência, bem como o planejamento e controle de metas, ações necessárias em se tratando de modelo gerencial de gestão.

Avanços significativos foram alcançados após a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ que reúne e divulga dados sobre orçamento, recursos humanos, litigiosidade, congestionamento, produtividade, dentre outros que, embora necessários, se referem à área administrativa e não ao teor das decisões judiciais proferidas.

2. A fundamentação das decisões e o sistema de precedentes do novo Código de Processo Civil

Atualmente, a possibilidade de assuntos idênticos serem tratados de forma diversa, ou até mesmo antagônica, não é rara quando se observa a fundamentação de julgados, algumas vezes provenientes do mesmo Tribunal.

Toda decisão judicial deve ser fundamentada e esta fundamentação tem dupla função, a endoprocessual, que atinge as partes de um processo e a exoprocessual, destinada à sociedade.

Primeiramente, fala-se numa função endoprocessual, segundo a qual a fundamentação permite que as partes, conhecendo as razões que formara o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão.

Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pelas qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parte do poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao povo (Didier, 2015).

A existência de posicionamentos judiciais divergentes acerca do mesmo tema acaba por refletir negativamente já que, além de gerar insegurança no cidadão, diminui o efeito exoprocessual da decisão judicial, contrariando os princípios

administrativos constitucionalmente previstos ao dificultar a fiscalização da atividade jurisdicional.

O novo Código de Processo Civil – CPC, que entrará em vigor em março de 2016, determina no *caput* de seu artigo 926 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

É certo que a fundamentação é um dos elementos essenciais da decisão judicial e sua ausência acarreta a nulidade de toda a decisão, conforme impõe o inciso IX do artigo 93 da CF.

Com a vigência do novo Código de Processo Civil, será considerada não fundamentada e, portanto, nula, a decisão que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos ou deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, incisos V e VI, CPC).

Depreende-se dos artigos legais mencionados a relevância que assume o precedente judicial. Mas o que pode ser considerado um precedente?

O “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (Didier, 2015).

A decisão judicial deve conter, além do relatório, os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito e um dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeteram (art. 489 do CPC).

O dispositivo destina-se às partes, a resolver o problema concreto, já a fundamentação, além de justificar a decisão apresentada no dispositivo, destina-se também a todos os cidadãos ao expor a posição judicial acerca de fatos e direitos, gerando o precedente.

A fundamentação de uma decisão tem por função resolver o conflito concreto existente entre as partes que litigam. Mas tem também a função de ordem institucional, dirigida à sociedade, necessariamente com eficácia *erga omnes*, para apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes ao analisado (Mitidiero, 2012).

O precedente pode ser entendido como a razão de uma determinada decisão, a *ratio decedendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding*. O enunciado n. 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis esclarece que são os fundamentos determinantes de um julgamento que produzem o efeito vinculante de precedente.

Trata-se de norma geral, ainda que construída a partir de um caso concreto, isto porque a tese jurídica (*ratio decedendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela onde foi construída. Ou seja, da solução de um caso particular concreto se extrai uma norma que pode ser generalizada. São efeitos *ex lege*, anexos da decisão judicial (Didier, 2015).

O artigo 927 do CPC apresenta o rol de precedentes que são obrigatórios e como tal devem ser aplicados pelo juiz independente de qualquer provocação da parte, e são eles: as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos, os

enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça – STJ em matéria infraconstitucional e, por fim, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Assim como os Tribunais devem seguir os precedentes das cortes superiores, além de seus próprios precedentes, impõe-se ao juiz a obrigação de observar a orientação do plenário ou do órgão especial do Tribunal ao qual estiver vinculado sob pena de, não o fazendo, ser considerada nula a decisão por ausência de fundamentação (art. 489, §1º, VI, CPC, c/c art. 93, IX, CF).

Além dos precedentes vinculantes há também os persuasivos que, embora não obrigue nenhum magistrado a segui-los, constituem indício de solução racional e socialmente adequada para o caso. De igual modo, será considerada não fundamentada a decisão que deixar de seguir o precedente invocado sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento (art. 489, §1º, VI, CPC).

Embora possa afastar a aplicação do precedente apresentado pela parte, o julgador deverá, para tanto, demonstrar de forma clara a distinção do caso sob julgamento em relação àquele invocado.

Quando ocorrer diferença entre o caso concreto analisado e o paradigma invocado pela parte, seja por ausência de coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base ao precedente, ou mesmo por haver alguma peculiaridade que diferencie o caso sob julgamento, fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*), que possibilita ao julgador afastar o precedente apresentado (Souza, 2007).

Importa observar que os precedentes não são imutáveis e a superação pode se dar por meio de duas técnicas, a *overruling* e a *overriding*.

Overruling é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*.

(...)

Há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial (Didier, 2015).

Tem-se, assim, que o respeito ao precedente envolve o ato de segui-los, distingui-los ou revogá-los, jamais ignorá-los (Barboza, 2014).

Quanto mais uniformizada a jurisprudência mais forte a segurança jurídica, garantindo ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta, induzindo confiança, possibilitando uma expectativa legítima acerca da atuação judicial. A orientação jurisprudencial predominante em um determinado momento presta-se a que o jurisdicionado decida se vale ou não a pena recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento de determinado direito (Madeira, 2011).

Não é razoável admitir-se que o mesmo caso concreto receba decisões diferentes ao ser submetido ao Poder Judiciário. A vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos

do caso que deve ser julgado, que devem se considerados relevantes, para que esse caso seja considerado semelhante a outro, e decidido da mesma forma (Wambier, 2009).

Considerações finais

Como parte da administração pública também se aplica ao Poder Judiciário o princípio da não surpresa, que possibilita aos jurisdicionados não serem surpreendidos com decisões inesperadas, ideia que ganha relevante reforço com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

Ao impor o dever de estabilidade, coerência e integridade às decisões judiciais, além de fortalecer a segurança jurídica, o que poderá aumentar a confiança no Poder Judiciário, o Código de Processo Civil prestigia também a função extraprocessual da decisão judicial, possibilitando o acompanhamento das decisões judiciais pelo povo, de quem o poder emana.

Além de que, a jurisprudência estável, íntegra e coerente apresenta-se como verdadeira *accountability*, como prestação de contas pelo Poder Judiciário acerca de suas ações, alinhando-se ao modelo gerencial administrativo e o Estado democrático de direito.

Referências:

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica – fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

Didier Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: teoria de prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandre de Oliveira – 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015.

Madeira, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Coord.: Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Mitidiero, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. São Paulo: RT, 2012.

Souza, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2007.

Wambier, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, p. 129, jun. 2009.

OS PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO/LIMITAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES NA SEARA TRABALHISTA

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

Acerca do **valor da indenização** pelos danos morais sabe-se que na ausência de parâmetros objetivos no direito positivo, para quantificar o montante devido, o Juízo – **é detentor do poder de arbítrio** -, tendo por balizador a equidade (CLT, art. 8º, caput).

DESENVOLVIMENTO

Assim, o magistrado arbitraré, com prudência, à **luz de sua convicção, nos termos do art. 131 do CPC, valor razoável apto a amenizar o sofrimento impingido a alguém, servindo, ainda como medida pedagógica hábil a desestimular a contumácia do causador do dano.**

Disciplina o artigo 131 do Código de Processo Civil, que:

“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

O professor e doutrinador Luiz Guilherme Marinoni juntamente com o jurista Daniel Mitidiero, na obra Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo, 2ª edição revista, atualizada e ampliada Editora RT, pg. 178 aduzem que:

“1. Apreciação da prova. O juiz apreciará a prova das alegações de fato em conformidade com o modelo de constatação que deve ser empregado para análise do caso concreto levado ao seu conhecimento. Dentro do modelo, apreciará livremente, sem qualquer

elemento que vincule o seu convencimento *a priori*. Ao valorar livremente a prova, tem, no entanto, de indicar na sua decisão os motivos que lhe formaram o convencimento. No direito brasileiro vige, pois, o sistema da livre valoração motivada (também conhecido como sistema da persuasão racional da prova)”.

O douto magistrado, após análise minuciosa das provas colacionadas aos autos (*quod non est in actis non est in mundo*) associado ao emprego da máxima de sua experiência e alçando mão do notório judicial, condenará o ressarcimento de todos os danos morais causados durante todo pacto laboral, diária e continuamente!

O valor da indenização do dano moral é fixado por arbitramento pelo juízo do feito, de acordo com as circunstâncias do caso em julgamento, uma vez que não há dispositivo legal que estabeleça parâmetros objetivos a respeito do *quantum*.

Vale reproduzir o pensamento de Cunha Gonçalves a respeito:

“Se uma indenização fixada por prudente arbítrio do juiz pode ser relativamente injusta - conquanto a experiência só prova a excessiva benevolência e brandura dos juízes para com os autores de inúmeros e gravíssimos danos - **maior, mais clamorosa injustiça é negar aos lesados, com tão fútil pretexto, toda e qualquer reparação, estimulando-se com a impunidade novos prejuízos, novos acidentes, novas mortes. É mil vezes preferível uma solução imperfeita à permanência da injustiça não reparada**”. (CUNHA GONÇALVES, Luiz da. Tratado de Direito Civil, 1957, v. T. II, pp. 543-544). (grifo nosso).

A opção atual do arbitramento propicia ao magistrado fixar com maior precisão e liberdade, a justa reparação dos danos reiteradamente experimentados pela vítima, sem as amarras normativas padronizadas, de modo a dosar com legalismo e prudência máxima, após análise equitativa minuciosa dos fatos e provas, o exato valor da indenização com as tintas específicas do caso concreto.

Nesse sentido está sedimentada a tendência de não haver qualquer tarifação para o dano moral, nem mesmo para aqueles casos previstos na Lei de Imprensa:

“Guiou-se a jurisprudência das Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ, no sentido de que, em face da Constituição de 1988, **não mais prevalece a tarifação da indenização devida por dano moral, decorrente de publicação considerada ofensiva à honra e dignidade das pessoas**”. (STJ. 4ª T. RESp. n. 103.312/RJ, Rel.: Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 9 out. 2000, p. 150).

No ano de 2004, o Colendo Superior Tribunal de Justiça adotou a Súmula 281 prevendo que:

“A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação na Lei de Imprensa”.

O professor Fernando Noronha enfatizou nessa linha de raciocínio que:

“a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao **princípio da satisfação compensatória: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um ‘preço’, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física**”. (NORONHA, Fernando. Direito das obrigações, v. 1, 2003, p. 569). (grifo nosso).

Vale salientar, todavia, que a indenização por dano moral não tem caráter unicamente indenizatório, mas também possui caráter pedagógico, ao servir de freio para os atos culposos dos empregadores que corriqueiramente desobedecem às normas de segurança e saúde dos trabalhadores causando-lhes danos psicológicos, emocionais e morais irreparáveis.

Essa dupla finalidade vem sendo destacada com frequência em nossos julgados pátrios: **compensar a vítima e punir o infrator; a primeira**

indeniza pelos danos causados, a segunda previne as novas ocorrências.

O acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais abaixo transcrito resume bem esses dois propósitos:

“a fixação do quantum indenizatório a título de danos morais fica a critério do prudente arbítrio do juiz, uma vez que inexistente um parâmetro a ser seguido, devendo a reparação proporcionar à vítima alguma satisfação para suplantar a dor moral sofrida, e ao causador do dano, impacto bastante para inibi-lo da prática de novo ato lesivo”. (TAMG 1ª Câm. Civil. Apelação Cível n. 271.049-6, Rel.: Juiz Alvim Soares, Ac. de 22 dez. 1998, DJNG 3 set. 1999, p. 19). (grifo nosso).

Assinala ainda o ínclito Juiz Artur Marques da Silva que:

“a doutrina e a jurisprudência vêm indicando que sempre deve ser considerado: o grau de culpa, do dano em si, as condições econômicas e sociais da vítima e do defensor. A solução do problema de estimação do quantum deve ser casuística”. (SILVA FILHO, Artur Marques da. “A responsabilidade civil e o dano estético”. Revista dos Tribunais, v, 689, p. 47, 1993).

Para o doutrinador Caio Mário:

“deve receber uma soma que lhe **compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.** (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil, 2002, p 60). (grifo nosso).

Nesse sentido, observou o Juiz Páris Pena, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que:

“Em matéria de dano moral, o valor da indenização há de ser suficiente tanto para **facilitar a que o ofendido obtenha lenitivos para sua dor, não pela quantificação em termos materiais, como também, porque, mercê da indenização respectiva, poderá cercar-se de condições de sobrevivência mais compatíveis com sua dignidade de pessoa humana, tornando-a mais apta ao enfrentamento diuturno de sua deficiência.** Além disso, tal condenação tem o efeito pedagógico, no sentido de tornar a sociedade efetivamente mais humana, colocando-a sob a égide dos princípios éticos impeditivos e dissuasivos de condutas quais a que teve a ré”. (Cf. Minas Gerais. TAMG. 1ª Câm. Civil. Ap. Cível 213.381-9, Rel.: Juiz Páris Pena, julgada em 11 jun.199.6). (grifo nosso).

Diferente não é o entendimento da 7ª Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, segundo julgamento prolatado nos autos do RR 95640-15.2004.5.12.0007, cujo relator fora o ínclito Ministro Pedro Paulo Manus, vejamos:

“DANOS MORAIS E FÍSICOS. O Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto probatório, deliberou que o autor se aposentou por invalidez, decorrente de **lesão por esforço repetitivo adquirida no réu.** Registrou que **a prova pericial confirmou o nexo causal entre a lesão e as atividades exercidas no banco. Consignou a negligência do réu, que manteve o autor no exercício das mesmas atividades, com a jornada prorrogada, não obstante as recomendações médicas de alteração da função.** Também ressaltou a ineficácia das medidas preventivas adotadas no banco, que se limitavam à distribuição de informativos sobre **LER/DORT.** Nesse contexto, manteve a condenação do reclamado ao **pagamento de indenização por danos morais e físicos ao reclamante.** Nos termos em que foi colocado o acórdão recorrido deu a exata subsunção dos fatos aos comandos insertos nos artigos 5º, X, da Constituição Federal e 186 e 927 do Código Civil, pois **ficaram patentes os requisitos ensejadores da indenização por danos morais, inclusive o nexos**

causal entre a lesão e o trabalho, além da culpa do empregador. **DANOS MORAIS E FÍSICOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** A fixação do valor da indenização por dano moral deve levar em conta a gravidade do dano, o grau de culpa do agente, a capacidade econômica deste e a situação financeira do ofendido. Se, por um lado, esse tipo de condenação tem por **objetivo punir o ofensor**, além de **desestimular a repetição do ato reprovável**, por outro lado, ela não pode dar causa ao enriquecimento do ofendido. No caso dos autos, o reclamante postulou 450 salários contratuais como reparação do dano moral e 350 salários contratuais como reparação do dano físico ou material. A Vara de origem deferiu 330 salários como indenização para ambos os danos. (...) Considerados todos os fatos que ensejaram o pagamento da indenização, e tendo em vista que o valor arbitrado abrange danos morais e materiais, mostra-se razoável o critério adotado pelo Tribunal Regional, mormente quando se leva em conta que o pedido inicial era de 900 salários (...). (grifamos e sublinhamos).

Assim, no que se refere ao arbitramento do valor das indenizações, temos assentado que a **reparação justa do dano moral é matéria das mais complexas e difíceis de mensurar**. Para esse fim, **a doutrina e a jurisprudência são unânimes em elaborar e adotar alguns critérios que devem ser observados pelo Julgador na tentativa de obter, dentro de cada caso, um valor razoável que atenda aos anseios de justiça**.

Vejamos o posicionamento do Ministro da Terceira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça Castro Filho, exarado no julgamento do REsp 880.349/MG, julgado em 26.06.2007, DJ 24.09.2007, p.297:

“DANOS MORAIS. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. CONTROLE PELO STJ. II – O arbitramento do valor indenizatório por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser majorado quando se mostrar incapaz de punir adequadamente o autor do ato ilícito e de indenizar satisfatoriamente os prejuízos extrapatrimoniais sofridos”. (grifo nosso).

O ínclito desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Ivan Sartori, aduz que:

“O valor da indenização deve ser fixado tendo em **conta o grau da lesão e as condições das partes**. Isso evita o enriquecimento ilícito da vítima, afirma, ao mesmo tempo que **reconhece, que as decisões são totalmente subjetivas. O que para um juiz é muito grave, para o outro pode não ser**”. (grifo nosso).

A respeito do tema, a doutrina^[1] consagra o entendimento no sentido de que o dano moral pode ser considerado como violação do direito á dignidade, humanidade, não se restringindo, necessariamente, a alguma reação psíquica.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 447.584/RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluzo, decidiu que:

“(…) a proteção ao dano moral como verdadeira tutela constitucional da dignidade humana considerando-a um autêntico direito á integridade ou á incolumidade moral, pertencente á **classe dos direitos absolutos**”. (grifo nosso).

E mais, o ministro supracitado ainda no julgamento do REsp 612.108/PR, delineou ainda que:

“[...] deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a **relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual**”. (grifo nosso).

Alguns Julgadores da seara trabalhista têm se servido da legislação penal e civil, aplicando-a analogicamente, por representar critérios básicos e de lei, combinando ainda preceitos da CLT, para arbitrar o valor das indenizações. A fixação do valor da indenização por dano moral deve levar em conta a gravidade do dano, o grau de culpa do agente, a capacidade

econômica deste e a situação financeira do ofendido. Esse tipo de condenação tem por **objetivo punir o ofensor, além de desestimular a repetição do ato reprovável.**

Inclusive, á partir do momento em que a vítima foi reiteradamente exposta ás mais diversificadas situações vexatórias, degradantes, humilhantes, bem como a tratamentos exaustivamente agressivos e ameaçadores, limitando-a, trazendo dor, vergonha de ter sido exposta, humilhada, sofrimento, certamente tais sentimentos acompanharão esse Obreiro por muito tempo, tendo que conviver ao longo de sua vida com tais fantasmas, confirmando ainda mais a efetiva existência do dano moral sofrido.

Diverso não é o entendimento da ínclita Ministra da primeira turma do Superior Tribunal de Justiça Denise arruda, no julgamento do REsp 910/749/RJ, que assim declarou:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL E ESTÉTICO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. VALOR ARBITRADO EXAGERADO. REDUÇÃO. BASE DE CÁLCULO DA PENSÃO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCLUSÃO DO CAPITAL NECESSÁRIO PARA CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Somente é possível alterar o valor arbitrado a título de danos morais em sede de recurso especial **quando este se mostra ínfimo ou exagerado(...)**. 3. Nos casos da responsabilidade extracontratual, os juros de mora incidem á partir do evento danoso. Súmula 54/STJ. (...)”.

CONCLUSÃO

O valor a ser arbitrado pelo douto juízo singular a título de danos morais suportados pelo empregado há pautar-se nos princípios da razoabilidade-proporcionalidade além de **possuir efeitos pedagógicos, preventivo-punitivo, evitando-se assim mais tratamentos atentatórios contra a dignidade do trabalhador e demais funcionários** tendo correspondência direta com o instituto do dano moral, que não visa a busca de quantias para favorecer o interessado, mas sim, a satisfação íntima daquele que efetivamente encontra-se prejudicado.

A existência dos danos morais sofridos há de revelar-se inequívoca e indiscutível, e a árdua atividade da fixação do “*quantum*” indenizatório, deverá sopesar todos os elementos apontados pela mais **balizada doutrina e jurisprudência como os necessários a se lograr um prudente arbitramento da indenização em parcela única**, de modo a restar satisfatoriamente atendida a teleologia visada com esse instituto, tanto no seu aspecto reparador, como sob o prisma pedagógico.

Neste sentido, o seguinte precedente:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIMENTO DANOS MORAIS PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR CARÁTER EXCEPCIONAL DA INTERVENÇÃO DESTA CORTE. 1. Embora as Cortes Superiores venham admitindo rever o valor fixado nas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais, essa atividade deve ser exercida de forma parcimoniosa, visando a reprimir apenas as quantificações estratosféricas ou excessivamente módicas. 2. No caso, o valor fixado a título de danos morais revela-se **compatível com a lesão perpetrada, não se justificando a excepcional intervenção desta Corte**. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (Processo nº AIRR - 1666/2005-153-03-40, SBDI-1, Ministra Maria Cristina Peduzzi, DJ - 28/09/2007)”.

Poder-se-á ainda requerer a incidência de juros de mora e correção monetária sobre o montante da condenação e danos morais sobre os valores a serem arbitrados em futura sentença, um valor justo e razoável uma vez que tais aplicações encontram-se plenamente cabíveis e em completa consonância com o artigo 39 da lei nº 8.177/91e súmulas 381 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho e 362 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

NOTA:

[1] CAVALIERI FILHO. Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, PP. 77/78.

A CONTRIBUIÇÃO DE CESARE BECCARIA PARA A FORMAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO PENAL MODERNO

YAM ATANAZIO CAMPOS DE SOUZA: Bacharel em Ciências Contábeis, pela FAT (Faculdade Anísio Teixeira), em Feira de Santana - BA, Bacharelado em Direito pela FTC (Faculdade de Tecnologia e Ciências). Profissional militante da área contábil.

RESUMO: Grande visionário da sua época Cesare Bonesana – mais conhecido como Marquês de Beccaria ou somente por Beccaria, publicou a obra intitulada, *Dos delitos e das penas* na cidade italiana de Milão em 1764, com ideais iluministas humanísticos despertou o lado social em que buscava um alinhamento entre os níveis de sociedade buscando coloca-los no mesmo patamar, não os diferenciando pela sua renda ou posição social que segundo o mesmo era adjetivos apenas para a burguesia, tornando Beccaria como principal expoente para o estabelecimento da justiça criminal e humanitária no contexto do Direito Penal Brasileiro, ele demonstra de forma clara como ocorria no sistema penal de sua época e propôs modificar e trazer penas mais humanas e eficazes para os delitos acometidos na época e que são até hoje tese de estudos mesmo em tempos atuais. Tratar de crime para Beccaria era a buscar a paz coletiva, sua paz é a minha paz, portanto estamos todos em paz a quebra deste contrato traz a tona a ideia de crime que por sua vez tem a pena como o resultado da quebra de contrato trazendo assim o Direito Penal nas linhas que se seguem.

PALAVRAS-CHAVE: Alinhamento, Modificar, Crime, Pena, Direito Penal. .

ABSTRACT: Great visionary of his time Cesare Bonesana - better known as Beccaria Marquis or only by Beccaria, published a work entitled, *Of the offenses and penalties* in the Italian city of Milan in 1764, with humanistic Enlightenment ideals awakened the social side in seeking an alignment between levels of society seeking puts them on the same level, not differentiating by their income or social position according to the same era adjectives just for the bourgeoisie, making Beccaria main exponent for the establishment of criminal and humanitarian justice in the law context Brazilian criminal, it demonstrates clearly as it did in the penal system of his

time and proposed to modify and bring more humane and effective penalties for offenses affected at the time and are to this day studies thesis even in modern times. Deal with crime for Beccaria was to seek collective peace, his is my peace, so we are all alone to break this contract brings up the idea of crime which in turn has worth as a result of breach of contract thus bringing Criminal Law to verse to the lines that follow.

KEYWORDS: Alignment, Modify, Crime, Feather, Criminal Law.

1. INTRODUÇÃO

A importância deste estudo está relacionada a alguns links ou citações a serem encontradas a seguir, pois sua compreensão é de vital capacidade para a compreensão dos ideais de Beccaria para tanto sanados tais questionamentos temos a seguir alguns conceitos. Para alinhamento temos a noção clara de alinhar se manter reto ou manter segundo o estudo da obra um direcionamento único não só entre lei e sociedade de menor poder aquisitivo, mas também com as classes mais abonadas, contudo era necessário também modificar alterar sair de um estado de zona de conforto onde havia apenas uma classe e colocar todos em um só nível de atenção social jurídica. O conceito formal de crime é aquele que segue o que a lei diz, sendo assim o legislador define uma conduta como crime, já existira o crime por si só, sem entrar em sua essência, em seu conteúdo, em sua matéria. Esse conceito procura uma definição de crime indagando a razão que levou o legislador a prever a punição dos autores de certos fatos e não de outros, fazendo assim uma análise mais profunda para definir o que é crime e não apenas ao aspecto externo do crime.

Portanto, é na própria consciência coletiva que se deve buscar as explicações para aquilo que é considerado um crime em determinada sociedade, afinal o crime é aquilo que coloca em risco a validade dessas representações que constituem essa consciência, que é a maior fonte de autoridade moral e a condição de possibilidade da própria sociedade. (Weiss, 2013. p. 46)

Segundo Greco em citações a Beccaria informa que tais ideais modificaram completamente a maneira de tratar o ser humano, que tem em seu favor, como um direito inato sua dignidade.

Tais princípios colidiam frontalmente com os interesses dos administradores despóticos, que, em geral, não se preocupavam com o bem-estar de seus administrados. Sua consciência se é que existia não os incomodava. Por isso, infelizmente é que o livro de Beccaria é tão atual. (Greco, 2015. p. 28)

Buscando a compreensão mais aguçada temos ainda a visão e ou o esclarecimento do que venha a ser pena ou a sanção de ordem punitiva criada pela sociedade para dispor à ordem jurídica a imposição da população sobre o indivíduo que transgrediu a regras.

O vínculo de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo é aquele cuja ruptura constitui o crime. Chamamos por esse nome todo ato que, num grau qualquer, determina contra seu autor essa reação característica a que chamamos de pena. (Durkheim, 1999. p. 39).

Em seguida temos o papel do Direito Penal que segundo os juristas, com fins didáticos, costumam chamar o todo do Ordenamento Jurídico de árvore jurídica. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que Direito Penal, assim como tantos outros a exemplo de Direito Administrativo, constitui-se como um dos ramos da Ordem Jurídica ou Árvore Jurídica, como é chamada por muitos.

Cuida-se do ramo do Direito Público, que se ocupa de estudar os valores fundamentais sob os quais se assentam as bases da convivência e da paz social, os fatos que os violam e o conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) destinadas a proteger tais valores, mediante a imposição de penas e medidas de segurança. (*Id. Ibid.* p. 33).

Temos então neste instante uma ideia da formação revolucionária de um grande pensador que reportar de sua época novas formas de visão do que venha ser crime, pena e Direito Penal.

2. A CONTRIBUIÇÃO DE CESARE BECCARIA PARA O DIREITO PENAL.

Os pensamentos de Beccaria, ainda hoje, servem de inspiração. Não se pode pensar em processo penal ou até mesmo em garantismo penal sem buscar fundamentos na obra de Beccaria. Não se pode questionar segundo Greco, seriamente o sistema prisional sem antes se aprofundar nos estudos do mestre de Milão. A sociedade do século XVIII estava em tal situação em que o processo penal era imposto por meio de inquisição sendo realizado secretamente sem que o indivíduo acusado tivesse conhecimento sobre as provas contra ele e por fim para obtenção de confissão o uso da tortura pois tal artifício gerava prova irrefutável de confissão. Neste momento Beccaria já atuava de forma contemporânea, pois já estava indo de encontro à classe burguesa que dominava o pleito jurídico. A busca de alinhamento social é hoje uma das claras evidências da preocupação do autor que em momentos atuais ainda podem ser de fato comprovado nos nossos dias onde a sociedade é regida por uma minoria, claro uma minoria composta por representantes populares que por sua vez representam a vontade popular ou ainda ou diferente do que se imaginam trazem a vontade de modificação, mas com interesses próprio ou decorrente de suas vontades particulares que diferente de Beccaria, visava o humanismo, buscando modificar a maneira de inserção da justiça para com a sociedade.

O direito de castigar ainda continua sendo necessário, porém sem necessidade desmedida, com o mal imperando juntamente com a desigualdade com que era aplicado na sua época e que ainda persiste em tempos atuais. Greco cita sobre o pacto social de Beccaria.

A teoria do pacto social nos levava a acreditar que todos nós, integrantes de determinada sociedade, havíamos acordado, tacitamente, com esse pacto, que significava que abriríamos mão de uma parcela de nossos direitos para que o direito de todos pudesse prevalecer. (Greco, 2015. p. 28).

Por conta desse ideal varias doutrinas e princípios foram sendo criados é notória a capacidade de Beccaria, pois o mesmo conseguiu transcender sua época e expor seus ideais enfrentando assim publicamente, no seu tempo a perigosa classe

que detinham o poder. Tais princípios colidiam frequentemente com os interesses dos administradores, portanto temos um quadro atual onde os administradores buscam hoje atender suas necessidades e não o bem comum, nossos atuais legisladores criam leis que jamais atingiram as pessoas de classes mais altas, mas que por outro lado oprimem os menos favorecidos. Beccaria justificando a teoria do contrato social cita.

As leis representam as condições sob as quais homens independentes e separados se uniram em sociedade, cansados de viver em um contínuo estado de beligerância e de gozar de uma liberdade que resultava inútil diante da incerteza de poder conservá-la. Dessa mesma liberdade, sacrificaram uma parte, para poder gozar o resto com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdade sacrificadas ao bem de cada um constitui a soberania do povo, e o seu soberano é o seu depositário e legítimo administrador. (Beccaria, 2005. p. 106).

Assim temos que somente a lei é que deve impor ao indivíduo fixar penas em relação aos delitos cometidos pelo o mesmo, com isso ocorreria contrapartida que seria perder o seu direito de ir vir ou parte dela.

Verificamos então de acordo Greco o princípio da legalidade onde informa sob o pilar central do Estado de Direito.

Todos serão tratados de maneira igual perante a lei, onde os ricos e pobres, cultos e analfabetos, independentemente de raça, cor, religião, sexo, serão tratados igualmente, de acordo com suas desigualdades. (Greco, 2015. p. 29).

Beccaria percebeu que a lei mesmo sendo um basilar central, sua publicação somente ocorria de fato quando um acontecimento vinha público e com isso as regras para atendê-las eram apenas reconhecidas por aqueles que tinham o conhecimento de interpretação, pois nem todos conseguiam alcançar o conteúdo.

Por conhecer ou possuir vasta instrução das leis e como se adequavam a sua época ele afirma:

Se a interpretação das leis é um mal, é evidente que o é, da mesma forma, a obscuridade que arrasta consigo necessariamente a interpretação, e assim igualmente será um grande mal, se as leis são escritas em linguagem estranha ao povo, e colocados, assim, apenas na dependência de uns poucos, não podendo a maioria dos cidadãos julgar por si mesma qual seria o limite de sua liberdade ou dos demais membros da sociedade; uma língua que faz de um livro solene e público, algo particular e doméstico. (Beccaria, 2005. p.29).

Ele se importava não com conhecimento ali empregado e sim na forma na qual era introduzido para a sociedade, não bastava, dessa forma, que a lei fosse um diploma que tivesse sido confeccionado pelo poder competente nem muito menos que seguisse a normas comuns para sua criação ele propunha a lei simples e clara para o seu entendimento.

A lei foi feita para a sociedade, portanto a clareza deve prevalecer de forma a sucumbir toda imperfeição nela inserida, pois a inserção nesta sociedade requer renunciar a um pouco de sua liberdade.

A clareza da lei, principalmente após a Revolução Francesa, ocorrida em 1789, passou a ser identificada pelo brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege* certa. Assim, existe, atualmente, a exigência daquilo que se convencionou denominar taxatividade da lei penal. (Greco, 2015. p. 30).

Outro ponto importante diz respeito à proporcionalidade da pena nas quais o indivíduo deve responder proporcionalmente ao delito cometido. Beccaria assim como em dias atuais visava proporcionalizar os crimes e as penas. Na lógica atualmente nota-se como o legislador trata de forma rígida casos que não exigiam e, por outro lado, de forma branda fatos que mereciam um rigor maior como isso ele cita:

Para que uma pena alcance o seu efeito, é suficiente que o mal proveniente da pena supere o bem que nasce do delito; e nesse excesso de mal deve-se calcular a infalibilidade da pena e a perda do bem que o crime viria produzir. Tudo, além

disso, é, portanto, supérfluo, e, ao mesmo tempo tirânico.
(Beccaria, 2005. p. 179)

Verifica-se a importância de se aplicar a pena para que se veja a demonstração da gravidade do fato. Assim teremos que quanto maior o dano causado maior devesse ser a sanção aplicada, para assim atentar para o fator dignidade humana.

Nos dias de hoje nos países onde a dignidade humana prevalece e não existe a pena de morte o que pode em sua instância maior será a perda da liberdade, ficando privado de liberdade e preservando seus demais direitos. Resguardando as garantias do acusado, que culminaram em um oferecimento de denúncia a Justiça Criminal que, através de um processo contraditório, respeitando a ampla defesa, condenou-o à pena proporcional, prevista no preceito secundário do tipo penal incriminador. Temos então aplicação de pena que tenha sido previamente conhecida de forma clara e precisa, pelo agente que, mesmo sabendo das consequências do seu delito não deixou de praticar colocando o Estado como mandatário designado para a ação.

A pena por sua vez devesse ser o meio de comunicação, isto é informar e demonstrar não somente a população, mas também ao infrator que venha praticar novos crimes, seja na forma de prevenção segregando ou privando-o de liberdade ou ressocializando-o, bem como, ainda, como espécie de prevenção geral.

Beccaria em conclusão de sua obra cita:

Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, eficaz, necessária, a mínima da possível nas circunstâncias dadas, proporcionada aos crimes, ditadas pelas leis. (Beccaria, 2005. p. 315)

Como grande pensador iluminista suas lições continuam atuais, é possível, ou melhor, com muita certeza vivemos em um tempo um pouco ou se não muito pior da qual viveu Beccaria, pois vemos hoje o infrator como um animal que além de ser privado de liberdade perde também seus demais direitos aos quais são legítimos a qualquer ser vivente diga-se ser racional que exista na sociedade, pois ele participa de um contrato tácito, que busca normatizar e fazer entender os direitos e deveres

não havendo influencia da humanidade, pois o mesmo ira responder porem dentro daquilo que justo correto destro das leis vigentes. Daí sua importância para a principiologia da criação do Direito Penal, pois vislumbra em dias atuais os efeitos de uma justiça para poucos onde o detentor do conhecimento buscar solucionar, se baseado no momento naquilo em que o legislador achar mais cômodo.

Hoje, as discussões de tais temas são o que há de mais avançado no direito penal, sendo que em vários países há divergências sobre o tema morte, tais princípios embaixadores destas penas são frutos remanescentes do que se aplicava na Lei de Talião, como sendo uma espécie de vingança contra os atos realizados pelos criminosos, só que agora é a vingança estatal.

Cada um o faz pela pura e simples necessidade de sobreviver em sociedade, diante da qual aquele que não se enquadra em seus parâmetros e não participa de sua manutenção, cumprindo seu papel social, é marginalizado e elencado para fora do convívio com a mesma, seja por cumprir uma sanção jurídica, ou através da sanção velada, da exclusão social. Penetrando um pouco mais fundo nesse raciocínio, Beccaria navega em seu delírio até o momento histórico que marca o início da criação do Estado como ente individual de cada sociedade, onde os homens abrem mão do estado de guerra como único meio de ascensão das nações, para elaborarem leis que vinculem todos entre si, elegendo o soberano representante das vontades do povo que deve guardá-las e administrar a nação.

Em se tratando das penas, devem, pois estas ser escolhidas entre aquelas que tragam maior impressão e por maior tempo no espírito público e menos cruel ao corpo do acusado. Sempre o mal causado pela pena deve vir em maior quantidade que o benefício trazido pelo crime, além da perda das vantagens deste decorrente. Segundo Beccaria, os delitos dividem-se entre aqueles que tendem diretamente contra a sociedade ou aqueles que a representam, contra a vida, os bens ou a honra de um indivíduo ou simplesmente atos contra o que a lei prescreve para o bem público. Em suma, cada cidadão pode fazer tudo que não seja contrário às leis. Dentre algumas fontes de erros e injustiças na legislação, Beccaria aponta o fato de alguns legisladores se ocuparem mais com inconvenientes particulares do que com os gerais. Também o espírito de família é uma fonte de injustiça, por acabar por corromper os cidadãos entre si mesmos.

3. CONCLUSÃO

Durante sua obra Beccaria trouxe uma nova concepção de mundo dentro do Direito penal. Seu trabalho vislumbra circunstâncias que reafirmam a capacidade humana de vivência em sociedade e seu vislumbre para com a obtenção do poder, defende, com todas as suas forças, a introdução de um caráter humanitário e pragmático para as penas, principalmente garantindo que elas não violem a dignidade do indivíduo, uma vez que o pacto social estabelecido deve mantê-la intacta. Dessa forma, pode-se dizer que Beccaria retoma antigos ideais de valorização do homem e de seu bem-estar, amplamente evidenciados na Antiguidade e que se perderam no decurso de toda Idade Média. Deparamo-nos com a dimensão reconstrutora de Beccaria para o sistema penal: fazendo uso do contrato social, divisão de poderes, humanidade das penas e máxima liberdade com o mínimo de sacrifício (a semente do princípio da intervenção mínima do Direito Penal atual). A sociedade vem de um período regido pelo absolutismo e a teoria do contrato social ofereceu uma ideologia adequada para a proteção da burguesia nascente, já que, acima de todas as coisas, insistia em recompensar a atividade proveitosa e castigar a prejudicial.

A principal lição pregada por Beccaria é a de que o homem se esqueceu das lições do passado, e por isso sofre no presente. Os ideais de Beccaria remontam uma preocupação de que a virtude do saber ser deve sempre estar acompanhada de conhecimento, para poder atender toda a sociedade.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 3ª edição. Tradução de Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Clássicos).

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2ª edição. Tradução de Eduardo Brandão; revisão da tradução de Carlos Eduardo Silveira Matos. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção tópicos).

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

WEISS, Raquel. **Sociologia e direito na teoria durkheimiana**. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). Manual de sociologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013.

AUXÍLIO-MORADIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

VIKTOR SÁ LEITÃO DE MEIRA LINS: Advogado da União - AGU desde DEZ/2010, formado em Direito, em 2007, na Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

RESUMO: Necessidade de comprovação de deslocamento real para pagamento de Auxílio-Moradia na Administração Pública Federal.

Palavras chave: Auxílio-moradia. Deslocamento.

Introdução

Preliminarmente, cabe ressaltar que, nos termos do art. 60-A da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o auxílio-moradia consiste no ressarcimento das despesas comprovadamente realizadas pelo servidor com aluguel de moradia ou com meio de hospedagem administrado por empresa hoteleira e será concedido ao servidor que tenha se deslocado do local de residência ou de seu domicílio para ocupar cargo em comissão ou função da confiança do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, níveis 4, 5 e 6, Cargo de Natureza Especial, de Ministro de Estado ou equivalentes.

O art. 60-B da lei supracitada prevê os requisitos necessário para a obtenção da referida verba. Vejamos:

Art. 60-A. O auxílio-moradia consiste no ressarcimento das despesas comprovadamente realizadas pelo servidor com aluguel de moradia ou com meio de hospedagem administrado por empresa hoteleira, no prazo de um mês após a comprovação da despesa pelo servidor.

Art. 60-B. Conceder-se-á auxílio-moradia ao servidor se atendidos os seguintes requisitos:[\(Incluído pela Lei nº 11.355, de 2006\)](#)

I - não exista imóvel funcional disponível para uso pelo servidor;[\(Incluído pela Lei nº 11.355, de 2006\)](#)

II - o cônjuge ou companheiro do servidor não ocupe imóvel funcional; [\(Incluído pela Lei nº 11.355, de 2006\)](#)

III - o servidor ou seu cônjuge ou companheiro não seja ou tenha sido proprietário, promitente comprador, cessionário ou promitente cessionário de imóvel no Município aonde for exercer o cargo, incluída a hipótese de lote edificado sem averbação de construção, nos doze meses que antecederem a sua nomeação;[\(Incluído pela Lei nº 11.355, de 2006\)](#)

IV - nenhuma outra pessoa que resida com o servidor receba auxílio-moradia; [\(Incluído pela Lei nº 11.355, de 2006\)](#)

V - o servidor tenha se mudado do local de residência para ocupar cargo em comissão ou função de confiança do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 4, 5 e 6, de Natureza Especial, de Ministro de Estado ou equivalentes; [\(Incluído pela Lei nº 11.355, de 2006\)](#)

VI - o Município no qual assuma o cargo em comissão ou função de confiança não se enquadre nas hipóteses do art. 58, § 3º, em relação ao local de residência ou domicílio do servidor; [\(Incluído pela Lei nº 11.355, de 2006\)](#)

VII - o servidor não tenha sido domiciliado ou tenha residido no Município, nos últimos doze meses, aonde for exercer o cargo em comissão ou função de confiança, desconsiderando-se prazo inferior a sessenta dias dentro desse período; e [\(Incluído pela Lei nº 11.355, de 2006\)](#)

VIII - o deslocamento não tenha sido por força de alteração de lotação ou nomeação para cargo efetivo. [\(Incluído pela Lei nº 11.355, de 2006\)](#)

IX - o deslocamento tenha ocorrido após 30 de junho de 2006. [\(Incluído pela Lei nº 11.490, de 2007\)](#)

Parágrafo único. Para fins do inciso VII, não será considerado o prazo no qual o servidor estava ocupando outro cargo em comissão relacionado no inciso V.

Pois bem, em relação à interpretação do inciso V do artigo 60-B da Lei nº 8.112/90, qual seja, o significado do requisito “deslocamento” para configurar o direito à percepção do auxílio-moradia, eis o que preceitua o art. 1º do Decreto nº 1.840, de 20 de março de 1996, o qual dispõe sobre o custeio da estada dos ocupantes de cargos públicos:

Art. 1º O ocupante de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, níveis 4, 5 e 6, deslocado para Brasília, que faça jus a moradia funcional, poderá, mediante ressarcimento, ter custeada sua estada às expensas do órgão ou da entidade em que tiver exercício, a partir de sua posse, na hipótese de o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão não dispor de imóvel funcional para alojá-lo, condicionado à existência de disponibilidade

orçamentária. (Redação dada pelo Decreto nº 4.040, de 3.12.2001)”

Por sua vez, o artigo 3º, inciso VI, da Orientação Normativa nº 10, de 24 de abril de 2012, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MP, prevê que:

Art. 3º O auxílio-moradia será concedido ao servidor que tenha se deslocado do local de residência ou de seu domicílio para ocupar cargo em comissão ou função de confiança do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, níveis 4, 5 e 6, Cargo de Natureza Especial, de Ministro de Estado ou equivalentes, desde que atendidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

...

VI – o servidor não tenha sido domiciliado no Distrito Federal ou no Município onde for exercer o cargo em comissão ou função de confiança, nos últimos 12 (doze) meses, desconsiderando-se prazo inferior a 60 (sessenta) dias dentro desse período;

Já o Tribunal de Contas da União possui entendimento no sentido de que o auxílio-moradia se destina àquele servidor que passa a ocupar um cargo DAS 4, 5 ou 6 em localidade diferente da que residia antes da nomeação para o cargo, não sendo permitido, portanto, o deslocamento ficto, ou seja, quando o servidor altera o exercício para órgão diferente sem comprovar, entretanto, a mudança do local da sua residência ou de seu domicílio.

“(…)”

3. O motivo da instauração da TCE foi o recebimento indevido, por parte do referido responsável, ocupante do cargo de Chefe de Gabinete ... , do chamado auxílio-moradia, no período de 5/7/2004 a 8/3/2005.

4. Ressalto que concordo com a análise feita pela Unidade Técnica dos argumentos contidos nas alegações de defesa apresentadas pelo responsável, sem prejuízo de tecer os comentários abaixo.

5. O auxílio-moradia é tratado no Decreto nº 1.840/1996 (alterado pelo Decreto nº 4.040/2001), que dispõe, em seu art. 1º (grifos meus):

“Art. 1º O ocupante de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 4, 5 e 6, deslocado para Brasília, que faça jus a moradia funcional, poderá, mediante ressarcimento, ter custeada sua estada às expensas do órgão ou da entidade em que tiver exercício, a partir de sua posse, na hipótese de o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão não dispor de imóvel funcional para alojá-lo, condicionado à existência de disponibilidade orçamentária.”

6. O art. 3º, inciso II, alínea ‘c’ da referida norma estabelece que o ressarcimento cessa quando o beneficiário “passar à condição de proprietário, promitente comprador, cessionário ou promitente cessionário de imóvel residencial na cidade onde exercerá as atribuições do cargo para o qual foi nomeado, incluída a hipótese de lote edificado sem averbação de construção”.

7. Da leitura dos citados dispositivos, depreende-se que o auxílio-moradia destina-se àquele que passa a ocupar um cargo DAS 4, 5 ou 6, cujas atividades serão exercidas em localidade diferente da que ele residia antes da nomeação. Além disso, para fazer jus ao auxílio, o ocupante do cargo não pode ter imóvel situado na localidade em que as atividades serão desempenhadas.

8. Apesar de ter declarado que “quando convidado para trabalhar no Ministério das Comunicações estava residindo no Rio de Janeiro, na Rua Nascimento e Silva 65, apartamento 102, Ipanema” (fl. 26, TC-015.866/2006-1), não constam dos autos quaisquer evidências de que essa informação seja verdadeira. Registre-se, por oportuno, que a comissão de sindicância do Ministério das Comunicações assinalou que o Curriculum Vitae do responsável, datado de 6/2/2004, duas semanas antes de sua nomeação (20/2/2004), informava seu endereço residencial em Taguatinga/DF (fls. 63/64, TC-015.866/2006-1)

9. Evidenciou-se, também, que, à época em que tomou posse no cargo, ele era proprietário de imóvel situado em Brasília, que só foi vendido posteriormente, conforme registro em cartório (fl. 33, TC-015.866/2006-1).

10. Dessa forma, sendo indevido o pagamento dos valores a título de auxílio-moradia, deve o Sr. Otto Lamosa Berger ser condenado a ressarcir tais quantias aos cofres da União. A 1ª Secex propõe que as contas anuais do citado responsável, às quais foi

juntada a tomada de contas especial, sejam julgadas irregulares.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote as deliberações que ora submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de março de 2008.

UBIRATAN AGUIAR

Ministro-Relator”

Desta feita, percebe-se que, diferentemente do auxílio-moradia pago indistintamente a todos os membros do poder judiciário, sem a necessidade de cumprimento de requisitos específicos, a percepção do referido auxílio no poder executivo federal pede o cumprimento de várias condições, sendo uma delas o deslocamento real do endereço do respectivo domicílio originário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que a natureza do auxílio-moradia na Administração Pública Federal é de verba indenizatória, pois realmente se presta ao ressarcimento de despesas específicas geradas pelo deslocamento real do servidor no interesse da administração, possuindo prazo limite de pagamento, não se incorporando à aposentadoria, não sendo pago indistintamente a todos os servidores, constituindo-se exceção na folha de pagamentos dos servidores do Poder Executivo Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Direito Administrativo.
27ª Ed. São Paulo. Atlas, 2014.