

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 823

(Ano IX)

(14/10/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

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

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

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



09/10/2017 Gisele Leite

» [Problemas do ensino confessional no Brasil](#)

ARTIGOS

13/10/2017 Rafael José Farias Souto

» ["Abstrativização" no âmbito do controle concreto de constitucionalidade: cenário jurídico atual brasileiro.](#)

13/10/2017 Rogério Faustino da Silva Júnior

» [O princípio da conexão na processualística probatória trabalhista.](#)

13/10/2017 Barbara Mota Pestana

» [Concepções de Constituição](#)

11/10/2017 Marco Aurélio Rosa de Deus

» [Sistemas eleitorais e soberania popular](#)

11/10/2017 Gisele Leite

» [O Processo Constitucional \(judicial e não judicial\)](#)

11/10/2017 Ludmila Antunes Resende

» [A absolvição sumária na primeira fase do Júri](#)

10/10/2017 Wellington Cacemiro

» [Tragédia de Mariana \(MG\): estudo do caso à luz do direito ambiental](#)

10/10/2017 Thomas Ubirajara Caldas de Arruda

» [O papel do juiz à luz do modelo constitucional do novo processo civil](#)

10/10/2017 Illa Karla Ramos Araujo

» [Os impactos do novo Código de Processo Civil na jurisprudência defensiva](#)

09/10/2017 Marco Aurélio Rosa de Deus

» [Abate-teto](#)

09/10/2017 Geraldo Uchôa de Amorim Júnior

» [A Teoria do Finalismo mitigado e a redefinição do conceito de consumidor](#)

09/10/2017 Ana Lúcia Lopes Santos

» [Princípios constitucionais que norteiam o Código de Defesa do Consumidor](#)

PROBLEMAS DO ENSINO CONFSSIONAL NO BRASIL

GISELE LEITE: Professora universitária, pedagoga, bacharel em Direito UFRJ, mestre em Direito UFRJ, mestre em Filosofia UFF, Doutora em Direito USP. Pesquisadora-Chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas.

É fato inegável que a questão sobre o ensino religioso é uma das mais aceras polêmicas na educação brasileira contemporânea, porque envolve processos históricos traumáticos e, simultaneamente, pode nos conduzir aos questionamentos sobre o próprio ato de educar, e como conciliar a liberdade de consciência individual, a liberdade de crença e opinião com o direito e o dever de transmitir crenças e valores às novas gerações.

Enfim, os espaços institucionais, para a transmissão de crenças e valores são igualmente um objeto de debate, será a escola pública, pública ou particular, a família ou a Igreja, onde afinal o educando deve aprender valores? E a ética?

Onde se deve cultivar a espiritualidade? Na disputa desses espaços institucionais e pela possibilidade de amoldar as consciências, já se deram diversos embates históricos, às vezes, sangrentos, quase sempre intolerantes.

Enfim, é uma temática espinhosa, que deve ser abordada com cuidado e parcimônia.

Na educação originária, dentro do clã, tribo e mesmo no seio da família, a religião e as crenças eram transmitidas naturalmente, sendo parte da inserção e integração do grupo em seu grupo social. E, entre os povos orientais, os chineses e indianos e, entre os ocidentais, como egípcios, gregos e romanos.

Com o cristianismo, no Ocidente, centralizou-se toda educação, e ganhou cunho predominantemente religioso, e transformou-se numa instituição poderosa. Durante séculos, a maior promotora da educação foi a Igreja Católica, sem olvidar de que na cultura europeia medieval havia, embora reprimidas e combatidas, a educação judaica e a muçulmana.

Mas, no caso da Igreja Católica, tratava-se de uma doutrinação completa da consciência individual, que deveria enxergar o mundo e viver nele segundo os dogmas e os mandamentos do cristianismo oficial, atitude reprisada pela cultura islâmica.

Além de não permitir a liberdade do indivíduo em assumir outras denominações ou vertentes religiosas, banidas da cultura monopolizada pela Igreja, esta não permitia tampouco outras formas de cristianismo.

Registra-se que entre os séculos quarto e oitavo, o esforço tantas vezes violento, empreendido pelos católicos não só para apagar o paganismo da história, mas para catequizar os arianos, uma forma de cristianismo que advinha do Padre Arius^[1], considerado herético, por não aceitar a divindade de Cristo.

A vertente ariana havia conquistado amplamente os bárbaros tais como visigodos, lombardos e muitos outros e, eram seus partidários, com igreja e culto constituído. A eliminação das diferenças foi obra que começara com Constantino, no Concílio de Nicéia, no século IV, para estender-se a toda a Idade Média.

Tal hegemonia somente foi rompida pela Reforma protestante que ocorreu justamente com um novo impulso à educação. Seus líderes recorreram às autoridades locais e nacionais a fim de que contribuíssem para a difusão e manutenção da Reforma por meio de fundação de escolas, que eram desde alfabetização do povo até o acesso à cultura.

O Estado Moderno que já nasceu sob a forte influência da Reforma, requeria a intervenção estatal na educação.

No contra-ataque da Igreja Católica, no movimento da Contra-Reforma, fez planos para retomar o monopólio da educação e também se aliou ao Estado. No Concílio de Trento^[2] que ocorreu entre 1545 até 1563, foi recomendada às autoridades da Igreja a criação de escolhas e universidades, além do aperfeiçoamento das já existentes no interior de catedrais e mosteiros, a necessidade de ensino secundário em que a instrução fosse gratuita aos clérigos e aos estudantes mais pobres.

E, ainda foi planejada a criação de associações para o ensino catequista e de instrução religiosa, para conter o crescimento do movimento protestante que justificava ideologicamente e religiosamente a ascensão da burguesia.

E, exatamente com esse espírito que nasceu a famosa ordem da Companhia de Jesus, que apesar de não ter sido criada por fins educacionais, mas gradualmente ocupou lugar proeminente, ou até protagonista entre as suas atividades. O projeto de colonização das novas terras invadidas por espanhóis e portugueses estava totalmente contaminado pelo espírito da Contra- Reforma.

Somente no século XVIII que apareceu uma proposta de uma escola sem religião, que era algo inédito na história. E, os iluministas em sua maioria cogitam numa escola livre e, em termos políticos e sociais, veio a Revolução Francesa se incumbir dessa realização.

A educação começa então a sair das mãos da Igreja Católica para passar para as mãos do Estado. E, em 1763, os jesuítas são expulsos da França e, é publicado um texto sobre a educação nacional que defendia a educação laica e o ensino religioso restrito às igrejas.

A referida laicidade^[3] era o moto-contínuo da Revolução Francesa e seu principal representante era Condorcet, em 1792 que publicou em decreto o caráter laico da educação escolar e a necessidade da educação pública a cargo do Estado. Enfim, o ensino religioso deveria ser ministrado no âmbito de diferentes cultos, e a escola deveria dar apenas uma formação de educação moral racional.

Porém, a laicidade verdadeira^[4], só se tornou uma realidade concreta, pelo menos na França, depois de duras disputas políticas, econômicas e filosóficas entre o Estado e a Igreja no século XIX. No Brasil, até a década de 1940, durante o Estado Novo, havia ainda clara ingerência da Igreja Católica na educação nacional.

No entanto, será que o espaço institucional formado pela escola laica e pública e gratuita, mantida pelo Estado, representará a garantia de liberdade de consciência e pluralismo ideológico?

Uma sincera leitura crítica de interesses do Estado representa o pensamento anarquista. E, em 1793, após a publicação de Condorcet e de seu decreto, um dos criadores do anarquismo, foi William Godwin que escreveu um texto intitulado “A Investigação sobre a Justiça Política”, que falava sobre os males de um ensino a cargo do Estado. Acusando o papel ideológico do Estado e procurou mostrar o quanto este tem a firma intenção de colocar as massas a seu serviço.

Assim aduzia o pensador inglês, *in litteris*:

"(...) todo o projeto nacional de ensino deveria combatido em qualquer circunstância pelas suas óbvias ligações com o governo, uma ligação mais temível do que a velha e muito contestada aliança da Igreja com o Estado. Antes de colocar uma máquina tão poderosa nas mãos de um agente tão ambíguo, cumpre examinar bem o que estamos fazendo. Certamente que o governo não deixará de usá-la para reforçar sua própria imagem e suas instituições."

As palavras de Godwin foram se comprovando historicamente e, não apenas nos Estados totalitários que assumiram claramente o papel de formatadores ideológicos dos cidadãos e da sociedade. E, até também nas democracias mais avançadas, onde a escola representa um ponto de âncora de interesses políticos, econômicos e sociais.

Mesmo com banimento da religião da escola, porém, não foi apenas um ato que separou a Igreja do Estado e, não teve apenas os componentes de disputa de poder. E, nesse processo está inserido o movimento cientificista que se desenvolveu a partir do século XIX e precisa ser melhor analisado pois, o próprio Condorcet, entre outros pensadores iluministas, iniciou uma avaliação desvantajosa da religiosidade humana.

Afirmava que uma das características da sociedade futura, progressista e iluminada pela ciência que traria a indiferença pelas religiões, enfim, colocadas entre as superstições ou invenções meramente políticas.

Bem mais tarde, Feuerbach entenderia a religião como um preenchimento de desejos humanos e Freud e Marx terminaria de desferir o fatal golpe, o primeiro entendendo-a como mera ilusão enquanto que o segundo, entendendo-a como fator de alienação social.

Numa ciosa leitura do século XIX já nos credencia perceber, com o devido recuo histórico que ocorrera uma certa militância atea e materialista que acabou por desqualificar a religião, e com esta, qualquer outra filosofia que aceitasse ou admitisse a transcendência, como fonte aceitável de vivência, valores e conhecimentos, para instituir um dogmatismo cientificista, que nada tinha de realmente científico, mas era antes de tudo ideológico.

E, nesse diapasão, de uma nova hegemonia, a da ciência materialista, surgiu um gradativo silêncio de outras correntes de pensamento, que sem necessariamente abdicar do método experimental (empírico), assumiam pressupostos espiritualistas, entendendo-se que sempre se tratam de pressupostos, porque hoje sabemos que a ciência jamais é puramente experimental, como parte de um paradigma vigente.

Existem nítidos exemplos desse processo peculiar do século XIX, a começar por Marx e Engels, com a classificação do socialismo que propunham como científico, ou seja, materialista, e o enquadramento de outros socialismos como utópicos que era em sua maioria espiritualistas, estes últimos, foram de certa forma desqualificados historicamente, e ficam obscurecidos.

Pode-se afirmar que o mesmo ocorrera com a teoria evolucionista que é de autoria de Russel Wallace e Charles Darwin. O primeiro era espiritualista enquanto que o segundo, antes religioso, tornou-se cético. E, até hoje, o conflito existente entre o evolucionismo e o criacionismo^[5] permanece vivo e quase ninguém cita Wallace ou mesmo depois Bergson ou Chardin, como possíveis conciliações, mas o darwinismo tornou-se então o evolucionismo oficial.

Com isso, pode-se concluir, que a escola laica está muito longe de ser um espaço de pluralismo e de livre discussão de ideias, e se tornou além de

seus atrelamentos políticos e econômicos, o instrumento ideológico da ciência oficial, de viés nitidamente materialista.

É que tanto a escola religiosa, a confessional do passado, quanto a escola laica, científica, então sua sucessora, postulam uma prática pedagógica autoritária, em que o educando se torna um depositário passivo de conteúdos verdadeiros, definitivos e fechados. Verdadeiros dogmas.

Mesmo a escola anarquista, com toda sua proposta de liberdade radical ainda tinha seus dogmas de militância ateia e, até cientificista, já que os maiores anarquistas, como o educador Francisco Ferrer ou Bakunin, também estavam plenamente convencidos, como herdeiros da ciência do século XIX, de que só esta chegaria às verdades definitivas.

A discussão sobre o ensino religioso, conforme se tem hoje, passa por uma crítica sobre a própria escola, sobre o próprio ato de educar, considerado como transmissão pura e simples de conhecimentos, informações, conceitos e valores, passando por uma revisão do próprio conceito de ser humano e das finalidades da educação [6]. E, nesse contexto a visão de transcendência é fator a ser considerado seriamente na educação humana.

Recentemente o STF com o voto minerva da presidente da Corte, da Ministra Cármen Lúcia, decidiu nesta quarta-feira pela permissão de ensino religioso confessional nas escolas públicas. Deu-se uma apertada e desconfortável votação de seis votos a cinco, a Suprema Corte rejeitou a Ação de Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.439 que pedia que o ensino religioso fosse apenas uma apresentação geral das doutrinas e não admitisse que os professores fossem representantes de nenhum credo, como um padre, rabino, pastor ou ialorixá [7] (mãe de santo de culto afrodescendente).

Na realidade, as leis brasileiras permanecem como estão, e fica autorizado que os professores de religião no ensino fundamental, de crianças de 9 a 14 anos, promoverem suas crenças em sala de aula. Mas, também continuam autorizados o ensino não confessional e o interconfessional, aulas que versam sobre os valores e características comuns de algumas religiões.

Desta forma, os Estados e municípios também continuam livres para decidir se devem remunerar os professores de religião ou fazer parcerias com instituições religiosas, para que o trabalho seja voluntário e sem custo para os cofres públicos.

A vigente Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional^[8] prevê que as escolas ofereçam obrigatoriamente o ensino religioso para as crianças. Mas, frise-se que a disciplina é facultativa e, os alunos só participam se estes, ou seus responsáveis, manifestarem interesse.

A Procuradora-Geral da República (PGR) argumentou ainda que, por não determinar se as aulas podem ser confessionais, ligadas a uma confissão religiosa, ou não, a lei dá espaço para que predomine o ensino da religião católica nas escolas municipais e estaduais, o que violaria o princípio de que o Estado é laico.

Nesse julgamento os seis ministros do STF, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Carmen Lúcia entenderam que a laicidade do Estado não significa que este deve atuar contra as religiões, mesmo nas instituições públicas.

E, a favor da PGR votaram os ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Rosa Weber, Marco Aurélio Melo e Celso Mello.

O voto de Minerva^[9] dado pela Presidente do STF, Cármen Lúcia trouxe o argumento de que não enxergava nas leis brasileiras a autorização para o proselitismo e para o catequismo nas escolas. E, também disse não ver proibição de que se ofereça o ensino religioso orientado por princípios de uma específica religião.

No entanto, todos os ministros concordaram que com a condição do Estado laico^[10] brasileiro, a liberdade de crença, a importância da tolerância, a pluralidade das ideias e garantia da liberdade de expressão e manifestação são cruciais.

Em verdade, o referido debate, pôs de um lado, as associações católicas e evangélicas e, de outro lado, os órgãos tão diferentes como a

Federação das Associações Muçulmanas e a Liga Secular Humanista do Brasil.

Logo na primeira sessão do julgamento, o Ministro Barroso que é o relator da ADI, Fux e Weber concordaram com o argumento da Procuradoria de que o ensino religioso, mesmo que facultativo, pode expor crianças a constrangimentos, caso elas escolham não frequentar as aulas, por exemplo.

Aliás, esta também é a posição da maior parte das associações de educadores, ONGs de direitos humanos e congregações religiosas que pediram para que seus argumentos fossem ouvidos pelo tribunal.

Defendemos que o STF estabeleça os limites negativos à presença do ensino religioso nas escolas públicas, limites do que não pode ser, foi o que afirmou Denise Carreira, relatora nacional de Direitos humanos da Plataforma Brasileira dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DHesca), ligada à UNESCO (órgão da ONU para a educação, ciência e cultura)[11].

Defendeu Denise que o ensino religioso não pode ser oferecido em horários de disciplinas obrigatórias, aulas no meio período, como muitas escolas fazem, para tornar obrigatório o ensino religioso.

Para a relatora nacional DHesca o STF deveria ir mais longo e além de definir o tipo de ensino religioso que deve ser oferecido às crianças, também deveria discutir se este deve ser custeado pelo poder público, como a lei atual permite. Afinal como o Brasil tem dificuldade de implementação do Plano Nacional de Educação por falta de recursos, não tem cabimento investir dinheiro público em ensino religioso.

Túlio Vianna, professor da UFMG, advogado que representa a Liga Humanista Secular do Brasil que congrega pessoas sem a religião, tais como os agnósticos e ateus, acredita que a ação da PGR buscava, de certo modo, corrigir uma contradição dentro do próprio texto constitucional vigente.

Assim, ao prever o ensino religioso, a LDBN quase instituiu uma exceção dentro da regra da laicidade do Estado, e tal coisa, deve ser interpretado de forma restritiva. Ou o Estado financia uma espécie de catecismo em sala de aula, ou então, oferece uma disciplina que daria ao aluno uma visão geral sobre as diversas religiões. O que parece ser mais coerente com os valores constitucionais consagrados para o Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, para os defensores do ensino confessional^[12] como Dr. Fernando Neves, advogado da Conferência Nacional de Bispos do Brasil (CNBB) enfatiza o posicionamento da Igreja Católica ao defender o ensino confessional que não quer significar obrigatoriamente um catecismo nas escolas públicas... ainda, aduziu que defende o ensino de todas as religiões, quer queriam religiões africanas, evangélicas ou judaísmo.

Mas, uma perplexidade nos assola, como afinal garantir que todas as diferentes religiões sejam representadas para cumprir a demanda curricular?

Cumpra relembrar que a LDBN em seu artigo 33^[13] evidencia que o ensino religioso na escola fundamental pode ser confessional, de acordo com as preferências dos alunos e suas respectivas famílias, mas que este, não deveria ser custeado pelos cofres públicos.

Mais tarde, o referido dispositivo fora alterado e deixou de mencionar tanto o ônus do Poder Público quanto o ensino confessional.

E, a atual redação aponta apenas que é proibida qualquer forma de proselitismo^[14] religioso e que o conteúdo das aulas e as normas para a admissão de professores devem ser regulamentados pelos sistemas de ensino.

E, com tal alteração no dispositivo, deu-se o espaço para os municípios e os Estados pagassem a conta dessas disciplinas e, as oferecessem da maneira que quisessem.

O que enfim está em jogo na mais alta corte judicial brasileira é a pergunta incômoda, de quem paga pelas aulas do ensino religioso nas escolas municipais e estaduais? E, tal debate vem apresentar um panorama sobre o nível de tolerância religiosa da sociedade brasileira, e já se sabe que está muito baixo. E, se registrou um aumento de episódios de intolerância religiosa entre as crianças de escolas públicas nos últimos anos.

Registre-se ainda que a Grande Loja Maçônica do Rio de Janeiro também pediu para participar do processo, motivada pelos episódios de intolerância religiosa quanto aos cultos de origem africana no Estado.

Mas, cabe um pontual esclarecimento que a maçonaria não é religiosa e guarda um posicionamento defensor das liberdades, além de se posicionar contrária a qualquer preconceito e intolerância religiosa^[15]. Reafirmando que o Estado é laico e deve permanecer laico.

Mas, Tulio Vianna, alertou que a ideia de separar os alunos do ensino fundamental em turmas de religiões diferentes, mesmo que eventualmente, igualmente poderá ser um estímulo à intolerância, pois devemos construir uma saudável convivência religiosa com a diversidade de crenças.

Por derradeiro, cabe ainda observar que o debate não incluiu as escolas privadas. E, o Ministro Barroso que é o relator da ação, no tribunal, disse logo na primeira sessão que as escolas privadas podem estar ligadas a qualquer confissão religiosa, o que é plenamente legítimo.

Num país onde se institucionalizou a aprovação automática^[16] diante de diversas situações que atestam a precariedade da educação brasileira e das políticas públicas educacionais. A discussão sobre a viabilidade, obrigatoriedade ou mesmo faculdade do ensino religioso parece-me, sinceramente, um requinte bizarro e impróprio.

Afinal, tanto a escola confessional como a escola laica que se tornou porta-voz da ciência materialista^[17], são dogmáticas posto que tradicionalmente a escola tem sido o domicílio de verdades prontas e da imposição de conhecimentos fechados.

Deve a escola ser o espaço de acesso a todas as formas de interpretação da realidade. E, dois perigos devem ser firmemente evitados, a saber: o dogmatismo e o relativismo[18].

Somente a diversidade pode atender ao interesse cognitivo e espontânea curiosidade bem como é capaz de promover a união da humanidade além das diferenças e crenças.

Enfim, o STF decidiu em 27.09.2017 que a disciplina referente ao ensino religioso nas escolas públicas pode ser confessional. Assim, poderão ser oferecidas aulas de um culto ou credo[19] específico, contanto que sejam facultativas. De qualquer maneira ainda há um oceano de incertezas. Principalmente por conta de outras confissões religiosas, e como garantir que sejam atendidas em caráter isonômico.

Outra questão irrespondida seria quanto a delimitação do currículo que será ofertada em salas de aula. Enfim, o Ministério da Educação jamais deliberou sobre o tema e, as diretrizes para o ensino religioso foram fixadas por mero consenso em discussões promovidas na academia e na sociedade civil, como no Fórum Permanente para o Ensino Religioso (Fonaper). Pois estas defendem um *currículum* não-confessional e laico.

Referências:

INCONTRI, Dora; BIGHETO, Alessandro Cesar. Ensino confessional, laico ou inter-religioso? Disponível em: http://gper.com.br/documentos/ensino_confessional.pdf. Acesso em 28.09.2017.

CONDORCET. Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain. Paris: Flammarion, 1988.

GODWIN, Willian. Os males do ensino nacional. In: WOODCOCK, George. Os grandes escritos anarquistas. Porto Alegre: LPM, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Escritos sobre a religião e a moral. Campinas: IFCH/Unicamp, 2012.

DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana; CARRIÃO, Vanessa. Laicidade e ensino religioso no Brasil. Brasília: UNESCO/Letras Livres/ Editora UnB, 2010.

MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbetes escola confessional. Dicionário Interativo da Educação Brasileira - Educabrazil. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <<http://www.educabrazil.com.br/escola-confessional/>>. Acesso em: 29 de set. 2017.

SETZER, Valdemar. Consequências do Materialismo. Disponível em: www.ime.usp.br/~vwsetzer Acesso 28.9.2017.

NOTAS:

[1] O arianismo foi uma visão cristológica sustentada por Ário e seus seguidores. Ário ou Arius foi presbítero cristão da Alexandria nos primeiros tempos da Igreja primitiva que negava a existência da consubstancialidade entre Jesus e Deus Pai, que os igualasse, concebendo Cristo como um ser pré-existente e criado, embora a primeira e mais excelsa de todas as criaturas que encarnara em Jesus de Nazaré. Que seria subordinado a um Deus Pai. Não sendo Jesus o próprio Deus em si e por si mesmo. Segundo Ários, só existe um Deus e Jesus é seu filho e não o próprio Deus. Ário ou Ários foi o fundador da doutrina considerada como herética pelo Cristianismo histórico e ortodoxo, chamada de arianismo. Foi, antes de se afastar do trinitarismo, um presbítero cristão da Alexandria, ordenado por Melito de Licópolis, pelo que também foi conhecido por Arius de Alexandria

[2] O Concílio de Trento foi o décimo nono conselho ecumênico reconhecido pela Igreja Católica Romana. Foi convocado pelo papa Paulo III, em 1542, e durou entre 1545 e 1563. Teve este nome, pois foi realizado na cidade de Trento, região norte da Itália. O Concílio de Trento foi uma reação da Igreja Católica à Reforma Protestante, iniciada por Martinho Lutero na primeira metade do século XVI. Com o crescimento do protestantismo na Europa, a Igreja Católica buscou uma reação, que ficou conhecida historicamente como Contra-Reforma. Dentro deste contexto, o Concilio de Trento buscou condenar as novas doutrinas protestantes, além de reafirmar os dogmas da fé católica. Muitas das decisões tomadas pela Igreja Católica foram no sentido de combater as ideias protestantes, muitas delas consideradas heréticas. Vários decretos disciplinares também foram aprovados pelo concílio, visando principalmente a moralidade e a adoção de medidas para melhorar o nível de instrução dos membros do clero (principalmente padres).

[3] Cumpre diferenciar dois conceitos, a saber: laicidade e laicismo. A laicidade é a característica dos Estados não confessionais que assumem posição de neutralidade perante a religião e na qual se traduz um respeito por todos os credos, inclusive até pela ausência destes, tal como ocorre no agnosticismo e o ateísmo. Já o laicismo, é igualmente não-confessional, mas se refere aos Estados que assumem postura de tolerância ou de intolerância religiosa, ou seja, onde a religião é encarada de forma pejorativa e negativa, ao contrário do que se passa com a laicidade.

[4] Apesar da afirmação de ser Estado laico, a nossa vigente Constituição abre mão de cifras expressivamente vultuosas com a concessão de imunidade tributária aos templos de qualquer culto, e templo nesse caso é considerado em sentido amplo pela jurisprudência brasileira e que se desdobra para tutelar os valores religiosos.

[5] O criacionismo e o evolucionismo são duas propostas contraditórias que dizem respeito à ocorrência temporal de um fenômeno: a origem de toda a existência (a criação e evolução do homem). Embora nenhuma delas possa ser comprovada em laboratório, as coincidências param por aí, pois suas abordagens são completamente distintas. A primeira, criacionista radical, adotada pela teologia judaico-cristã, foi expressa com surpreendente precisão pelo bispo anglicano de Armagh, Usher, no final do século XVII, que decidiu, baseado em textos bíblicos, que o mundo tinha sido criado precisamente no ano 4004 AC, juntamente com todas as espécies tal como existem atualmente. A segunda, o evolucionismo, adotada pela ciência, propõe que o universo surgiu há cerca de mais ou menos 13 bilhões de anos atrás, a vida em nosso planeta, com suas formas mais primitivas de organismos unicelulares, há cerca de 3.5 bilhões de anos.

[6] Questiona-se a presença de símbolo religioso, tal como um crucifixo numa repartição pública, por si só, tem o condão de arranhar a laicidade do Estado? O Estado laico deve pautar-se em respeito e compreensão sobre a herança cultural e religiosa de um país. Então, o eventual símbolo cristão e nem todos os são, não gera inconstitucionalidades. Ademais, o Brasil, é sabido, é país eminentemente cristão.

[7] Ialorixá, mãe de terreiro, iyalorixá, ypa, iaiaorixá, ou mãe de santo é uma sacerdotisa e chefe de terreiro de candomblé queto. Yá, na língua yorubá, significa mãe: (pronuncia iá) a junção iaiá ou yayá significa "mamãe", forma carinhosa de falar com a mãe, ou com a senhora da fazenda, muito usada pelos escravos. É uma palavra utilizada em muitos segmentos das religiões afro-brasileiras, principalmente no candomblé. Pode ser usado antes de uma palavra, como é o caso de iyabassê ou iyá-bassê, Iyá Kekerê, iyalorixá, Iyá Nassô, como pode se usar a palavra para se referir às Iyámi (minha mãe), também chamadas de Iyami-Ajé (minha mãe feiticeira) ou Iyami Agbá (minha mãe anciã).

[8] A Constituição Federal brasileira vigente, como a maioria dos textos constitucionais anteriores, não permite e nem mesmo cogita ou suspeita de laicismo no Estado brasileiro. E, já em seu preâmbulo é solenemente declarado que: promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil". E, assim, o sendo, trata-se de um Estado que não é ateu e nem antirreligioso. Todavia, o reconhecimento de valores religiosos não restou apenas no preâmbulo, pois mais adiante no artigo 5º, inciso VI afirma: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantia, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º - às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

§ 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...) VI - instituir impostos sobre:

(...) b) templos de qualquer culto;

Art. 210. ... § 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Art. 226. ... (...) § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Ressalte-se ainda que o apreço extremado à religião é visto no artigo 19, que define a laicidade do Estado Brasileiro, e não deixa de conferir as garantias religiosas, in litteris:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou suas representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

[9] O voto de Minerva é expressão popular usada na língua portuguesa e que significa o voto que decide uma votação que se encontrava empatada. Também se pode substituir a expressão por voto de desempate ou voto de qualidade. A origem de tal termo advém de episódio da mitologia grega em que a deusa Atena (conhecida pelos romanos como Minerva) presidiu o julgamento de Orestes, que matou a sua mãe e seu amante para vingar a morte de seu pai. A pena para aquele que cometesse um crime contra a própria família, e mais concretamente, o matricídio, era a morte. Os culpados eram então executados por Erínias, seres infernais que torturavam as almas pecadoras. Sabendo o horrível futuro que o esperava, Orestes pediu ajuda ao Deus Apolo e, este decidiu ouvir a sua súplica, levando-o para ser julgado no Areópago. As Erínias foram as acusadoras e Minerva presidiu aquele que seria o primeiro julgamento do mundo. O júri formado por doze cidadãos de Atenas, e a votação terminou empatada. Minerva, deusa da paz, da razão e da justiça lançou o voto decisivo, declarando a inocência de Orestes. A partir desse momento, o voto de desempate ficou conhecido como "Voto de Minerva".

[10] Estado laico, secular ou não confessional é aquele que não adota uma religião oficial e no qual vige a separação entre o clero e o Estado, de modo que não haja o envolvimento entre os assuntos de um e de outro, muito menos a sujeição do segundo ao primeiro. Mas, acautele-se que o Estado laico não é sinônimo de Estado antirreligioso. No mundo afora, o ideal do Estado laico sempre gera grandes polêmicas. E há diversos casos em que a liberdade religiosa se defrontou com a ideia de laicismo, gerando protestos veementes.

[11] A religião adquire importância crescente nos sistemas públicos de ensino e passou a ser um tema-chave para os responsáveis pelas políticas educacionais de numerosos países: é a conclusão a que chegou a última edição da publicação trimestral da UNESCO (Organização das NN.UU. para a Educação, a Ciência e a Cultura) sobre a educação - "Perspectivas" - que dedicou sua última edição, publicada hoje, ao tema "Educação e Religião". O estudo analisa o tempo reservado ao ensino religioso nos programas educacionais de 140 países. Segundo a análise, a educação religiosa é matéria obrigatória em 73 dos 140 países estudados. Em 54 desses 73 países, o tempo médio consagrado ao ensino religioso, durante os seis primeiros anos de escolaridade é de mais de 388 horas, o que equivale a cerca de 8% da duração total do ensino.

[12] Refere-se à escola vinculada ou pertencente a igrejas ou confissões religiosas. A escola confessional baseia os seus princípios, objetivos e forma de atuação numa religião, diferenciando-se, portanto, das escolas laicas. Para esse tipo de escola o desenvolvimento dos sentimentos religioso e moral nos alunos é o objetivo primeiro do trabalho educacional. Dessa forma, se a escola leiga constrói sua proposta baseada apenas em correntes pedagógicas, a confessional procura ter um embasamento filosófico-teológico. As escolas confessionais ficaram caracterizadas no passado por atuar com uma educação programática. Ou seja, o importante era que o professor passasse todo o programa da disciplina e se o aluno, que ouvia calado, não aprendesse, era porque não se esforçava o suficiente. Atualmente, muitas escolas confessionais separam o conteúdo laico do religioso, colocando, por exemplo, o ensino religioso como uma disciplina da grade curricular. (In: MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete escola confessional. Dicionário Interativo da Educação Brasileira - Educabrazil. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <http://www.educabrazil.com.br/escola-confessional/>. Acesso em: 29 de set. 2017.).

[13] Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. (Redação dada pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

[14] Proselitismo é a ação ou empenho de tentar converter uma ou várias pessoas em prol de determinada causa, doutrina, ideologia ou religião. O propósito do proselitismo é criar prosélitos (do grego *prosélytos*), ou seja, pessoas que foram convertidas para uma nova religião, doutrina, ideologia, filosofia ou causa, mesmo sem haver interesse inicial para esta conversão. As pessoas que praticam o proselitismo são conhecidas por utilizar de técnicas de persuasão antiéticas e muitas vezes agressivas.

Apesar disso, nem todas as pessoas que praticam o proselitismo usam essas técnicas ou têm atos de discriminação. O proselitismo religioso é uma das formas mais comuns da ação de criar prosélitos. Como o Brasil é um Estado Laico, e o ensino religioso é totalmente facultativo, qualquer ato de proselitismo religioso nas escolas é vetado pela justiça. O proselitismo religioso em si não é crime, porque existe liberdade religiosa e a liberdade

de expressão para fazer proselitismo religioso, convencendo outras pessoas a seguirem as suas práticas religiosas. No entanto, o proselitismo não pode ser feito com recurso a práticas de discriminação ou outras puníveis por lei.

[15] O Estado deve colaborar para que ninguém seja prejudicado em sua crença (ou descrença), mas não deve patrocinar a crença de quem quer que seja e nem mesmo deve abrir mão do seu papel fiscalizador de conteúdos pedagógicos, da formação dos seus professores e não deve franquear o espaço público para posições proselitistas. Com efeito, o trabalho participa efetivamente – e com extrema propriedade – de um urgente tema da vida educacional brasileira. Oxalá que iniciativas de tal natureza possam vingar por todo nosso país. (In: DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana; CARRIÃO, Vanessa. *Laicidade e ensino religioso no Brasil*. Brasília: UNESCO/Letras Livres/ Editora UnB, 2010.).

[16] Segundo a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), o Brasil tem uma das mais altas taxas de reprovação da região. Contudo, nos últimos anos já se observa uma diminuição significativa na repetência dos alunos brasileiros, antes mesmo da recomendação governamental de 2011. O país teve a maior redução no índice de repetência escolar nos primeiros anos do ensino fundamental entre os países da América Latina e do Caribe - de 24% em 1999 para 18% em 2004. O diagnóstico está registrado pelo *Global Education Digest*(GED) 2012, relatório divulgado em novembro de 2012 pelo Instituto de Estatísticas da Unesco. Além dos dados brasileiros, o documento traz um panorama global da educação em relação à repetição de séries e evasão escolar.

[17] Em filosofia, materialismo é o tipo de fisicalismo que sustenta que a única coisa da qual se pode afirmar a existência é a matéria; que, fundamentalmente, todas as coisas são compostas de matéria e todos os fenômenos são o resultado de interações materiais; que a matéria é a única substância.

Como teoria, o materialismo pertence à classe da ontologia monista. Assim, é diferente de teorias ontológicas baseadas no dualismo ou pluralismo. Em termos de explicações da realidade dos fenômenos, o materialismo está em franca oposição ao idealismo e ao metafisismo, deixando bem claro que o materialismo pode sim se correlacionar com o idealismo e vice-versa em alguns casos, mas o real oposto da materialidade é mesmo o sentido da metafisicidade. A ciência moderna é claramente materialista. Os seus sucessos em termos de tecnologia e o domínio crescente que o ser humano tem da natureza, levam a uma confiança na visão científico-materialista do mundo. Essa confiança deve-se em parte à divulgação que os cientistas e técnicos fazem de seus resultados, em geral mostrando seus sucessos e quase nunca seus fracassos. Raramente as contradições de certas teorias científicas ou mesmo de resultados experimentais são divulgados, provavelmente devido a um medo de que a

massa da humanidade deixe de crer no que os cientistas dizem – sim, a ciência virou uma questão de fé para muitos cientistas e para os leigos que nela acreditam e confiam piamente. Uma razão adicional para essa crença na ciência é o rápido avanço tecnológico, cada vez mais complexo. Por exemplo, qualquer pessoa podia antigamente entender todo o funcionamento de um motor de automóvel.

Atualmente, com a ignição eletrônica e outros controles por computador, nem os mecânicos os entendem mais – simplesmente trocam os componentes sem compreender seu funcionamento. Essa complexidade produz uma enorme admiração pelas máquinas e pela ciência que existe por detrás delas. Ela também produz uma infeliz paralisia mental: leigos acham tão complicado entender a tecnologia que simplesmente não tentam compreendê-la, contrariando a curiosidade de saber natural do ser humano. Um exemplo típico é o fato de a maioria das pessoas ignorar por que aviões voam, uma aplicação do princípio de Bernoulli, tão simples de ser verificado: tome-se uma folha de papel fino, encoste-se um de seus lados menores logo abaixo do lábio inferior, e assopre-se o ar, verificando-se que a folha sobe (a velocidade do ar sobre a folha é maior do que a do ar parado embaixo da mesma). *In*: SETZER, Valdemar. Consequências do Materialismo. Disponível em: www.ime.usp.br/~vwsetzer Acesso em 28.9.2017.

[18] Dogmatismo é um termo usado pela filosofia e pela religião. Dogmatismo é toda doutrina que afirma a capacidade do homem de atingir a verdade absoluta e indiscutível. Na religião, corresponde ao conjunto de dogmas e na filosofia é o pensamento contrário à corrente do ceticismo que contesta a possibilidade de conhecimento total da verdade. É uma espécie de fundamentalismo intelectual onde expressa verdades que não são sujeitas a revisão ou crítica. O dogmatismo filosófico pode ser entendido como a possibilidade de conhecer a verdade, a confiança nesse conhecimento e a submissão a essa verdade sem questionamento. No século XVIII, o dogmatismo racionalista prega confiança na razão a fim de se chegar a verdades. Em crítica à razão, o filósofo Immanuel Kant faz oposição entre o criticismo, o dogmatismo e o empirismo que se diferencia por reduzir o conhecimento à experiência. Para ele o dogmatismo é toda atitude de conhecimento.

O relativismo é uma teoria bastante conhecida e goza de ampla popularidade. Esta teoria defende que o que é verdadeiro para uma pessoa, pode ser falso para outra. O que acontece é que, o que é verdadeiro em uma determinada situação, em outra situação envolvendo outro grupo de pessoas pode ser falso. A teoria relativista torna o conhecimento muito fácil de adquirir, pois parece que podemos fabricar verdades, diga-se que muitos relativistas não corroboram com esta afirmação. De modo que, adotando o relativismo, praticamente, não haveria mais espaço para o cético. A partir da abordagem da teoria, infere-se que a verdade é os critérios para identificar o que é verdadeiro. Porém, uma pergunta que pode ser feita ao relativismo

é: O que, de fato, torna algo verdadeiro? Outro ponto relevante para a discussão, é que a teoria não define o que é verdade.

[19] Seita em latim *secta*, significa seccionar, dividir, sectar. E de forma geral é um conceito complexo utilizado para grupos que professem doutrina, ideologia, sistema filosófico ou político divergentes da correspondente doutrina ou sistemas dominantes. Segundo Peter L. Berger, seita seria a organização de um grupo contra um meio que consideram hostil ou descrente. O grupo então se fecha em um corpo de doutrinas e vê o restante da sociedade como inerentemente má ou pecadora, passível da ira divina, que inevitavelmente sobrevirá sobre eles. As seitas de orientação cristã usam as noções de pecado e santificação como forma de dar legitimidade discursiva aos neófitos e manter os que já são seguidores.

A saída do grupo pode acarretar diversos efeitos psicossociais em decorrência do sentimento de solidão, de autculpabilização e da hostilidade advinda do grupo que se está deixando.

Sair de uma seita nunca é fácil porque ela exerce controle sobre toda a vida individual e coletiva dos indivíduos. As seitas, assim como as religiões instituídas, são agências reguladoras do pensamento e da ação, mas com a diferença de que na seita a regulação tende a ser mais totalizante, devido ao rígido controle que exercem sobre os sujeitos.

A interpretação das escrituras não é a única forma de exercer a fé em determinada religião. Existem credos, como o Candomblé, por exemplo, que são basicamente orais. E para explicar melhor o conceito de crença, é necessário mais uma vez recorrer à publicação de Heller, Notaker e Gaarder. “O crente tem ideias bem definidas de como a humanidade e o mundo vieram a existir, sobre a divindade e o sentido da vida.

Esse é o repertório de ideias da religião, que se expressam por cerimônias religiosas (ritos) e pela arte, mas, em primeiro lugar, pela linguagem. Tais expressões linguísticas podem ser escrituras sagradas, credos, doutrinas ou mitos”, diz trecho do Livro das Religiões.

"ABSTRATIVIZAÇÃO" NO ÂMBITO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE: CENÁRIO JURÍDICO ATUAL BRASILEIRO.

RAFAEL JOSÉ FARIAS SOUTO:
Advogado, especialista em Direito Público
com pós-graduação pela Universidade
Anhaguera.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho cinge-se à controvérsia que tange ao instituto da 'abstrativização' do controle concreto de constitucionalidade que tem sido verificado em âmbito constitucional e infraconstitucional. Confrontar-se-á, portanto, os modelos de controle de constitucionalidade adotados pelo ordenamento jurídico pátrio, de modo a analisar a vinculação de seus efeitos com base no posicionamento da doutrina e jurisprudência.

2. DESENVOLVIMENTO

O controle concreto é exercido por qualquer órgão judicial (juiz ou tribunal, havendo a necessidade de observância à cláusula de reserva de plenário nesse caso), na apreciação de uma lide onde as partes defendem seus respectivos direitos. Nesse caso, portanto, a inconstitucionalidade é uma questão prejudicial ao pedido principal, e a eficácia da decisão, sob o aspecto subjetivo, limita-se às partes envolvidas no processo, não atingindo a esfera de direitos de terceiros, justamente por tratar-se da apreciação de um caso concreto. Leciona Gilmar Mendes, *in verbis*:

“[...] o controle de constitucionalidade difuso, concreto, incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário”.^[1]

Já o controle abstrato fundamenta-se na análise da constitucionalidade da lei como objeto principal (autônomo) da causa. A lei, cuja constitucionalidade é questionada, é o único objeto demandado, sendo apreciada por algum órgão dotado de competência originária para a análise

da constitucionalidade das leis. Nessa espécie de controle, a decisão produz eficácia *erga omnes* (isto é, contra todos) possuindo efeito vinculante.

As terminologias utilizadas para adjetivar os tipos de controle são antagônicas entre si: pela perspectiva subjetiva ou orgânica, denominam-se concentrado e difuso; pela perspectiva formal, pela via incidental ou via principal. Por fim, há, ainda, a dicotomia entre o controle concreto e abstrato. No que diz respeito a essa última classificação, perquire-se, como o próprio *nomen juris* sugere, se o controle é realizado a partir de um caso concreto ou em abstrato. Assim, muito embora a controvérsia cinja-se aqui à “abstrativização do controle concreto”, pode-se, trabalhando com a sinonímia *supra* apresentada, utilizar outras denominações para o mesmo objeto de estudo.^[2]

A abstrativização do controle concreto pode ser resumidamente conceituada como a possibilidade de uma decisão, em sede de controle concreto, ter efeitos *erga omnes*, aproximando o controle concreto do controle abstrato, sem haver a necessidade de pronunciamento do Senado Federal, tal qual previsto pelo art. 52, X, da CRFB/88.

Gilmar Mendes fala na ocorrência de uma verdadeira mutação constitucional no que diz respeito a regra preconizada pelo art. 52, X, da CRFB/88, posicionando-se na mesma linha Teori Zavascki, também favorável ao efeito vinculante de decisão mesmo em se tratando de controle difuso, ambos posicionamentos em sede doutrinária.^[3]

Já em sede jurisprudencial, Gilmar Mendes, enquanto relator da Reclamação n. 4.335/AC, julgada procedente, sustentou que, no contexto da atual Carta Maior, a amplitude do controle abstrato de normas aliada a possibilidade de suspender, liminarmente e com eficácia geral, a eficácia de leis ou atos normativos enfraqueceram a razão de ser do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado. Segundo o relator, a decisão do Supremo Tribunal Federal mesmo em sede de controle concentrado já tem, por si só, efeitos gerais, sendo despicienda a resolução do Senado Federal para suspender a execução de lei, que, *in casu*, teria apenas efeito de dar publicidade (para que seja a decisão publicada no Diário do Congresso).^[4]

No mesmo sentido é o posicionamento de Barroso, *ipsis litteris*:

“A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção”.^[5]

Parcela mais tradicional da doutrina posiciona-se de maneira contrária, sendo Alfredo Buzaid um de seus expoentes, para quem há a impossibilidade da referida mutação para abstrativizar o controle difuso, pois o art. 469, III, do Código de Processo Civil, preconiza que a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo não faz coisa julgada.^[6] Nesse sentido, não poderia ser oposta *erga omnes*, tendo eficácia apenas *inter partes*.

Segundo Pedro Lenza, muito embora a tendência ora analisada traga inúmeros benefícios em termos de economia e celeridade processual, além de efetividade do processo, inexistem dispositivos e regras para fundamentar sua aplicação. Nesse sentido, o autor afirma ser necessária uma reforma constitucional – tendo em vista o art. 52, X e o próprio art. 97 da CRFB/88 – para que seja assegurada a constitucionalidade da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso.

Sob o viés legislativo pode-se dizer que a tendência do legislador infraconstitucional é no sentido de que as decisões, mesmo em sede de controle concreto, transcendam efeitos para além das partes envolvidas. Referida ideia está presente no instituto da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-A do CPC), valendo-se da técnica de amostragem quando houver a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, cuja linha de raciocínio foi também aplicada para o recurso especial (art. 543-C). Segundo aduz Pedro Lenza, parte-se da análise de situações concretas, com caráter subjetivo e em defesa de direitos

individuais das partes, que repercutirão sobre os processos que foram sobrestados.^[7]

3. CONCLUSÃO

Muito embora trate-se de uma tendência moderna, e, portanto, ainda pouco difundida entre a maioria dos doutrinadores e aplicada entre os operadores do direito, é inegável que a abstrativização do controle concentrado opera diversas vantagens, resguardando a força normativa da Constituição, sua supremacia e aplicação uniforme, além de impulsionar a celeridade e economia processual, já que não mais seria necessário ajuizar ações abstratas de constitucionalidade diante da eficácia *erga omnes* de um julgamento via incidental.

Contudo, tal qual afirma Pedro Lenza, inexistem dispositivos ou regras expressos na Constituição sobre a matéria, o que leva parte da doutrina rechaçar a constitucionalidade da referida mutação, que confere poderes demasiadamente grandes ao Judiciário, não previstos pelo constituinte originário, e coloca em risco a separação de poderes e o equilíbrio entre eles.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOTAS:

[1] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 2010, Saraiva, p. 1224.

[2] A título de exemplo, Pedro Lenza em sua obra “Direito Constitucional Esquematizado” vale-se da denominação ‘abstrativização do controle difuso’.

[3] ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, p. 135-136.

[4] Informativo 454 do STF, disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm#Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle da Constitucionalidade – 1>>

[5] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 129-130.

[6] BUZAID, Alfredo. Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro, p. 87-88.

[7] LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado, p. 323.

O PRINCÍPIO DA CONEXÃO NA PROCESSUALÍSTICA PROBATÓRIA TRABALHISTA.

ROGÉRIO FAUSTINO DA SILVA JÚNIOR:
Graduado em Bacharelado em Direito pela
Faculdade Estácio de Macapá.

RESUMO: O presente trabalho pretende estudar o instituto do princípio da conexão sob a ótica do direito probatório trabalhista com o objetivo de demonstrar os seus efeitos positivos nas decisões, além de abordar as novas regras atinentes em sede de direito probatório à utilização do princípio da conexão, tendo como base a aplicação de tais modificações no âmbito do processo do trabalho. O texto faz uma análise da utilização/aplicação do Princípio da Conexão em sede prova, abordando a margem de liberdade do Magistrado, bem como do ponto de vista jurídico, o presente trabalho visa introduzir o marco inicial do princípio da conexão, apontando entendimentos dos Tribunais Superiores e doutrinas pertinentes ao assunto. Através de métodos objetivos e de pesquisas bibliográficas, o artigo discorre a respeito da busca por uma prestação jurisdicional. Dessa forma, pretende-se aqui provocar uma discussão crítica sobre a matéria no cenário da doutrina processual trabalhista.

Palavras-Chave: Processo do Trabalho. Princípio da Conexão. Direito Probatório. Liberdade do Magistrado. Aplicabilidade do Princípio da Conexão.

SUMÁRIO: **1. O PRINCÍPIO DA CONEXÃO: O QUE ESTA NO MUNDO ESTA NO PROCESSO;** 1.1 DO PRINCÍPIO DA CONEXÃO; 1.1.1 Conceito; 1.1.2 Características; 1.2 O PRINCÍPIO DA CONEXÃO E A SUA APLICABILIDADE NA SEARA PROBATÓRIA TRABALHISTA.; 1.2.1 O princípio da conexão sob a luz do contraditório e ampla defesa.; 1.2.2 O princípio da conexão sob a luz da primazia da realidade sobre a forma; 1.1.3 Outras formas de aplicabilidade do princípio da conexão; **2. ESPECIFICIDADES SOBRE O DIREITO PROBATÓRIO;** 2.1 DA PROVA NA SEARA TRABALHISTA; 2.1.1 Conceito; 2.1.2 Características; 2.1.3 Meios de Prova; 2.1.4 Prova Eletrônica e suas peculiaridades; 2.1.5 Princípio da Prova; 2.1.6 Outros princípios inerentes ao direito probatório; 2.1.7 A busca da verdade real frente ao princípio da conexão; **3. O PRINCÍPIO DA**

CONEXÃO E A BUSCA POR UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DE QUALIDADE; 3.1 A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA RELATIVA AO PRINCÍPIO DA CONEXÃO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Contextualizando-se, há que se mencionar que é de ampla sabença, que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vem o Brasil a trilhar em um caminho de amadurecimento democrático, fortalecimento das instituições públicas e dilapidação dos direitos e deveres ocultos à cidadania. Tais mudanças, somadas ao aumento do número de processos judiciais, apresentaram ao Poder Judiciário, a necessidade de aperfeiçoamento das suas engrenagens e modernização das suas ferramentas de atuação, à luz dos princípios constitucionais de eficiência e celeridade dos atos.

Diante desse contexto e da implacável inserção dos recursos digitais ao meio jurídico, fez essencial ao legislador a normatização de regras e procedimentos aptos a regular este casamento entre o Direito e a tecnologia da informação, o processo judicial eletrônico.

Sendo assim, o processo eletrônico antes que instrumental, é transversal, porquanto se aplica indistintamente ao processo civil, ao processo penal, ao processo do trabalho e ao juizado especial, como está explicitado no parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 11.419/2006.

Lei 11.419/06, que dispõe sobre a informatização do procedimento judicial, nesse sentido, tratará de unificar os procedimentos, buscando-se a simplicidade e a celeridade processual, além de conferir uma maior margem de liberdade à atuação do magistrado.

Sendo assim, com o advento da referida lei temos o surgimento do Princípio da conexão, que constitui uma decorrência do reconhecimento da função acessória do Direito na sociedade, no caso, de que deve essa ciência servir como instrumento de pacificação social, e não a sociedade que deve servir ao Direito, como lamentavelmente alguns profissionais, por suas ações, induzem o jurisdicionado a crer.

Por essa premissa, a construção em torno do princípio da conexão parte da superação ou redefinição do clássico princípio da escritura, que no caso instituía a máxima de que o que não está nos autos não está no mundo. Limitava a Justiça à realidade formal em papel.

Hodiernamente, inclusive com o desenvolvimento do Processo Eletrônico, como desfecho inevitável, não é razoável que seja ignorada pelos

agentes de aplicação do Direito o mundo de informações possíveis, de forma a melhor alicerçar uma decisão Jurisdicional, de modo a engrandecer e prestigiar a busca pela verdade real, ao qual o acesso depende de alguns poucos clicks.

Desta feita, tal princípio permite a atuação oficiosa do magistrado em direção a perquirir dados que possam estruturar de forma mais completa o julgador na resolução do conflito, do contrário, estaria confirmando que a Justiça é cega, como é representada por estátua de origem grega, o que não pode mais ser admitido pelo Julgador moderno. A Justiça não é cega, nem ao menos míope, ela é, como dever ser, dotada de uma visão de águia.

Nesse espeque, não só é possível, como pode ser interpretado como dever do magistrado, no exercício de sua função primaz, buscar elementos que possam lhe servir para propiciar o melhor resultado, o que, importa, em legitimar o reconhecimento da existência de um novo princípio, com suas principais características básicas, ser primário, fundamental e persistente, inclusive já reconhecendo sua densidade normativa, de forma a vincular os aplicadores do Direito.

Nessa conjuntura, o presente artigo almeja analisar, especificamente, acerca das novas regras atinentes em sede de caráter probatória à utilização do princípio da conexão, tendo como base a aplicação de tais modificações no âmbito do processo do trabalho.

Dessa forma, a discussão sobre o instituto do Princípio da Conexão no direito probatório é de grande relevância jurídica, especificamente sobre seus parâmetros legais, as controvérsias doutrinárias e a sua contribuição para a busca de uma melhor qualidade da prestação jurisdicional. O presente artigo visa analisar e compreender o princípio da conexão no direito probatório trabalhista, seus benefícios e efeitos nos julgados, bem como verificar se o seu uso acarretaria uma melhora na prestação jurisdicional. A metodologia aplicada neste trabalho é de cunho bibliográfico, pois se baseia na pesquisa em livros, periódicos e artigos retirados da internet.

Para propiciar um melhor entendimento, o artigo foi dividido em quatro itens. Primeiramente, é importante definir o instituto do princípio da conexão e demonstrar qual sua aplicabilidade na seara probatória trabalhista. Após, analisar as especificidades da prova no direito processual trabalhista, destacando-se os princípios que lhe são próprios e abordando a margem de liberdade da busca da verdade real do magistrado trabalhista em face do princípio da conexão. Em seguida, é feita a análise dos benefícios do princípio da conexão no direito probatório e seus efeitos nos julgados, além de verificar se há a maior possibilidade de decisões sustentáveis e de uma prestação jurisdicional de qualidade. Por fim, torna-se essencial apresentar uma análise jurisprudencial acerca do princípio da conexão, demonstrando as principais decisões na seara processual trabalhista.

1. O PRINCÍPIO DA CONEXÃO: O QUE ESTA NO MUNDO ESTA NO PROCESSO

1.1 DO PRINCÍPIO DA CONEXÃO

Com o surgimento das novas tecnologias de comunicação e informação, em que a rede mundial de computadores aumenta em escalas consideráveis o fato público e notório, permitindo assim um amplo acesso às informações existentes fora dos autos, seja pelas partes, seja especialmente pelo Magistrado, temos o surgimento do princípio da conexão, que na seara trabalhista, possibilita um processo em rede, passível de conexão, ou seja, um processo de conexão entre sistemas, máquinas e pessoas.

1.1.1 Conceito

Resumidamente, pode-se mencionar que o princípio da conexão constitui segundo o qual os mundos virtual e real se conectam, permitindo que o Juiz se utilize de conhecimentos e informações que não constam expressamente dos autos.

Nesse diapasão, em relação ao princípio da conexão José Eduardo de Resende Chaves Júnior, faz importantes observações:

O processo eletrônico tem um caráter reticular pela sua virtual inserção na rede, especialmente na rede mundial de computadores, a Internet. Consequentemente, é desmaterializada a fronteira autos-mundo, já que ambos estão inseridos no chamado *data space* e isso traz para os autos um outro mundo de informações, provas e muda radicalmente inclusive a própria racionalidade processual.^[1]

De maneira sucinta, Sebastião Tavares Pereira em seu artigo afirma que o princípio da conexão [...]“permite colocar algo no mundo dos autos, mas apenas virtualmente”^[2].

Por sua vez, Michelle Pires Bandeira Pombo faz importantes análises sobre o referido instituto:

[...]O princípio da conexão trouxe uma maior preocupação ética ao processo, especialmente no que tange à lealdade processual. Isso porque muitos fatos ou circunstâncias alegadas podem ser conferidos a sua veracidade por meio de diligência virtuais do Juiz.^[3]

Ou seja, este princípio permite que o Juiz verifique a existência ou circunstância de fatos relevantes para o deslinde da lide do mundo virtual, de ofício, inclusive. Vale mencionar que, o princípio da conexão encontra-se fundamentado, sobretudo, no artigo 13 da Lei 11.419/2006^[4], mas também têm respaldo nos artigos 1º, §2, II, 8º e 14º da mesma Lei e no artigo 422, §1º Código de Processo Civil 2015, sendo aplicados subsidiariamente na Justiça do Trabalho.

Exemplificando-se, tendo por finalidade uma melhor compreensão do referido conceito, pode-se citar a impugnação de testemunha do reclamante por parte do advogado da reclamada, com alegação de que a testemunha tem interesse na causa por serem amigas íntimas no Facebook.

Nessa hipótese, percebe-se o Juiz por meio do Princípio da Conexão pode utilizar o mundo virtual para refutar a alegação da parte, para que, seja conferido a veracidade das alegações esposadas.

Atesta-se, ainda, que o princípio da conexão encerra a mais forte mudança na cultura jurídica e processual, uma que vez que o processo em rede se encontra conectado em dois aspectos. Por esse motivo, diz-se que o princípio da conexão possui natureza reticular e inquisitiva, característica esta que será explanada mais detalhadamente no tópico seguinte.

1.1.2 Características

Apesar de a doutrina jurídica não ser unânime quanto à análise das características inerentes ao princípio da conexão, percebe-se que as diferentes particularidades elencadas pelos autores tendem, salvo raras exceções, a se equivaler.

Nesse contexto, para fins didáticos, o presente trabalho examinará tais características com base nas lições de José Eduardo de Resende Chaves Filho, a fim de que, a partir desse parâmetro, possam ser estudadas as distinções e pormenores doutrinários que forem pertinentes. Para o supracitado autor, são particularidades do princípio da conexão as seguintes: reticularidade e inquisitividade.

Reticularidade, na concepção de conexão reticular, para outros autores, a exemplo de Jose Rover Aires^[5] – denota o fato de que a característica reticular remete a rede, presumindo uma mudança de escala e uma mudança de lógica. Ressaltando que, as várias conexões retiram a linearidade do processo, qualificando o seu caminho em fluxos e ocorrem em tempo real, descartando assim diversas fases desnecessárias como “pedido de vistas”, “concluso ao juiz”, bem como as maçantes numerações de páginas.

Nesse sentido, ressalta José Eduardo de Resende Chaves Filho que: “[...]o princípio da conexão reticular torna o processo judicial um fenômeno menos segmentado e seqüencial. Torna os atos menos dedutivos, silogísticos e abstratos, ou seja, tornam-se mais indutivos, consistentes – «consistência referencial» e conectados com o caso concreto”.^[6]

Desse modo, verifica-se que a conexão reticular não se diferencia simplesmente pela desmaterialização, mas, sobretudo, pela possibilidade dessa desmaterialização viabilizar a transmissão incessante, em tempo real, do conteúdo dos atos e das práticas processuais. Trata-se, de um processo com uma conexão qualificada, em rede, que, por sua vez, torna o processo judicial um fenômeno menos segmentado e sequencial.

Inquisitividade, segundo a doutrina de José Eduardo de Resende Chaves Filho, dentre outros autores, a inquisitividade do princípio da conexão traduz-se na possibilidade de um mecanismo de racionalização e organização na produção de provas, em que o fato público e notório, em sede de processo eletrônico, opera com ideia de fato comum e conectável.

Acerca da ampliação de fato público e notório Cláudio Brandão Mascarenhas pontua:

“Como decorrência do acesso disseminado de informação propiciado pela internet, o Princípio da Conexão amplia a noção de fato público e notório cujo conhecimento pode ser utilizado pelo magistrado no curso do processo por não depender de prova (art.13, inciso I, CPC – **Art.76, inciso I, CPC/2015**) para alcançar todo aquele nela vinculado”.^[7][grifo nosso]

Assim, percebe-se que a conexão inquisitiva navega no ciberespaço e utiliza o hipertexto, portanto, abre ao processo a verdade virtual. Em sede prova, verifica-se a possibilidade de busca da verdade real, uma vez que torna os autos conectáveis ao mundo.

1.2 O PRINCÍPIO DA CONEXÃO E A SUA APLICABILIDADE NA SEARA PROBATÓRIA TRABALHISTA.

1.2.1 O princípio da conexão sob a luz do contraditório e ampla defesa.

O processo, como método de solução de conflitos, é um sistema de comunicação, aplicado com ou sem tecnologia, é designado de processo ou sistema processual e está estruturado nos códigos e leis.

Nessa conjuntura, Carlos Henrique Bezerra leite destaca:

Etimologicamente, “processo” significa “marcha avante”, do latim *procedere*, ir adiante. Pode-se dizer, então, que o processo é o caminho para a solução do conflito submetido à jurisdição. (...) Em sentido amplo, o processo é o instrumento para a composição dos litígios que emergem da vida em sociedade. Em sentido estrito, é o conjunto de atos processuais que se coordenam e se desenvolvem desde o ajuizamento da ação até o cumprimento ou execução da sentença, para que o Estado-juiz cumpra a sua obrigação fundamental, que é a de entregar a prestação jurisdicional invocada, solucionando as lides ocorrentes, com a aplicação do *direito objetivo*, e entregando o bem da vida a quem tem o correspondente *direito subjetivo* (ou interesse juridicamente tutelado).^[8][grifo do autor]

Ressalta-se que, a utilização dos meios tecnológicos na busca da verdade dos fatos, possibilita uma maior participação processual das partes.

Contudo, é importante destacar que a utilização dos meios tecnológicos, utilizando a internet (princípio da conexão), devem passar pela análise do contraditório e da ampla defesa, sob pena de incurrir o sentido dessa nova ferramenta processual, como bem alerta José Eduardo de Resende Chaves Júnior:

“A virtualidade da conexão – como hipertexto – altera profundamente os limites da busca da prova,

pois como se sabe, os links permitem uma navegação indefinida pelo mundo virtual das informações, um link sempre conduz a outro e assim por diante(...). No mundo da internet, a escala do que seja fato de conhecimento público aumenta em proporções gigantescas, já que o decisivo não é o conhecimento do fato, mas a possibilidade de acesso a ele, da conexão. É certo que a doutrina, jurisprudência e a legislação vão, com o passar do tempo, estabelecer os limites para a navegação virtual, sob pena de se infundir o caos no fluxo processual, mas essa regulação só indica que de fato o processo reticular coloca os atores processuais em outro mundo, em outra lógica probatória.”^[9]

Atesta-se, ainda que, com o advento do novo Código de Processo Civil, sendo este aplicado subsidiariamente à Justiça do Trabalho, os artigos 9º e 10º do CPC/2015^[10] enfatizam bem a questão do contraditório e da ampla defesa das partes e dos atos do Juiz. E essa a conectividade do Magistrado também está condicionada a interação das partes (princípio do contraditório e da ampla defesa), hoje o ideal é que o Jurisdicionado ao se conectar ao mundo, ao trazer para o processo informações que estão na rede ele tem que passar essas referências para as partes se manifestarem.

Cabe, ainda, transcrever importante lição de Michelle Pires Bandeira Pombo no que tange a importância da utilização do princípio da conexão, sem ferir as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa :

O uso do princípio da conexão para a formação do convencimento do Juiz alarga também o contraditório convencional, na medida em que o fornece um contato mais próximo do julgador com provas disponibilizadas em diversas mídias, como gravações, áudios, entre outros, **umentando qualitativamente o potencial de convencimento judicial acerca da prova^[11]**[grifo nosso]

Ressalta-se, ainda que, no processo virtual tudo é mais instantâneo, a possibilidade de prova é mais extensa, a defesa é mais ampla, ou seja, a participação é muito mais abrangente e exponencial.

Nessa ordem de ideias, e especialmente no âmbito do processo do trabalho, o doutrinador Elisson Miessa^[12] aduz sobre a aplicação da concepção hodierna de contraditório e ampla defesa, afirmando que, cada parte processual é solicitada para apresentar as devidas considerações de circunstâncias e de direito, oferecendo as suas provas ou pronunciando-se sobre o valor e resultado de umas e outras.

Desse modo, a utilização dos ambientes tecnológicos na busca da veracidade de circunstâncias, bem como a maior atuação processual das partes no gerenciamento do processo eletrônico, expande o contraditório e ampla defesa, para mais, pressupõe o acesso à mais ampla informação processual. Objetivando, assim, o princípio da conexão sem ferir tais garantias fundamentais.

1.2.2 O princípio da conexão sob a luz da primazia da realidade sobre a forma

Nesse ponto, cabe esclarecer algumas considerações a respeito da primazia da realidade, visto que em sede prova é de suma importância a sua aplicação.

Primeiramente, é importante observar que a primazia da realidade ordena que os fatos devam preponderar sobre a comprovação de documentos, ou, em outras palavras: por mais que haja um registro formal expressando determinada condição ou situação, esse deve ser desconsiderado mediante a constatação de inverossimilhança entre ele e as circunstâncias fáticas, ainda que tenha a assinatura ou confirmação dos sujeitos da relação de emprego.

Nesse contexto, reforça Mauro Shiavi:

O princípio da primazia da realidade das formas se assenta no fundamento de não ser o processo um fim em si mesmo, sendo um instrumento a serviço do direito e também da justiça.

De outro lado, mesmo sendo um instrumento, ou seja, um método para resolução dos conflitos, não torna o processo menos importante que o direito material, uma vez que é por meio do processo que o direito ganha vida e se torna efetivo, transformando a realidade. De nada adianta o ordenamento jurídico consagrar o

direito, se ele não puder ser materializado por meio do processo.^[13]

Ressalta-se ainda que, embora a primazia da realidade seja um princípio específico do direito do trabalho, no entanto, por ter caráter probatório pode ser utilizado na justiça do trabalho visando amparar o Magistrado trabalhista em suas decisões.

Nesse sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite faz importantes observações:

Os princípios no âmbito trabalhista se consubstanciam em diretrizes básicas e indispensáveis que perpassam pelas normas trabalhistas regulamentando as relações de trabalho como verdadeiros frutos da luta dos trabalhadores pelos seus direitos. Há princípios que podem ter aplicabilidade tanto no processo comum quanto ao processo do trabalho, deste de que, sejam plenamente compatíveis.^[14]

Sendo assim, Considerando que o princípio da primazia da realidade elenca a prevalência do que efetivamente ocorreu em detrimento de uma realidade meramente formal, a qual geralmente é fundada em provas documentais, o princípio da conexão serviria como uma força a mais para se buscar alcançar aquilo que efetivamente ocorreu.

Ou seja, a incorporação de novas tecnologias na seara juslaboral traz a possibilidade de uma decisão mais democrática do magistrado trabalhista, operando numa ideia de fato comum e conectável ao mundo, razão pela qual, a atividade de decisão democrática de um juiz na seara trabalhista torna-se muito mais um ato de inteligência (e coletiva), do que um ato de vontade. Não decide ele por saber, mas por conhecer.

1.1.3 Outras formas de aplicabilidade do princípio da conexão

Objetivando enriquecer o debate teórico em torno das aplicações do princípio da conexão na seara trabalhista, é pertinente expor outras formas de aplicabilidade que norteiam este princípio.

Assim sendo, José Eduardo de Resende Chaves^[15] cita que a virtualidade da conexão altera extraordinariamente as limitações da prova,

pois a utilização de links permite uma navegação surpreendente pelo mundo virtual das informações, um link sempre conduz a outro e assim por diante. A chamada *Web semântica* [16] vai inclusive levar essa irradiação da informação a níveis inimagináveis.

Percebe-se que, o processo informatizado e o princípio da conexão andam juntos, uma vez que torna plenamente possível sua aplicabilidade na seara juslaboral, visto que a prova pode ser esposado na forma de um link, no entanto, a prova eletrônico possui requisitos específicos que objetivam a sua utilização, as quais serão pormenorizadamente explicitadas em tópico particular.

2. ESPECIFICIDADES SOBRE O DIREITO PROBATÓRIO

2.1 DA PROVA NA SEARA TRABALHISTA

Sob luzes sistêmicas, afim de melhor explicar a respeito do princípio da conexão é de grande importância suscitar este instituto de ampla relevância na seara trabalhista. Isso porque a prova tem o condão de convencer o julgador a respeito fatos alegado pelas partes, demonstrando a certeza dos fatos aduzidos em juízo.

2.1.1 Conceito

Resumidamente, pode-se mencionar que a prova é tudo aquilo que se presta a demonstração de um fato controvertido, visando constatar a exata veracidade dos fatos.

Nessa conjuntura, Carlos Henrique Bezerra Leite, faz importantes observações:

Não é unívoco o conceito de prova. No sentido filosófico, é aquilo que serve para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração, dando-nos a ideia de ensaio, experiência, provação, isto é, o ato de provar, de experimentar, por exemplo, o sabor de uma substância alimentar. Na linguagem da matemática, prova é a operação pela qual se verifica a exatidão de um cálculo. Do ponto de vista esportivo,

prova é a competição entre esportistas, que consiste em corrida (a pé, de bicicleta, automóvel etc.), arremesso, salto etc., e na qual buscam classificação.[\[17\]](#)

De maneira sucinta, Mauro Shiavi afirma que “[...] as provas são os meios processuais ou matérias considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico”.[\[18\]](#)

Por sua vez, Élisson Miessa faz importantes análises sobre o referido instituto:

Em razão da importância da prova, ela já foi chamada de coração do processo. [...] A prova têm com objeto, portanto, a comprovação dos **fatos controvertidos, pertinentes e relevantes** ao esclarecimento do processo. Não se busca, pois, a comprovação do direito, uma vez que este Juiz conhece(**iura novit curia**).[\[19\]](#) [grifo do autor]

Ou seja, a prova visa à busca da veracidade alegada nos autos do processo, afigura-se que o Juiz do trabalho, em agraciamento à celeridade, à simplicidade e à eficiência do processo do trabalho, tem o condão de esclarecer as partes a respeito dos pontos controvertidos que atingirão nas provas, instigando-as a colaborar para a acessibilidade do processo laboral rumo ao julgamento de mérito.

Atesta-se que, o princípio da conexão, em sede de prova, além de condicionar o conteúdo da jurisprudência, vai potencializar a própria instrumentalidade do processo, que passará a ter muito menos amarras e limitações materiais, permitindo para o Juízo um aumento de suas possibilidades probatórias.

A prova tem, portanto, estreita relação com a possibilidade de gozo efetivo do direito assegurado pela ordem jurídica, sob o aspecto objetivo, prova é um aglomerado de meios determinados a demonstrar a essência ou não essência dos acontecimentos que interessam à solução da causa; sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que o Juiz forma sobre a existência ou inexistência de tais fatos. Por esta razão, que o fato probando

precisa ser controvertido, relevante e determinado. Características estas que serão explanadas mais detalhadamente no tópico seguinte.

2.1.2 Características

Tendo em vista os conceitos estudados, será destacado três principais características da prova: controvérsia, relevância e determinação. Nesse contexto, para fins didáticos, o presente trabalho analisará tais características com base nas lições de Fredie Didier Jr., a fim de que, a partir desse parâmetro, possam ser estudadas as distinções de doutrinários que forem pertinentes.

Por controvérsia, Fredie Didier Jr[20] denota que onde não haja controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se reduz à mera aplicação do direito. Nesse sentido, prevê o Art. 374[21], II e III do CPC que alguns fatos não dependem de prova, tais como: fatos confessados e fatos incontrovertidos.

Como a CLT não têm regra próprio no aspecto, o artigo supramencionado resta aplicável ao Processo Trabalho por força do Art. 769 da CLT que aduz “ Art. 769 - 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”. Desse modo, passa-se a analisar os fatos confessados e fatos incontrovertidos, uma vez que são inerentes desta característica até então analisada.

Para Mauro Shiavi[22] fatos confessados passam a ser no processo como verdadeiros. No entanto, somente a confissão expressa escusa a prova do fato. A confissão ficta, por ser relativa, pode ser eliminada por provas em contrário.

Quanto aos fatos incontrovertidos, Elisson Miessa[23] destaca a ideia que todo fato confessado, ou seja, alegado por uma parte e confirmado pela outra, é incontrovertido; mas nem todo fato incontrovertido é confesso.

Nessa esteira, a fim de delimitar o fato incontrovertido, o Jurista Carlos Henrique Bezerra Leite faz menção ao seguinte exemplo:

[...] o interrogatório de uma testemunha ou a perda de um prazo. É relevante destacar que há alguns fatos

que, mesmo diante da confissão ficta ou real, necessitam ser provados. É o que ocorre, por exemplo, com o adicional de insalubridade (ou de periculosidade), pois, mesmo diante da revelia e confissão do réu, o juiz deverá determinar a realização da prova pericial (CLT, art. 195, § 2º) para apurar o fato alegado (existência de ambiente insalubre ou perigoso) pelo autor.^[24]

Desse modo, verifica-se que a controvérsia recai sobre os acontecimentos alegados pelas partes. É da verdade desses fatos que o Magistrado ficará convencido, por isso nem todo fato relatado pelas partes necessita de provas para ser aceito como verdadeiro.

Por Relevância, o *caput* Art.370 do atual Código de Processo Civil prevê que: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

Partindo do pressuposto de que as provas são apreciadas com fundamento em juízo de probabilidade – já que é perfeitamente possível que a decisão final do processo seja aplicado o princípio da economia processual – o legislador conferiu liberdade ao magistrado para que, excluam-se as provas que nenhuma interferência podem exercer sobre a decisão da causa.

Nesse contexto, tendo em vista que as provas se assentam no requisito – a exclusão de provas irrelevantes (também conhecida pela expressão *frusta probatur quod probatum non relevant*) – Fredie Didier Jr ressalta que: “[...] A razão é bem simples: se o fato não pode influir na decisão, a sua prova é claramente desnecessária – trata-se de aplicação do princípio da eficiência.”^[25]

Determinação, Segundo a doutrina Fredie Didier Jr, dentre outros autores, a determinação da prova traduz-se pelo fato probando ser determinado, expondo peculiaridades suficientes que o diferenciem-se de outro que lhes assemelham.

Assim sendo, Mauro Shiavi cita a determinação da prova:

Nem todos os fatos, porém, devem ser submetidos à atividade probatória, em primeiro lugar, apenas os provas determinadas ao processo e que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los, os fatos indeterminados, isto é, não identificados com a causa. Devem ter sua prova recusada pelo Juiz, sob pena de desenvolver atividade inútil.^[26]

Verifica-se que, em regra, a prova deve ser identificada no tempo e no espaço, já que esta tem a finalidade precípua em ser definida e suscetível. Quanto mais completo for o material probatório, mais corroboradas estarão para se aproximar da verdade.

2.1.3 Meios de Prova

Os meios de prova podem ser sintetizados na seguinte pergunta: como provar? A resposta é obtida pela junção do art. 5º, LVI, da CF, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, e do art. 369 do NCPC, que aponta no sentido de que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Ressalta-se que, em regra, o ordenamento jurídico admite todos os meios de prova, desde que legal ou moralmente legítimos. De qualquer modo, estabeleceu alguns meios de provas típicos tais como: depoimento pessoal e interrogatório, prova testemunhal, prova documental e prova pericial.

No entanto, com o advento de novas tecnologias a doutrina passou a analisar a prova eletrônica como meio de prova, razão pela qual, para fins didáticos será analisado este específico meio de prova inerente ao trabalho ora esposado.

2.1.4 Prova Eletrônica e suas peculiaridades

Contextualizando-se, há que se mencionar que é de ampla sabença, que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vem o Brasil a trilhar em um caminho de amadurecimento democrático, fortalecimento das instituições públicas e dilapidação dos direitos e deveres ocultos à cidadania. Tais mudanças, somadas ao aumento do número de processos judiciais, apresentaram ao Poder Judiciário, a necessidade de aperfeiçoamento das suas engrenagens e modernização das suas ferramentas de atuação, à luz dos princípios constitucionais de eficiência e celeridade dos atos.

Diante desse contexto e da implacável inserção dos recursos digitais ao meio jurídico, fez essencial ao legislador a normatização de regras e procedimentos aptos a regular este casamento entre o Direito e a tecnologia da informação, o processo judicial eletrônico.

Sendo assim, o processo eletrônico antes que instrumental, é transversal, porquanto aplica-se indistintamente ao processo civil, ao processo penal, ao processo do trabalho e ao juizado especial, como está explicitado no parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 11.419/2006[27].

Nessa conjuntura, os Arts. 11 e 13 da Lei n. 11.419/2006[28], aplicáveis expressamente ao processo do trabalho (art.1º, § 1º), dispõem sobre a produção, juntada e exibição de documentos produzidos eletronicamente.

Wendel de Brito Lemos Teixeira[29] cita prova eletrônica como o meio de prova obtido a partir de um dispositivo eletrônico, por sua vez, Mauro Shiavi entende que prova eletrônica “[...]é uma sequência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato.”[30]

Percebe-se que, o desenvolvimento da tecnologia fez surgir representações do mundo fático em novas plataformas telemáticas. De mesma forma, provas começaram a ser utilizadas das mais diversas formas. Passou-se a utilizar imagens obtidas em redes de relacionamento informático, obter áudio em arquivos digitais, fotografias digitais, comprovação de conversas via software de conversação informática, obtenção de dados de terceiros por softwares maliciosos.

Convém ressaltar que, o princípio da conexão está totalmente interligado a prova eletrônica, uma vez que traz meios eletrônicos ao processo, tornando os autos do processo interligado ao mundo.

Sebastião Tavares Pereira, expõe :

“[...]o uso das Conexões e a exposição do processo na **internet** (processo *plugado* pelo Pje) metamorfoseiam a noção corrente de autos e de **mundo dos autos** e ameaçam os mecanismos de diferenciação do processo existentes até agora.”^[31][grifo do autor]

Quanto ao valor probante da prova eletrônica, o Art. 440 do NCPC diz que “o Juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor”. Verifica-se que, o dispositivo traz o entendimento de que a não modificação do documento eletrônico em físico diminui o seu valor probatório, a ponto de esclarecer que Juiz apreciará o valor probante.

Nesse diapasão, Fredie Didier Junior traz importantes observações, aduzindo que:

“[...] o documento eletrônico não-convertido em papel não perder, só por isso, a sua eficiência probatória. Seria esdrúxulo se assim o fosse: o original do documento valeria menos que a cópia. Há hipótese de não conversão é assegurada às partes o acesso a seu teor, devendo a parte interessada na juntada da prova providenciar meios para viabilizar tal acesso.”^[32]

Assim sendo, a prova eletrônica, desde que garantidos quanto à origem e aos seus signatários, serão considerados originais, podendo o juiz determinar a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo. Essas noções continuam válidas no mundo virtual, transformam-se em um conjunto de elementos interconectados. Isso torna as conexões fundamentais para a noção de mundo e mundo dos autos no virtual.

Neste momento, mostra-se oportuno exprimir a respeito dos princípios inerentes ao direito probatório, princípios estes que serão explanados adiante.

2.1.5 Princípio da Prova

Há alguns princípios que norteiam a temática probatória como veremos a seguir.

Contraditório e Ampla Defesa

O princípio do contraditório e ampla defesa, em sede de prova, para outros autores, a exemplo de Carlos Henrique Bezerra Leite^[33] – denota o fato de as partes terem o direito fundamental de manifestarem-se mutuamente sobre as provas apresentadas. Nesse sentido, É importante assinalar, contudo, que, por força do art. 765 da CLT: “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

Assim, ressalta Élisson Miessa que: “[...] o contraditório é configurado pelo binômio: informação + possibilidade de reação.”^[34]

Desse modo, verifica-se que às partes é conferido o direito de ter informação das provas colhidas nos autos, sendo-lhe oportunizada a possibilidade de contradita-la, para que possam influir no convencimento do juiz.

Imediação

Cumprir mencionar, que, princípio da imediação é de natureza processual e não se confunde com o princípio da imediatidade, que é instituído pelo direito material do trabalho e entende-se pelo lapso de tempo razoável entre a falta investida pelo empregado e a punição aplicada pelo empregador.

Assim sendo, Renato Saraiva cita a imediação em sua obra, aduzindo que:

[...]estabelece que o juiz, como diretor do processo (CLT, art. 765), é quem colhe, direta e imediatamente,

a prova. No processo do trabalho, o princípio da imediação está previsto no art. 848 da CLT, que faculta ao juiz, de ofício, interrogar os litigantes, e no art. 852-D (procedimento sumaríssimo), que confere ao juiz ampla liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo, ainda, dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.[\[35\]](#)

Necessidade

O *caput* do Art. 818 da CLT prevê: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Nessa conjuntura, Mauro Shiavi adverte que: “a necessidade esta em que o juiz não pode se deixar impressionar com meras alegações expendidas pelas partes, exigindo-lhes a lei que decida, que forme sua convicção, com apoio na prova produzida nos autos”.[\[36\]](#)

Nesse diapasão, em relação a necessidade José Eduardo de Resende Chaves Júnior, faz importantes observações:

Dessa necessidade de demonstrar nos autos suas alegações, surge o princípio da escrituração ou escritura, o qual exige a materialização dos fatos relevantes nos autos. Sob pena de serem ignorados no momento do julgamento. Em razão disso, a doutrina clássica impõe que o Juiz somente pode tomar ciência daquilo que está nos autos, incidindo assim a **máxima *quod non est in actis non est in mundo*** (o que está nos autos não está no mundo)[\[37\]](#)[grifo do autor]

Percebe-se que, o referido brocardo, de certo modo, começa a ser relativizado com a chegada do mundo virtual, em que a rede mundial de computadores aumenta em escalas consideráveis o fato público e notório,

permitindo assim o amplo acesso às informações existentes fora dos autos, seja pelas partes, seja especialmente pelo Magistrado.

Oralidade

Hoje, o princípio da oralidade é próprio do Direito Processual Civil, embora no Processo do Trabalho, explicitamente, um procedimento de audiência e de partes.

Nesse sentido, Élisson Miessa, destaca:

Embora referido princípio não seja próprio do processo do trabalho, ele têm maior incidência nessa seara, em razão de suas características, em que da prevalência a atos orais, tais como: reclamação verbal (CLT, art.840), defesa oral (CLT, art.847), razões finais orais (CLT, 850) etc. Ademais, como regra, os atos praticados no processo do trabalho ocorrem em audiência, exigindo a presença das próprias partes (CLT, art.843).^[38]

Assim sendo, o princípio da oralidade constitui um conjunto de regras destinadas a simplificar o procedimento, priorizando a palavra falada, com um significativo aumento dos poderes do juiz na direção do processo, imprimindo maior celeridade ao procedimento e à efetividade da jurisdição, destacando o caráter publicista do processo.

2.1.6 Outros princípios inerentes ao direito probatório

Objetivando enriquecer o debate teórico em torno dos princípios probatórios, é pertinente expor os princípios da informalidade e simplicidade, que visam uma garantia a mais na busca da verdade real do magistrado, na seara trabalhista.

Assim sendo, Renato Saraiva^[39] – cita que o Juiz do Trabalho, em homenagem à informalidade, à simplicidade, tem que o poder de esclarecer as partes referentes às provas.

Por sua vez, Mauro Shiavi^[40] – denota a ideia que a informalidade torna o sistema processual do trabalho com pouca burocracia, sendo mais ágil e acessível às partes, tornando a prática de atos processuais ocorrer de forma mais simples e objetiva, possibilitando uma maior participação das partes, tendo uma celeridade no procedimento e maiores oportunidades de acesso à justiça ao trabalhador mais simples.

De outra feita, Michelle Pires Bandeira Pombo menciona importantes indagações sobre a simplicidade:

Os formalismos e a burocracia são os piores vícios com capacidade absoluta de entravar o funcionamento do processo. Os tentáculos que deles emanam são capazes de abranger e de se instalar com efeitos nefastos, pelo que exige-se que a administração da justiça seja estruturada de modo a aproximar os serviços das populações de forma simples, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das decisões.^[41]

Verifica-se que, em regra, as demais particularidades referidas pela doutrina são reflexos das que já foram explanadas. Contudo, cumpre mencionar que o princípio da busca da verdade real configura sobre a atuação dos magistrados na colheita de prova, razão pela qual, no próximo tópico, será rebatido a colheita de prova frente ao princípio da conexão.

2.1.7 A busca da verdade real frente ao princípio da conexão

Em face da informatização dos serviços judiciários, estabeleceu-se uma nova realidade processual que não só teve reflexo em aspectos clássicos de princípios processuais, mas também inovou.

Derivado do clássico princípio da busca da verdade real, basilar na fase instrutória do processo, surge o princípio da conexão. Contudo, salienta-se que a busca da verdade real traduz-se na busca pela maior confinidade com os fatos como realmente aconteceu, todavia, essa busca restringia-se aos autos, às provas trazidas pelas partes ou requeridas pelo juiz.

O aperfeiçoamento de um sistema jurídico informatizado abre as expectativas quanto à busca por essa verdade real, deixando a mera análise do formalizado em papel para avançar no campo extenso de informações da rede. Nesse aspecto, José Eduardo de Resende Chaves destaca o impacto no conceito de “fato público e notório”:

A teoria da prova lançou mão do conceito aberto de “fato público e notório” para lidar processualmente com os fatos públicos. No mundo da internet, a escala do que seja fato de conhecimento público aumenta em proporções gigantescas, já que o decisivo não é o conhecimento do fato, mas a possibilidade de acesso a ele, da conexão. É certo que doutrina, jurisprudência e legislação vão, sob pena de infundir o caos no fluxo processual, mas essa regulação só indica que de fato o processo reticular coloca os autores do processo em outro mundo, em outra lógica probatória. [...] Em sede do processo eletrônico, melhor se falar em fato “público e notório”, será, portanto, operar com a ideia de fato comum e conectável. Aqui “comum” entendido também como substantivo, fato extraestatal, não governamental, com acesso aberto pela rede mundial de computadores. Será a possibilidade de conexão por parte do juiz – conexão inquisitiva – o critério decisivo para a inserção da informação na esfera probatória do processo em rede.^[42]

Percebe-se que, com a facilidade do acesso às informações disponíveis na rede, o Juiz pode formar sua convicção além das provas nos autos formais, tendo uma participação mais ativa. Essa nova perspectiva deve ser admitida com cautela, visto que o uso de elementos alheios aos contidos nos autos pode contribuir na afetação da imparcialidade do juiz, essa postura mais atuante pode implicar na contaminação de sua decisão.

É importante ressaltar, que a rede não torna o mundo indistinto do processo. Mas o torna 'conectado' e não totalmente separado do mundo, do mundo virtual de informações e da inteligência coletiva da rede.

Nessa conjuntura, Gustavo Gonçalves Gomes^[43] traz a ideia de que o ordenamento processual trabalhista adotou como premissa básica a tomada de decisões judiciais pautadas no livre convencimento motivado dos Magistrados. Corrobora tal assertiva o disposto no art. 765 da CLT, que confere aos Juízos e Tribunais do Trabalho ampla liberdade na direção do processo. Para tanto, os magistrados do trabalho “velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.^[44]

Nota-se que, na verdade, a questão do princípio da conexão, torna ainda mais dramática o estabelecimento dos limites do mundo dos autos frente ao mundo virtual. E no mundo virtual, por mais que se queira o contrário, não há o desmonte do famoso adágio a que se refere (o que não está nos autos não está no mundo). O que está acontecendo é que novos meios de registro, de mais simples uso e amplitude, foram criados. E, portanto, o mundo dos autos, devidamente registrado, ganhou riqueza e detalhes.

No que tange aos poderes instrutórios do Magistrado, Alexandre Freitas Câmara^[45], em elucidativa análise de direito comparado sobre o mesmo assunto, lembra que há no mundo basicamente dois modelos: de uma lado, ordenamentos jurídicos que não atribuem ao Juiz qualquer poder de iniciativa probatória, de outro, ordenamentos que atribuem ao Juiz (em maior ou menor medida) tal poder.

Além disso, ao conduzir a fase instrutória, o Juiz deverá sempre se atentar friamente a todos os princípios jurídicos envolvidos, considerando, ao mesmo tempo, diversos fatores: a natureza da causa, as partes, os valores jurídicos envolvidos na demanda, a importância de determinada prova para a formação do seu convencimento, entre outros. É exatamente esse espírito do princípio da conexão, o que trará maior liberdade de atuação para o Magistrado e segurança às decisões judiciais.

3. O PRINCÍPIO DA CONEXÃO E A BUSCA POR UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DE QUALIDADE.

Destaca-se, desde já, que o processo tradicional considera o entrelaçamento da democracia e o direito, consubstanciados no conceito de Estado Democrático de Direito. Já o processo virtual infere-se na percepção antecedente da interligação entre democracia digital e os direitos da cidadania em rede.

O Princípio da conexão, é resultante do serviço *imediato* prestado ao instrumento (o processo) e *mediato* aos fins do Direito, lançado num estágio de subordinação a dois níveis bem definidos de princípios aos quais não podem de forma alguma serem violados, o contraditório e a ampla defesa. Ela só pode validamente ser utilizada no processo se esses dois conjuntos de normas não forem feridos. Por isso o comando de aprimoramento do princípio da conexão estipula que a tecnologia deve ser incorporada ao processo respeitando-se os princípios do processo (devido processo tomado procedimentalmente) e os fins do Direito.

Diante desse cenário, o processualista Cláudio Brandão Mascarenhas^[46] sustenta que os princípios orientadores da incorporação tecnológica ao sistema processual tem força inferior à dos princípios do processo e do Direito, valores esses que não podem sofrer enfraquecimentos ou deturpações. O processo é instrumento. A técnica é instrumento do instrumento e deve ser tomada exatamente nesta medida subalterna de dupla subordinação.

Percebe-se que, a partir do surgimento da rede, da internet, da conexão, esse princípio passa naturalmente a ser atenuado, relativizado, flexibilizado. Lutar para não sufocar os autos - e o Juiz - com essas novas possibilidades de registro é o grande desafio que está posto no momento. Quer dizer, especificar, de tudo isso, o que está no mundo dos autos e o que não está é muito mais dramático e difícil. Mas o juiz se deve orientar exclusivamente pelo que está no mundo dos autos, uma ideia rica e fundamental para o processo.

De maneira sucinta, Michelle Pires Bandeira Pombo indaga que:

[...]O processo eletrônico implica consideráveis ***mudanças na gestão material e humana dos órgãos judiciais***, mormente na forma de

operacionalizar o processo judicial, exigindo mudanças consideráveis nas rotinas e práticas tradicionais.[\[47\]](#)

Nesse diapasão, percebe-se que o processo em rede amplia a possibilidade de prova produzida pelas próprias partes, como pelo Magistrado. Essa mudança de processo tradicional, para um processo judicial mais sistêmico, viabiliza decisões mais rápidas, tornando a Justiça do Trabalho, um órgão jurídico que realmente cumpra com a celeridade processual. Porém, esta amplitude de produzirem-se provas, deve sempre passar pelo crivo do contraditório e ampla defesa.

Cumpra mencionar, que o Juiz é o único destinatário da prova do processo do trabalho e a ele cabe analisar a necessidade de sua produção. Carlos Henrique Bezerra Leite[\[48\]](#) faz uma distinção bem clara acerca dos papéis a serem desempenhados por cada um dos partícipes da relação processual – denota a ideia que às partes cabe somente alegar e provar os fatos; a interpretação do direito, por sua vez, é incumbência exclusiva do Juiz. Quer dizer: ao Magistrado, basta que as partes provem os fatos. Por isso cumpre a ele, e somente ele, definir o que deverá ou não ser provado.

Desse modo, verifica-se que quando se está elaborando uma decisão, o Magistrado, na seara trabalhista, com a utilização do sistema processual não pode responder diretamente perguntas simples como: o autor recebeu horas extras ao longo da contratualidade? Em que meses e quantas, pagas com que acréscimo? Elas correspondem às praticadas conforme os controles de jornada (supondo a existência de ponto eletrônico)? Foram observados os acréscimos convencionais aplicáveis em cada mês? Recebeu insalubridade, em que meses, em que grau e qual a base de cálculo? Recebeu FGTS, em que meses e quanto?.

Independentemente da resposta, importa consignar que não é por falta de recurso tecnológico. O estado da arte da tecnologia da informação permite elaborar por meio do princípio da conexão, nos casos em que tais informações existam e possam ser recebidas em formato adequado – e o artigo 11 da Lei 11.419/2006[\[49\]](#) refere-se amplamente ao documento eletrônico -, responder com simplicidade, rapidez e segurança a tais perguntas.

3.1 A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA RELATIVA AO PRINCÍPIO DA CONEXÃO

Ultrapassando-se o campo doutrinário, a jurisprudência já tem registrado a aplicação deste novel princípio. Acredita-se que o primeiro acórdão a tratar, explicitamente sobre a *conexão*, veio do TRT da 3ª Região (Minas Gerais) e foi relatado por um especialista no assunto, o Desembargado José Eduardo de Resende Chaves Júnior:

"EMENTA: PRINCÍPIO DA CONEXÃO – OS AUTOS ESTÃO NO MUNDO VIRTUAL. Na atual era da informação em rede, na qual o “poder dos fluxos (da rede) é mais importante que os fluxos do poder” (CASTELLS), já não pode mais vigorar o princípio da escritura, que separa os autos do mundo. A Internet funda uma nova principiologia processual, regida pelo novo princípio da conexão. O chamado princípio da escritura - quod non est in actis non est in mundo - encerrou no Código Canônico a fase da oralidade em voga desde o processo romano e até no processo germânico medieval. Com advento das novas tecnologias de comunicação e informação e as possibilidades ampliadas de conectividade por elas proporcionadas, rompe-se, finalmente, com a separação rígida entre o mundo do processo e o das relações sociais, porquanto o link permite a aproximação entre os autos e a verdade (real e virtual) contida na rede. O princípio da conexão torna naturalmente, por outro lado, o processo mais inquisitivo. A virtualidade da conexão altera profundamente os limites da busca da prova. As denominadas TICS passam, portanto, a ter profunda inflexão sobre a principiologia da ciência processual e redesenham a teoria geral tradicional do processo, a partir desse novo primado da conexão." (Processo 0001653-06.2011.5.03.0014, relator: Des. José

Eduardo de Resende Chaves Júnior, 1ª Turma, j. 25/06/2012).[\[50\]](#)

Percebe-se que, o que se deve ter em mente, contudo, é que essa possibilidade do princípio conexão abrir perspectivas interessantes quanto à busca da tão almejada verdade real – *rectius*: verdade virtual e, além disso, transformar enormemente o jogo do cálculo processual das partes(reclamante e reclamado) quanto ao ônus da prova. Essa viabilidade vai, até mesmo, confluir no sentido de tornar o processo um instrumento mais ético, pois o aumento da expectativa de busca da verdade virtual será correspondente à redução da alegação e negação de fatos virtualmente verificáveis.

Outra confirmação do Princípio da Conexão ocorreu no Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, em Pernambuco. O Magistrado utilizou o *Google Street View* para desmentir a alegação da parte sobre a não citação devido a existência de várias empresas no mesmo endereço. O Juiz afastou a rescisória após consultar o Google e constatar que as edificações eram separadas não ensejando a confusão de endereços. Cumpre salientar, que a inovação utilizada pelo Douto Magistrado foi bem aceita, conforme notícia no site do TRT[\[51\]](#):

A utilização de uma imagem para subsidiar uma decisão judicial motivou a discussão para o aperfeiçoamento Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, o sistema oficial de publicações dos órgãos da Justiça do Trabalho. Por ser uma situação inédita, o programa, até então não dava suporte a divulgação de imagens no corpo da publicação. Atualmente, a equipe de desenvolvimento do software do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) trabalha para viabilizar a demanda/novidade.

Ao analisar os recursos da plataforma do Processo Judicial Eletrônico (PJe), para inserir as imagens integrantes de seu voto, o juiz Paulo Alcântara descobriu uma outra funcionalidade que vai tornar

mais prática a verificação de intimação das partes no processo eletrônico. É que se verificou que a imagem do Aviso de Recebimento (AR) pode ser colada junto à certidão, antes, as informações ficavam em folhas separadas. Essa novidade será aplicada pelas varas, gabinetes e secretarias que utilizam o PJe.

Ou seja, o princípio da conexão propõe um importante eufemismo ao princípio da escritura, pois permite que o juiz verifique a existência ou circunstância de fatos relevantes para o deslinde da lide no mundo virtual, de ofício, inclusive. Foi o que ocorreu no acórdão da terceira turma do Tribunal Superior do Trabalho de n. AIRR-3981/2007-664-09-41.8.14 embora a ementa não faça referência, o referido acórdão admitiu a prova da existência de grupo econômico a partir de informações colhidas no *site* de internet da empresa recorrida. Veja-se um trecho extraído do referido acórdão, onde consta a aplicação prática do princípio da conexão:

PRELIMINAR DE NULIDADE — NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL Alegação(ões): — violação do(s) art(s). 5º, LV e 93, IX da CF. — divergência jurisprudencial. Sustenta que a Turma, mesmo instada a manifestar-se sobre pontos relevantes do julgado, negou-se a apreciar e esclarecer as questões colocadas, no que pertine à configuração do grupo econômico. Assevera que a Turma não enfrentou corretamente a questão posta nos embargos de declaração. De tal sorte, pugna pela declaração de nulidade total da decisão. Consta do v. Acórdão:

Da página oficial da terceira Reclamada (Vivo S/A) na internet (www.vivo.com.br/portal/institucional) extrai-se que a empresa é controlada pelo grupo Portugal Telecom, que também é proprietário da segunda Reclamada (Mobitel S/A), como se verifica do *site* do grupo (...). A defesa da segunda Reclamada (Mobitel

S/A) reconhece que o grupo Portugal Telecom detém ações da companhia (fl. 218).

(...).Assim, observa-se que as empresas Mobitel e Vivo têm a mesma controladora, corroborando a configuração de grupo econômico. Saliente-se que a aparente autonomia de cada uma delas não descaracteriza a existência de grupo econômico trabalhista, a teor do disposto no art. 2º, § 2º, da CLT, impondo-se a responsabilidade solidária entre a segunda (Mobitel) e a terceira (Vivo, antiga Global Telecom) Reclamadas. (...)"[52]

Parece bastante intuitivo que a migração do processo, na forma como conhecemos, para o ambiente eletrônico ou virtual trará sensíveis alterações aos institutos que conhecemos, modificando algumas práticas, extinguindo umas e introduzindo outras.

Nessa conjuntura, O Juiz do Trabalho Substituto Dr. Valternan Prates Filho, atuante no Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, deixa claro em suas decisões quando traz ao processo documentos que eram para ser juntados pela parte reclamada. No entanto, em consultando ao mundo virtual busca sua verdade real, conforme verifica-se a seguir:

NULIDADES DO CONTRATO DE TRABALHO – ORGÃO PÚBLICO. Embora a reclamada não tenha trazido quaisquer documentos ao Processo, inclusive o citado Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o MPT e o Estado do Amapá, o teor da defesa disposta faz menção à questão de ordem pública, no caso, que teria sido violado o princípio moralizador Constitucional do Concurso Público, já que se reporta à uma nulidade envolvendo um estado da federação e a Procuradoria do Trabalho da Região.]Por a questão envolver matéria de ordem pública, embora, como citado, a ré tenha negligenciado a produção de provas, sem a juntada de documentos importantes ao

adequado deslinde da relação Processual, tem o Judiciário o dever de investigar a idoneidade do vínculo laboral discutido. Para tal fim, e levando em consideração que um termo de ajustamento de conduta consiste num pacto envolvendo Direitos molecularizados, é possível considerar as questões que lhe são objeto, de conhecimento notório, de forma à investigação dever perpassar pela natureza jurídica das Caixas Escolares e a licitude das contratações de trabalhadores(envolvendo, assim, o autor).O juízo requisitou em audiência, com lastro no Art.765 da CLT, abrindo prazo para as partes se manifestarem, o termo de ajustamento de conduta firmado entre Governo do estado do Amapá e o Ministério Público do trabalho. Alicerçado no Princípio da Conexão, esse juízo, em pesquisa na rede mundial de computadores, acessou o TAC 31/2013 (<http://www.prt8.mpt.gov.br/transparencia/termos-de-ajuste-de-conduta>), o qual já se afirmou ser de conhecimento notório na região.^[53]

Desse modo, certo é que o sistema normativo pátrio utiliza o princípio do livre convencimento motivado do Juiz, o que significa dizer que o Magistrado não fica preso ao formalismo da lei, razão pela qual, a viés utilização do princípio da conexão lastrea-se por questões suscitadas pelas partes (reclamante e reclamado), que por vez, o Juiz afasta o velho instrumentalismo e os fantasmas do antigo “socialismo processual”. Assim, assentando que o Juiz pode dar a prova o valor que entender adequado.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, compreende-se que, apesar de possíveis críticas quanto aos novos dispositivos atinentes a utilização do princípio da conexão na processualística probatória na seara juslaboral. No entanto, este instituto possui a salutar intenção de simplificar os procedimentos processuais em disposições decisórias do Magistrado.

Sendo assim, o profissional do Direito deve almejar a efetividade processual em detrimento das exacerbadas filigranas jurídica. Afinal, há que se atentar que em meio a debates que, certas vezes, mostram-se puramente abstratos e exagerados, existem problemas concretos a serem resolvidos. Nesse sentido, ressalta que o direito do jurisdicionado não pode ficar vulnerável a armadilhas jurídicas advindas de discussões jurídicas que se olvidam de que há problemas reais para serem resolvidos pelo instrumento que é o processo.

O que se percebe é que o princípio da conexão em outra ordem, distinta da tradição da escritura, pois traduz a combinação do imaterial do eletrônico, com o viés reticular e telemático das novas tecnologias de comunicação, informação e combinação – rectius: conexão.

O processo de papel é a própria encarnação da separação entre os atores do processo e o mundo. O que não está nos autos não está no mundo. É o processo individual, isolado do mundo. É preciso, pois, desenvolver-se uma tecnologia jurídica, propriamente dita, para lidar com um novo processo, que conectará os autos ao mundo. Utilizar os mesmos princípios processuais do processo de papel seria o mesmo que operar o computador com tacape. Se imaginar que uma folha de papel tem a mesma repercussão política e social de um monitor em rede, de uma interface do computador, estaremos perdendo a oportunidade histórica de fazer a tão diferida revolução no processo judicial.

O processo não é um fim em si mesmo. Logo, conclui-se que, seja em prol da crítica ou do elogio acerca dos dispositivos vindouros, deve-se buscar a garantia de uma maior eficiência e acessibilidade aos jurisdicionados, que é a razão de ser do processo.

REFERÊNCIAS

AIRES, Jose Rover. **Engenharia e gestão do judiciário brasileiro: Estudos sobre E-Justiça**. 1.ed. Florianópolis: Deviant,2016.

BRASIL. Lei n.11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Sentença. 0000074-12.2016.5.08.0207 .Relator: Juiz Valternan Pinheiro Prates Filho. Macapá, Amapá. 19 de outubro de 2016. Disponível em:

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (6ª. região). Ação Rescisória nº 00005167.2013.5.06.0000. Autor: Equalis - Promoção, Organização de Cursos e Eventos LTDA. Réu: Bruna Gomes Duarte. Relator: Juiz Convocado Paulo Alcantara. Pernambuco, 21 de abril de 2014. Disponível em:

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª. região). Recurso Ordinário nº 01653201101403003. Recorrente: Maria da Glória Trindade. Recorrido: Conselho Central de Belo Horizonte. Relator: des. Jose Eduardo Resende Chaves Jr. Minas gerais, 29 de junho de 2012. Disponível em:

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-3981/2007-664-09-41.8. Relator: Carlos Alberto Reis de Paula, data do julgamento: 18/02/2009. 3ª Turma. Disponível em:

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Poderes Instrutórios do juiz e do processo civil democrático. Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v.153, nov.2007.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Comentários à Lei do processo eletrônico.** São Paulo: LTR, 2010.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Elementos para uma teoria do processo em meio reticular-eletrônico.** Disponível em: [_para_uma_Teoria_do_Processo_em_Meio_Reticular-eletr%C3%B4nico>](#). Acesso em: 15 Out. 2016.

DIDIER JR, Fredie. et al. **Direito Probatório: Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil.** 5. ed. Salvador: Juspodvm.2015.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil: teoria da prova, direito probatório.** 10. ed.Salvador: JusPodivm .2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016.

MASCARENHAS, Cláudio Brandão. **Processo eletrônico na justiça do trabalho**. In: **CHAVES, Luciano Athayde (org.). Curso de processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MIESSA, Élisson. **Curso de Processo do Trabalho**. 2. ed. Salvador: Juspodvm. 2015.

MIESSA, Elisson. **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 1.ed. Salvador: Juspodvm. 2015.

PEREIRA, Sebastião Tavares. **Processo eletrônico e o princípio da extraoperabilidade: a conexão a serviço da causalidade (informação), da estrutura (operação) e da juridicidade**. Disponível em: Acesso em 16. Out. 2016

POMBO, Michelle Pires Bandeira. **As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTR, 2016.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho-conforme o novo cpc**.13. ed. Salvador: Juspodvm.2016.

SHIAVI, Mauro. **Manual de Processo do Trabalho**: de acordo com o NCP. 10. ed. São Paulo:LTr.2016.

NOTAS:

[1] CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Comentários à Lei do processo eletrônico**. São Paulo: LTR, 2010. p. 16.

[2] PEREIRA Sebastião Tavares. **Processo eletrônico e o princípio da extraoperabilidade: a conexão a serviço da causalidade (informação), da estrutura (operação) e da juridicidade**. Disponível em: Acesso em 16. Set. 2017

[3] POMBO, Michelle Pires Bandeira. **As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTR, 2016. p.227-228

[4] BRASIL. Lei n.11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial.

[5] ROVER AIRES, Jose. **Engenharia e gestão do judiciário brasileiro: Estudos sobre E-Justiça**. 1.ed. Florianópolis: Deviant,2016.p.33

[6] CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Op. cit., p. 28.

[7] MASCARENHAS, Cláudio Brandão. **Processo eletrônico na justiça do trabalho**. In: **CHAVES, Luciano Athayde (org.). Curso de processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 781.

[8] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed . São Paulo: SARAIVA, 2016.p.448

[9] CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Op. cit., p.30.

[10] Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10º. O juiz não pode decidir, em grau algum 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.

[11] POMBO, Michelle Pires Bandeira.. Op. cit., p. 231-232.

[12] MIESSA, Elisson. **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 1.ed. Salvador: Juspodvm. 2015. p. 121

[13] SHIAMI, Mauro. **Manual de Processo do Trabalho**: de acordo com o NCCP. 10. ed. São Paulo:LTr.2016.p.111

[14]LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit., p.65.

[15] CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Elementos para uma Teoria do Processo em Meio Reticular-eletrônico**. Disponível em: . Acesso em: 15 Agosto 2017.

[16]Também conhecida como Consórcio World Wide Web (W3C). A Web Semântica é uma web de dados. Existe uma grande quantidade de dados que todos nós utilizamos todos os dias, e não é parte da web. A visão da Web Semântica é alargar princípios da Web a partir de documentos para dados. Ela permite que humanos e máquinas trabalhem em verdadeira interação. Enfim, a idéia é transformar a web de um mar de documentos em um mar de dados. Há um excelente FAQ em . Acesso em: 15 Out. 2016

[17] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit., p.491

[18] SHIAVI, Mauro. Op. cit., p.657

[19] MIESSA, Elisson. Op. cit., p.

[20] DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil: teoria da prova, direito probatório**. 10. ed.Salvador: JusPodivm .2015. p 52

[21] Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

[...]II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;[...]

[22] SHIAVI, Mauro. Op. cit., p. 665

[23] MIESSA, Elisson. Op. cit., p. 443-444

[24] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit., p 200

[25] DIDIER JR, Fredie. Op. cit., p 53

[26] SHIAVI, Mauro. Op. cit., p 663

[27] Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

[28] Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais. Art. 13. O magistrado poderá determinar que sejam realizados por meio eletrônico a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo.

[29] DIDIER JR, Fredie. et al. **Direito Probatório: Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodvm. 2015

[30] SHIAVI, Mauro. Op. cit., p.733

[31] PEREIRA Sebastião Tavares. Op. cit.,

- [32] DIDIER JR, Fredie Op. cit., .p 222
- [33] LEITE, Carlos Henrique Bezerra Op. cit., p.493
- [34] MIESSA, Élisson. **Curso de Processo do Trabalho**. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2015. p. 336
- [35] SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho-conforme o novo cpc.13**. ed. Salvador: Juspodvm.2016.p 46
- [36] SHIAVI, Mauro. Op. cit., p 669
- [37] CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Op. cit., p. 47
- [38] MIESSA, Élisson. Op. cit., p.337
- [39] SARAIVA, Renato. Op. cit., p.336
- [40] SHIAVI, Mauro. Op. cit., p.126-127
- [41] POMBO, Michelle Pires Bandeira.. Op. cit., p.208
- [42] CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Op. cit., p 29-30
- [43] DIDIER JR, Fredie. Op. cit., p. 319 - 321
- [44] 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.
- [45] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Poderes Instrutórios do juiz e do processo civil democrático. Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.153, nov.2007. p.215-216
- [46] MASCARENHAS, Cláudio Brandão. Op. cit., p.334
- [47] POMBO, Michelle Pires Bandeira. Op. cit., p.121
- [48] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit., p.543-544
- [49] Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais. .
- [50] Brasil. Tribunal Regional do Trabalho (3ª. região). Recurso Ordinário nº 01653201101403003. Recorrente: Maria da Glória Trindade. Recorrido:

Conselho Central de Belo Horizonte. Relator: des. Jose Eduardo Resende Chaves Jr. Minas gerais, 29 de junho de 2012. Disponível em:

[51] Brasil. Tribunal Regional do Trabalho (6ª. região). Ação Rescisória nº 00005167.2013.5.06.0000. Autor: Equalis - Promoção, Organização de Cursos e Eventos LTDA. Réu: Bruna Gomes Duarte. Relator: Juiz Convocado Paulo Alcantara. Pernambuco, 21 de abril de 2014. Disponível em:

[52]BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-3981/2007-664-09-41.8. Relator: Carlos Alberto Reis de Paula, data do julgamento: 18/02/2009. 3ª Turma. Disponível em:

[53]RASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Sentença nº 0000074-12.2016.5.08.0207. Relator: Juiz Substituto Valternan Pinheiro Prates Filho. Macapá, AMAPÁ, 19 de outubro de 2016. **Diario Oficial da União**. Macapá. Disponível em:

CONCEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO

BARBARA MOTA PESTANA:

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). Pós-graduada em Direito Constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti (2017)

RESUMO: Este trabalho busca analisar as concepções clássicas de Constituição formuladas entre os séculos XIX e XX. A Constituição é a lei fundamental e suprema de um Estado, daí sua vital importância e relevância na construção social. Dessa forma, o presente trabalho, abordará as mais importantes concepções de Constituição para o Direito, sendo elas: a concepção sociológica, a concepção política e a concepção jurídica.

Palavras-Chave: Constituição. Concepções constitucionais. Conceito. Sociológica. Política. Jurídica

Introdução

Como regra, no Direito, a Constituição é a lei fundamental de um Estado. Nesse sentido, José Afonso da Silva entende a Constituição como o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.^[1]

Para Paulo Bonavides, a Constituição, em seu aspecto material, é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, sejam eles individuais ou sociais.^[2]

Assim, pode-se perceber, que existem várias formas de se compreender a Constituição, bem como, várias concepções associadas a essa ideia de lei suprema. Dependendo da maneira que se observa, a Constituição pode assumir diferentes sentidos.

Tem-se que o Constitucionalismo Moderno foi marcado por grande teorização, principalmente após a promulgação da Constituição americana, em 1776 e da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

A força das ideias dispostas em tais cartas, bem como a disseminação dos pensamentos liberais levaram a consolidação da Constituição no sentido de ser lei fundamental dos Estados. Nesse prisma, as correntes filosóficas e doutrinárias desenvolveram diversas explicações e entendimentos para a Constituição. Dentre elas, destaca-se as concepções: sociológica, política e jurídica.

Concepção Sociológica

A concepção sociológica de constituição está fortemente relacionada ao pensamento de Ferdinand Lassalle. Em seu ensaio "O que é uma Constituição?", Lassalle analisa a Constituição levando em consideração os fatos sociais dentro de um determinado Estado.

Para ele, as questões constitucionais não eram questões jurídicas, e sim questões políticas. Lassalle não aceitava a força normativa da constituição escrita, uma vez que, esta seria apenas uma folha de papel.

A verdadeira constituição de uma sociedade, para Lassalle, é a soma de seus fatores reais de poder. Os fatores reais de poder que atuam dentro de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes. Assim, ele suscitou a diferenciação entre a Constituição jurídica ou escrita e a Constituição real ou efetiva.

Segundo seu pensamento, a Constituição real é, em essência, a soma dos fatores reais de poder, sendo tais fatores os verdadeiros regentes da sociedade. A Constituição escrita, por sua vez, é um documento, uma mera folha de papel, que objetiva organizar a vida política de uma nação.

Dessa forma, tem-se que a Constituição jurídica é apenas um papel, já a Constituição real, esta não é jurídica, mas sim política.

De acordo com Lassalle, a constituição escrita só será válida se for capaz de se ajustar à Constituição real, ou seja, uma determinada constituição só é legítima se representar o efetivo poder social.

A Constituição deve ser reflexo das forças sociais que estruturam o poder, sendo representação efetiva dos anseios da sociedade. Caso o texto constitucional não expresse esses fatores reais de poder, tal texto não terá validade, conforme defende Lassalle: " De nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder. "[3]

Assim, a Constituição jurídica deve corresponder à constituição real para que possa prosperar. Sempre que houver colisão entre a Constituição

escrita e a Constituição real, esta prevalecerá, uma vez que, aquela não passaria de uma folha de papel, que poderia ser descartada.

Através de Lassale, houve o reconhecimento de que os fatores políticos, sociais e econômicos são relevantes para a compreensão do fenômeno constitucional. Destacando a importância da relação entre o documento escrito e as forças determinantes do poder para termos uma Constituição.

Concepção política

Em sua obra “Teoria da Constituição”, Carl Schmitt afirma que o real fundamento da Constituição está na decisão política que antecede a elaboração da própria Constituição. Sem tal decisão não seria possível a organização do Estado.

Ele defende a ideia de que o poder constituinte é a vontade política. Assim, do poder constituinte nasce a Constituição como ato do poder estatal. Dessa forma, para Schmitt, a Constituição só é válida quando surge através de um poder constituinte e é estabelecida por sua vontade.

A norma tem validade uma vez que se encontra positivamente ordenada em virtude de uma vontade existente. A unidade e a ordenação de uma Constituição relacionam-se, exatamente, a existência da unidade política de um povo.

A Teoria da Constituição, nesse sentido, é a teoria do que forma um Estado, isto é, da unidade política de um povo. [4] A constituição tem sua existência inteiramente condicionada a uma decisão política fundamental.

Observa-se, assim, que no pensamento schmittiano, a essência da Constituição não está contida em uma norma. O fundamento da própria normatização relaciona-se a uma decisão política do titular do poder constituinte, ou seja, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica [5]

Dessa forma, Schmitt estabelece uma diferenciação entre Constituição e Lei Constitucional. Pois a Constituição, num sentido político, é a decisão política fundamental. Assim, o que não é decisão política fundamental é, na verdade, Lei Constitucional.

A Constituição representa os aspectos fundamentais do Estado, ou seja, as decisões políticas que não podem ser modificadas. Enquanto, as leis constitucionais estão no texto escrito, mas não são decisão política fundamental, podendo ser reformadas.

Concepção jurídica

À luz do pensamento de Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, a Constituição é um puro "dever-ser", ou seja, norma pura. Kelsen entende que o ordenamento jurídico é um sistema hierárquico de normas, no qual a validade de uma norma está relacionada a sua adequação a uma outra norma, sendo esta de hierarquia superior.

O autor atribuiu um sentido jurídico a Constituição, afastando-a de ideias valorativas, sociológicas, ou políticas. Dessa forma, qualquer referencial exterior ao sistema jurídico deve ser rejeitado, pois o que determina a validade da norma é exatamente a sua conformidade com norma superior. Assim, é indiferente o conteúdo ou valor das normas, importando, apenas, a sua vinculação formal ao sistema normativo.

Para Kelsen, a norma máxima da estrutura hierárquica não tem sua validade verificada. Nesse sentido, tal norma superior é norma fundamental, sendo alicerce de validade para todo o sistema jurídico.

Em sua obra, Kelsen defende a existência de um escalonamento de normas. Uma norma, de hierarquia inferior, busca validação em norma superior, e assim sucessivamente, até chegar à Constituição. Essa é exatamente a ideia da pirâmide de Kelsen, na qual as normas na base buscam validade nas normas do vértice.

Nesse sentido, a Constituição seria o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional, ou seja, todas as normas abaixo da Constituição devem estar em conformidade com a norma máxima de acordo com o entendimento de Kelsen:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental—pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. [6]

A Constituição, segundo Kelsen, pode ser entendida em dois sentidos: o lógico-jurídico e jurídico-positivo. A Constituição, em sentido jurídico-positivo, é o fundamento positivo de validade da ordem jurídica. Enquanto, a Constituição, no sentido lógico-jurídico, é o fundamento lógico de validade de todo ordenamento jurídico.

A Constituição, em sentido lógico-jurídico, não é tangível, existindo, apenas, no campo das ideias. Tal Constituição é norma fundamental hipotética, que objetiva ser base lógica de validade da Constituição jurídico-positiva. Existe uma concordância social que converge no sentido cumprir o que está estabelecido na Constituição jurídico-positiva.

Em sentido jurídico-positivo, a Constituição corresponde à norma positiva suprema, ou seja, a norma que fundamenta todo o ordenamento jurídico. Seu fundamento está na norma fundamental hipotética. Para Kelsen, em caso de conflito entre a Constituição jurídico-positiva e a realidade social, a Constituição prosperará, assim, a realidade social terá que se amoldar a Constituição.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 80.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. Ed. Saraiva, 2015.

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Primera edición em “Alianza Universidad Textos” 1982. Cuarta reimpressão em “Alianza Universidad Textos”. Madrid. España. 2003.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Revista de Drecho Privado, 1932.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

NOTAS:

[1] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 38

[2] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 80.

[3] LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002. p 68.

[4] SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Primera edición em “Alianza Universidad Textos” 1982. Cuarta reimpresión em “Alianza Universidad Textos”. Madrid. España. 2003, p. 29

[5] SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Revista de Drecho Privado, 1932. p 27

[6] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p 246.

A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NA PRIMEIRA FASE DO JÚRI

LUDMILA ANTUNES RESENDE:

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em 2007. Pós-graduada em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Constitucional (2017) e Direito Penal (2016) pela Faculdade Internacional Signorelli. Analista em Direito no Ministério Público do Estado de Minas Gerais desde 2013. Atuação profissional nas áreas criminal, execução criminal, juizado especial criminal e eleitoral.

Orientador: **VINÍCIUS HETMANEK DE PASSOS MACIEL**[\[1\]](#).

Resumo: O presente artigo se propõe a analisar se as alterações feitas pela Lei 11689/2008, que incluiu entre as hipóteses de absolvição sumária a competência para julgar matéria de fato, constituem em inconstitucionalidade, haja vista que a Constituição Federal atribuiu tal competência ao Tribunal do Júri. Tal situação acarreta muitas reflexões acerca de eventual afronta à norma constitucional, uma vez que existe a possibilidade do juiz togado analisar questão de mérito - inexistência do fato e negativa de autoria - na primeira fase do procedimento do Júri (*iudicium accusationis*) em afronta à Constituição, que determina ao Conselho de Sentença a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Palavras-chave: Absolvição Sumária. Tribunal do Júri. Constitucionalidade.

Abstract: This article proposes to analyze whether the alterations made by Law 11689/2008, which included among the hypotheses of summary acquittal the competence to adjudicate matter of fact, constituted in unconstitutionality, since the Federal Constitution attributed such competence to the Court of the Jury. This situation leads to many reflections

on possible violation of the constitutional norm, since it is possible for the judge to examine the issue of merit - non-existence of the fact and refusal of authorship - in the first phase of the jury procedure (*iudicim accusationis*) in defiance of the Constitution, which determines to the Council of Judgment the competence to judge intentional crimes against life.

Keywords: Summary Absolution. Jury court. Constitutionality.

Sumário: Introdução. 1. A origem da instituição do Tribunal do Júri. 2. A Constituição de 1988 e o Tribunal do Júri. 3. As fases do Júri. 4. As decisões da primeira fase do Júri. 4.1. Pronúncia. 4.2. Impronúncia. 4.3. Desclassificação. 5. A absolvição sumária. Conclusão. Referências.

Introdução

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVIII, 'd', diz que "(...) é reconhecida a instituição do júri", assegurada a "(...) competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

Por sua vez, a Lei 11.689/2008 alterou diversos dispositivos acerca do Tribunal do Júri, ampliando sobremaneira a competência do juiz togado na primeira fase do procedimento (*iudicium accusationis*).

O presente trabalho possui a finalidade de analisar o instituto do Tribunal do Júri, previsto na Constituição Federal de 1988 e inserido no rol das cláusulas consideradas imutáveis, as chamadas cláusulas pétreas. Possui enfoque principal nos casos de absolvição sumária previstos no art. 415 do Código de Processo Penal, levantando-se a hipótese de uma possível inconstitucionalidade dos dispositivos, diante da incompetência do juiz singular de analisar o mérito dos crimes dolosos contra a vida.

Assim, o que se pretende discutir é se a decisão proferida pelo juiz sumariante é contrária ou não à competência estabelecida na Carta Magna, uma vez que, a partir das alterações trazidas pela Lei 11.689/2008, ele analisa também matéria de fato, o que acabaria por usurpar a competência do Conselho de Sentença.

Para tanto, será apresentado um posicionamento histórico acerca da origem do Tribunal do Júri e como ele foi inserido na Constituição de 1988, com enfoque nos seus princípios e na sua regulamentação no ordenamento jurídico.

Em um segundo momento, discorrer-se-á acerca das fases do procedimento especial do Tribunal do Júri e sobre as decisões proferidas pelo juiz togado na etapa do sumário de culpa: pronúncia, impronúncia, desclassificação da infração penal e absolvição sumária.

Por fim, será feita uma abordagem específica acerca das hipóteses de absolvição sumária, decisão de mérito que coloca fim ao processo julgando improcedente a pretensão punitiva estatal à luz da Constituição Federal de 1988.

1. A origem da instituição do Tribunal do Júri

Não é possível afirmar de modo concreto onde tenha surgido o Júri, mas há fortes indícios que ele tenha surgido no direito inglês.

Ao final do século XIV, na Inglaterra, cujo reinado era de Henrique II, as testemunhas acusadoras foram transformadas em verdadeiros juízes. Era o júri de julgamento, no qual, de acordo com a prova coletada, dizia se o acusado era culpado ou inocente.

Já em meados do século XV, foi instituído o júri especial (*special jury*), porém, somente tornou-se lei no século XVII. Era composto de jurados que deveriam saber e ter conhecimentos sobre assuntos de alta indagação.

Depois, veio a surgir o *Coroner*, sendo este o representante da Coroa, cuja competência era reunir as pessoas onde ocorrera o crime, tomando-lhes o juramento de bem servir e com elas proceder a exame *super visum corporis*. Estas pessoas, em conjunto com os jurados, pronunciavam sobre os óbitos ocorridos atestando a morte dos executados. De acordo com os costumes locais os jurados eram em número de doze.

A instituição do *jury* tomou todo o continente europeu, com exceção da Holanda e Dinamarca, com o advento da Revolução Francesa.

No sistema francês:

(...) ao ser promulgado o Código de Procedimento Criminal de 1957-1958, embora subsista nele, por conservadorismo ou por descuido, a denominação *jury*, esse colegiado converteu-se, em realidade, em escabinato, posto que seus membros, em lugar de deliberar à parte e unicamente sobre os fatos, o fazem desde então conjuntamente com os magistrados profissionais, mediante uma fórmula que incorre no erro de permitir também discutir com os juízes juristas dos pontos de direito, supera em muito a do jurado quimicamente puro do derogado *Code d' instruction criminelle* de 1808. (MOSSIN, 1999, p.181-182)

Surgiram assim, dois sistemas: o britânico, pelo qual os jurados decidem de fato e de direito, ante a formulação de um único quesito, se o réu é culpado ou inocente; e o francês, no qual os jurados decidem de fato, ficando a cargo do juiz togado, que o preside, a decisão de direito, conforme o veredicto dos jurados na quesitação a eles formuladas.

2. A Constituição de 1988 e o Tribunal do Júri

Somente as Constituições do Império e a do Estado Novo (1824 e 1934) situam o Tribunal do Júri na parte do “Poder Judiciário”; as outras, como é o caso da nossa atual Constituição de 1988, inserem-no na parte relativa aos direitos e garantias individuais.

A CF/88 elevou o Tribunal do Júri ao status de cláusula pétrea, conforme disposição do art. 60, §4º, limitando o poder derivado de reformar o instituto.

O Tribunal do Júri constitui um direito individual, conforme explica Guilherme de Souza Nucci (2008, p.49-55):

e os direitos são meramente declaratórios e não dependem de aplicação, pois se concretizam sozinhos;

se as garantias são fundamentalmente assecuratórias, tendo por finalidade proteger e afiançar a fruição dos direitos, então se pode concluir que o Tribunal do Júri é, primordialmente uma garantia e, secundariamente, um direito. Para tanto, justifica-se que ' se é uma garantia, há um direito que tem por fim assegurar'. Esse direito é, indiretamente, o da liberdade. Da mesma forma que somente se pode prender alguém em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária e que somente se pode impor uma pena privativa de liberdade respeitando-se o devido processo legal, o Estado só pode restringir a liberdade do indivíduo que cometa um crime doloso contra a vida, aplicando-lhe uma sanção restritiva de liberdade, se houve um julgamento pelo Tribunal do Júri. O Júri é o devido processo legal do agente de delito doloso contra a vida, não havendo outro modo de formar a sua culpa. E sem formação de culpa, ninguém será privado de sua liberdade.

Deve se ter em mente que júri é uma garantia individual, primeiramente, mas também e não menos importante, é um direito individual, que constitui cláusula pétrea na Constituição Federal (art. 60, § 4º, IV). Direito este que consiste na possibilidade que possui o cidadão de participar, mais diretamente, dos julgamentos do judiciário.

Assim, a Constituição Federal de 1988 atribui ao Tribunal do Júri os seguintes princípios: plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A plenitude de defesa caracteriza-se pela possibilidade da defesa ser feita pelo próprio acusado, não apenas no âmbito jurídico (provas, contraditório, ampla defesa etc), sendo possível a utilização de argumentos de natureza sentimental, política, religiosa e, até mesmo, valer-se da garantia do silêncio, o que não dispensa, no entanto, o acompanhamento da defesa técnica.

O sigilo das votações, previsto no art. 485 do Código de Processo Penal, tem a finalidade primordial de garantir a segurança do conselho de sentença.

A soberania dos veredictos é baseada pela prevalência absoluta do julgamento feito pelo conselho de sentença, de maneira que nenhum órgão jurisdicional poderá se sobrepor à decisão proferida pelos jurados. No entanto, essa garantia não exclui a possibilidade de interposição de recursos contra as decisões prolatadas pelos jurados.

A competência do Tribunal do Júri está contida no art. 5º, XXXVIII, alínea “d”, da CF/88, competindo-lhe julgar os crimes dolosos contra a vida, sejam tentados ou consumados, bem como, com extensão da competência dos crimes conexos a este, nos termos do art. 78, I, do CPP.

3. As fases do Júri

O rito adotado pelo legislador em relação ao processamento dos crimes dolosos contra a vida e seus conexos é muito específico, possuindo fases distintas.

Guilherme de Souza Nucci aduz que o Júri é dividido em três fases. Vejamos:

Após a reforma do capítulo concernente ao júri, torna-se clara a existência de três fases no procedimento. A primeira, denominada de fase de formação de culpa (*judicium accusationis*), estrutura-se do recebimento da denúncia ou queixa até a pronúncia (ou outra decisão proferida em seu lugar, como a absolvição sumária, a impronúncia ou a desclassificação). A segunda fase, denominada de preparação do processo para julgamento em plenário, tem início após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia e segue até o momento da instalação da sessão em plenário do Tribunal do Júri. A terceira denominada de fase de juízo de mérito (*judicium causae*), desenvolve-se em plenário, culminando com a sentença condenatória ou absolutória, proferida pelo

juiz presidente com base no veredicto dado pelos jurados. (NUCCI, 2011, p.788).

Em síntese, no processo penal do Júri, o sumário de culpa (*judicium accusationis*) é seu primeiro momento procedimental, assemelhando-se ao rito comum ordinário. Sua delimitação é do oferecimento da denúncia até a decisão, que pode ser de pronúncia, impronúncia, desclassificação e absolvição sumária. A referida fase é da competência do juiz singular togado (juiz de direito ou juiz federal), não havendo, portanto, a participação dos jurados. Tem por objeto a admissibilidade da acusação perante o Tribunal, consistindo em produção de provas acerca da existência de crime doloso contra a vida.

Recebida a *exordial* acusatória, o acusado será citado para apresentar defesa escrita no prazo de 10 (dez) dias. Em seguida, designar-se-á audiência de instrução e julgamento, ocasião em que serão produzidas

Esta fase deverá ser finalizada no prazo máximo de 90 (noventa) dias e, apresentadas as alegações finais pela acusação e defesa, nesta ordem, o juiz então proferirá uma decisão que, conforme dito acima, poderá ser de pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária.

Superada a primeira fase, a segunda se inicia com o trânsito em julgado da sentença de pronúncia proferida pelo magistrado, conforme art. 413, caput, do CPP:

O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou da participação.

Esta fase intermediária, chamada de juízo de preparação do plenário, está inserida entre a formação da culpa e o julgamento do mérito da causa. Aqui, se inserem os requerimentos de provas pelas partes (art. 422 do CPP), o saneamento e elaboração de relatório (art. 423 do CPP) e o preparo do processo (art. 424 do CPP).

O juízo de apreciação do mérito da causa (*judicium causae*) constitui a última fase do procedimento do júri. Essa fase constitui-se de uma série

de atos formais realizados no plenário do Tribunal do Júri, estendendo-se até que seja dado o veredicto pelos jurados, que entenderão pela absolvição do réu, condenação ou desclassificar o crime de competência material do júri para o juízo singular.

Ao juiz-presidente cabe ratificar a decisão dada pelos jurados através da sentença, ocasião em que será analisada a dosimetria da pena, em caso de condenação.

4. As decisões da primeira fase do Júri

O procedimento do júri é especial, pois, nos termos dos artigos 406 ao 497 do Código de Processo Penal, possui um rito próprio, a despeito de estar incluído no título relativo ao procedimento comum que se inicia pelo artigo 394 do citado diploma.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

O Código de Processo Penal, após a reforma introduzida pela Lei 11.689/2008, deixou claro ser especial o procedimento do júri. Anteriormente, havia o equívoco de quem o considerava um procedimento comum. (NUCCI, 2010, p. 731).

No procedimento do júri, em regra, é prevista a realização de todos os atos instrutórios em uma única audiência, o que possibilitada o magistrado de indeferir as provas tidas como impertinentes, irrelevantes ou protelatórias, não podendo nenhum ato, a princípio, ser prorrogado.

Na audiência de instrução, primeiramente, são tomadas as declarações da vítima e ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem. Após, se necessário, haverá esclarecimentos de peritos, acareações e reconhecimento de pessoas e coisas. Por fim, proceder-se-á o interrogatório do acusado.

As alegações finais são apresentadas oralmente em audiência, respectivamente, pela acusação e defesa pelo prazo de 20 (vinte) minutos, estendido por mais 10 (dez) minutos. Caso exista mais de um réu, o tempo será individual para cada um deles. Ao assistente de acusação, após a manifestação do Ministério Público, será concedido o

prazo de 10 (dez) minutos, prorrogando-se pelo mesmo período o prazo estabelecido para defesa.

Depois de apresentadas as alegações finais, o magistrado proferirá a decisão na audiência ou em 10 (dez) dias por escrito. Caberá a ele tomar uma das quatro providências previstas em sequência no CPP: pronunciar o réu, impronunciá-lo, desclassificar a infração penal ou absolvê-lo o réu sumariamente.

Vejam, resumidamente, três dessas referidas decisões em que não há adentramento no mérito.

4.1 Pronúncia

A pronúncia é uma decisão interlocutória que julga admissível a acusação, levando o caso à apreciação do Tribunal do Júri. Constitui uma decisão mista, uma vez que a fase de formação de culpa é finalizada, iniciando-se a fase do plenário, que julgará o mérito da causa.

É proferida quando o juiz se convence da existência da materialidade do fato e de fortes indícios de autoria (art. 413 do CPP).

A pronúncia é a delimitação da matéria a ser submetida ao julgamento em plenário, devendo o juiz se manifestar sobre o tipo de crime cometido, mencionando a capitulação em que o acusado está incurso, além de especificar as circunstâncias qualificadoras ou que justifiquem eventual aumento de pena. No entanto, não tem eficácia de coisa julgada e não vincula o conselho de sentença, que poderá, inclusive, desclassificar o crime para outro não incluído no rol de sua competência.

4.2 Impronúncia

A impronúncia é a decisão interlocutória mista de conteúdo terminativo, uma vez que encerra a primeira fase do processo (*judicium accusationis*), deixando de inaugurar a segunda fase do júri.

Caso o magistrado não consiga provas da materialidade do crime ou não havendo indícios suficientes que demonstrem a autoria, o réu deverá ser impronunciado. Em outras palavras, julgar-se-á improcedente a denúncia.

Contudo, nesta decisão não se forma coisa julgada material, não há análise de mérito, uma vez que a mesma causa poderá ser novamente

discutida em outro processo com o mesmo réu, enquanto não extinta a punibilidade se novas provas vierem a surgir. O juiz não diz que o acusado é inocente, mas que, por ora, não há indícios suficientes de que a questão seja debatida no Tribunal do Júri.

Assim preceitua o parágrafo único do art. 414 do CPP:

Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.

4.3 Desclassificação

Por sua vez, a desclassificação prevista no art. 419 do CPP é uma decisão interlocutória modificadora da competência do juízo, que não adentra no mérito e, tampouco, faz cessar o processo.

O juiz somente desclassificará a infração penal, cuja denúncia foi recebida como delito doloso contra a vida, se a certeza for cristalina quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, § 1º, do CPP.

Registra-se que, mesmo que magistrado do sumário decida pronunciar o réu, levando-o a plenário para julgamento pelo conselho de sentença ainda existe a possibilidade da desclassificação. Isso se dá quando os jurados, em plenário, através de votos, entenderem que o crime em análise não é doloso contra a vida, atestando, assim, a incompetência do Tribunal do Júri para julgamento.

5. A absolvição sumária

“A absolvição sumária é uma decisão de mérito que coloca fim ao processo, julgando improcedente a pretensão punitiva do Estado” (NUCCI 2008, p. 803). Trata-se de um julgamento antecipado da lide favorável ao réu.

O art. 415 do Código de Processo Penal prevê as hipóteses em que o legislador poderá absolver sumariamente o acusado, *in verbis*:

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

- I – provada a inexistência do fato;
- II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
- III – o fato não constituir infração penal;
- IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

As situações indicadas pelo legislador processual penal são taxativas, são constitutivas de *numerus clausus*, não podendo dessa forma, ser estendidas para outras hipóteses.

Observa-se que a alteração da lei, ocorrida em 2008, ampliou as possibilidades em que o juiz pode absolver o acusado, sem que este seja levado a julgamento em plenário. De acordo com Pacelli (2014), o citado artigo agora abrange questões de direito relativas a excludentes de ilicitude ou culpabilidade, bem como questões atinentes à inexistência do fato ou negativa de autoria.

Entende-se por excludentes de ilicitude: a) estado de necessidade (art. 23, I, art. 24, CP); b) legítima defesa (art. 23, II, art. 25, CP); c) exercício regular do direito (art. 23, III, CP); estricto cumprimento do dever legal (art. 23, III, CP).

Por excludentes de culpabilidade: a) erro de proibição (art. 21, CP); b) coação moral irresistível (art. 22, CP); c) obediência hierárquica (art. 22, CP); d) embriaguez acidental (art. 28, §1º, CP). Existe, também, o caso de inimputabilidade (art. 26, *caput*, CP). Nesta hipótese, no entanto, o magistrado só poderá absolver sumariamente o réu, caso haja pedido expresso da defesa.

Na legislação revogada somente era cabível absolvição sumária nos casos de prova incontroversa de excludentes de ilicitude ou culpabilidade. Hoje, as hipóteses de prova de inexistência do fato, ausência de participação e atipicidade ensejam absolvição sumária

(questões de fato e de direito), afetando o direito material de punir do Estado.

Vale aqui ressaltar a diferença entre absolvição sumária e impronúncia:

Na sentença de impronúncia, o juiz declara improcedente a denúncia por inadmissível a acusação. Na sentença de absolvição sumária, porém, o juiz declara a improcedência da denúncia, por ser também improcedente a pretensão punitiva. Ninguém pode ser acusado em plenário, sem que haja prova do crime e suspeita da autoria. Todavia, mesmo provado o crime e a autoria, pode o réu não ser levado ao *iudicium causae* por força de absolvição sumária. A diferença entre a impronúncia e a absolvição sumária está em que a primeira é simples *absolutio ab instantia* e a segunda é *absolutio ab causa*. Com a impronúncia, encerra-se o juízo da formação da culpa e a instância do processo penal condenatório, porque não há lastro para a acusação; na absolvição sumária, encerra-se o processo e a ação penal, porque a pretensão punitiva deduzida na acusação é improcedente. (MARQUES, 1997, p.396)

Na hipótese de impronúncia não há indícios suficientes de autoria e participação no delito. Já na absolvição sumária, há provas de inocência.

De acordo com Edilson Mouenot Bonfim:

Tem a absolvição sumária natureza de sentença. Apreciando o mérito, o juiz que julga improcedente a pretensão punitiva estatal. É válido ressaltar que somente se pode arguir absolvição sumária quando a hipótese que ensejar estiver nitidamente demonstrada, pois impera nesta fase o princípio "*in dubio pro societate*". (BONFIM, 2009).

Para efeito de absolvição sumária, a prova terá que ser extrema de dúvida. Tem ela que ser cristalina, absoluta, incontroversa, nítida, clara, de modo irretorquível. Caso haja dúvida, caberá ao juiz singular pronunciar o imputado, em face do princípio do *in dubio pro societate*, que predomina essencialmente no processo penal do Júri. Nesse sentido, leciona NUCCI:

Ressaltemos que somente comporta absolvição sumária a situação envolta por qualquer das alternativas e excludentes supra referidas quando nitidamente demonstradas pela prova colhida. Havendo dúvida razoável, torna-se mais indicada a pronúncia, pois o júri é o juízo competente para deliberar sobre o tema. (NUCCI, 2008, p. 95).

Neste momento, não há que se consagrar dúvida em favor do indivíduo. Mas proclama-se a certeza de sua inocência, a ponto de ser dispensada a convocação do povo para seu julgamento.

Esta é a hipótese deferida pela lei ao Juiz de Direito para julgar, verdadeiramente, como ente monocrático. No entanto, deve-se ter cautela para que não se usurpe o julgamento ao Juiz natural. É imperioso que se trate de matéria absolutória indiscutível à luz do conjunto probatório, evidenciada a inocência do denunciado.

Há quem diga que a absolvição sumária, por ser proferida por juiz singular, feriria o princípio da competência constitucional do Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea 'd', da CF/88).

Tal alegação voltou a ser ainda mais questionada após a inovação legislativa de 2008, que inseriu aspectos acerca da inexistência do fato e da prova de autoria, que tratam de julgamento de matéria exclusiva de fato na primeira fase do júri.

De fato, o juiz sumariante, ao absolver o réu com base nos casos dos incisos I e II do art. 415 do CPP, faz análise de mérito mediante análise das provas produzidas, restando subtraída a competência do Tribunal do Júri.

Eduardo José Garrido Teixeira (2010) entende no sentido de que pode surgir indagação sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, pois retira o julgamento do mérito que é do juiz natural do Júri, imposto pela Constituição.

Tem-se que, a alteração ocorrida em 2008 no Código de Processo Penal ampliou de forma considerável as situações que ensejam absolvição

sumária, o que ocasionou suposta afronta ao princípio do juiz natural e a da competência do Conselho de Sentença para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

No que concerne à supremacia da Constituição, leciona Luis Roberto Barroso:

A primeira característica distintiva das normas constitucionais é sua posição no sistema: desfrutam elas de superioridade jurídica em relação às demais normas. A supremacia constitucional é postulado sobre o qual se assenta todo constitucionalismo contemporâneo. Dele decorre que nenhuma lei, nenhum ato normativo, a rigor, nenhum ato jurídico, pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição. (...) a norma constitucional, portanto, é o parâmetro de validade e o vetor interpretativo de todas as normas do sistema jurídico. (BARROSO, 2009, p. 198).

O mestre Guilherme de Souza Nucci (2010, p.747), brilhantemente aborda a questão:

É verdade que cabe ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, d, CF), embora tenha o legislador ordinário estabelecido um correto e eficaz filtro para as acusações não adequadas a esse perfil.

A possibilidade de o magistrado togado evitar que o processo seja remetido ao Tribunal Popular e por este julgado está de acordo com o espírito da Constituição, visto ser a função dos jurados a análise de *crimes contra a vida*, significando que a inexistência do delito (porque a conduta praticada foi lícita ou inculpável) ou a alteração da tipicidade (passando a infração penal de competência do juiz singular) faz cessar, incontinenti, a competência do júri.

Estando o juiz convencido, com segurança, desde logo, da licitude da conduta do réu ou da falta da culpabilidade, não há razão para determinar

que o julgamento seja realizado pelo Tribunal Popular. Não fosse assim e a instrução realizada em juízo seria totalmente despicienda. Se existe, é para ser aproveitada, cabendo, pois, ao magistrado togado aplicar o filtro que falta ao juiz leigo, remetendo ao júri apenas o que for, em função de dúvida intransponível, um crime doloso contra a vida. Aliás, devemos ressaltar que até mesmo a rejeição da denúncia pode ocorrer, desde que o juiz verifique que o fato narrado evidentemente não constitui crime, porque durante o inquérito, ficou demonstrado, com nitidez, a existência de excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Fernando Capez (2016) assevera que a decisão de absolvição sumária se trata de decisão de mérito, que analisa prova e declara a inocência do acusado. Assim, para que não haja ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, essa decisão somente poderá ser proferida em caráter excepcional, quando a prova for indiscutível.

Manifestando sobre a constitucionalidade da absolvição sumária no sumário de culpa, explana Nucci:

A possibilidade de o magistrado togado evitar que o processo seja julgado pelo Tribunal popular está de acordo com o espírito da Constituição, visto ser a função dos jurados a análise de crimes contra a vida. Significa que a inexistência de delito faz cessar, incontinenti, a competência do júri. Estando o juiz convencido, com segurança, desde logo, da licitude da conduta do réu, da falta de culpabilidade ou da inexistência do fato ou de prova de autoria, não há razão para determinar que o julgamento seja realizado pelo Tribunal Popular. Não fosse assim, a instrução realizada em juízo seria totalmente despicienda. Se existe, é para ser aproveitada, cabendo, pois, ao magistrado togado aplicar o filtro que falta ao juiz leigo, remetendo ao júri apenas o que for, por dúvida intransponível, um crime doloso contra a vida. (NUCCI, 2011, p. 804).

Assim, tem-se que o instituto da absolvição sumária pode ser utilizado na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, no entanto, deve haver um convencimento seguro por parte do juiz sumariante, para que, dessa forma, não haja afronta à competência do Conselho de Sentença.

Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto ressaltam o caráter excepcional da decisão de absolvição sumária, que, segundo eles, deve ser proferida apenas nas situações em que não houver nenhuma dúvida sobre as questões, pois, se assim não for, deve ser acolhido o princípio *in dubio pro societate* no sumário de culpa. De acordo com os autores:

A absolvição sumária se caracteriza pela excepcionalidade importando em exceção ao princípio geral que impõe ao Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, deve ser reservada para os casos em que a excludente de ilicitude (justificativas) ou culpabilidade (dirimentes) restaram absolutamente demonstradas. Caso reste alguma dúvida, ela deve ser resolvida em favor da competência do Júri, de índole constitucional e, portanto, cabe ao juiz a pronúncia do réu. (CUNHA; PINTO, 2009, p. 153).

Neste contexto, vê-se que a decisão proferida pelo juiz singular (sumariante) não é contrária ao que dispõe nossa Lei maior. E ainda: se o juiz absolve o réu, não há delito contra a vida a ser julgado. O que não ocorreria se o juiz pudesse também condenar, porquanto, nessa hipótese, estaria reconhecida a existência de homicídio. Então, sim, estar-se-ia subtraindo do júri o direito de julgar o réu.

Conclusão

Feitas as considerações, observa-se que, no Brasil, a instituição do Júri é uma tradição, sendo consagrada como direito fundamental no plano constitucional.

Com a abordagem das fases do Júri, verificou-se que a primeira delas, o sumário, objetiva fazer um juízo de admissibilidade, ou seja, analisar

se a causa será ou não remetida à análise dos jurados, ocasião em que o magistrado proferirá as decisões de pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária.

No que tange à absolvição sumária, é possível afirmar que o instituto é plenamente constitucional, pois não afasta o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de seu juiz natural, o Tribunal do Júri.

É de suma importância que o magistrado, no sumário, exerça um filtro eficiente para que a previsão contida na Constituição acerca do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII) seja alcançada, qual seja, o julgamento pelo Conselho de Sentença dos crimes dolosos contra a vida.

A absolvição sumária é um instituto do direito penal realmente adequado e necessário, pois, sem ele, o Judiciário Brasileiro estaria ainda mais sobrecarregado, remetendo, muitas vezes, ao plenário, processos que não são verdadeiramente de sua competência.

Restando devidamente comprovado na fase do sumário de culpa que o acusado não concorreu para a infração; que não existiu crime, havendo causas excludentes de ilicitude e culpabilidade ou de isenção de pena, de plano, estará provado que não existe crime doloso contra a vida que deva ser julgado pelo conselho de sentença.

As situações apresentadas no art. 415 do CPP não contemplam hipóteses desses crimes, não ocorrendo a alegada usurpação de competência.

Não obstante restar evidenciado que o juiz, ao proferir absolvição sumária, analise também questões de mérito, ele, nos casos específicos do art. 415 do CPP, tem legitimidade para julgá-las.

Para tanto, é imperioso que exista uma forte comprovação das situações pelas provas coletadas nos autos. Da mesma forma, deve o magistrado fundamentar amplamente as razões de seu convencimento. Havendo, pois, qualquer dúvida, não pode ele optar pela aplicação do instituto, sob pena de, assim, agir em desacordo com o texto da legislação e da Constituição.

Logo, a absolvição sumária deve ser entendida como uma situação extraordinária, pois, a competência originária para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é definida pela Constituição ao Tribunal do Júri.

Referências

AVILA, Thiago André Pierobom de. **O novo procedimento dos crimes dolosos contra a vida**. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11596/o-novo-procedimento-dos-crimes-dolosos-contra-a-vida-lei-n-11-689-08>. Acesso em 6 de junho de 2016.

BARROSO, João Batista. **Tribunal do Júri**. 2005. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050921154738162&mode=print. Acesso em 10 de maio de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição no novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot, **Curso de Processo Penal**. 4.ed. Saraiva: São Paulo. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2,848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 6 de julho de 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 6 de julho de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 de maio de 2016.

BRASIL. Lei n.º 11.689, de 9 de junho de 2008. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo**

Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/l11689.htm. Acesso em 10 maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 81.646** – PE. Relator: Sepúlveda Pertence. Informativo 271.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal: doutrina e prática**. São Paulo: jusPodivum. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MARQUES, José Frederico. **A Instituição do Júri**. Campinas: Bookseller, 1997.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri: crimes e processo**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

TEIXEIRA, Edurado José Garrido. **O julgamento antecipado da lide no tribunal do júri**. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18721/o->

juízo-antecipado-da-lide-no-tribunal-do-juri. Acesso em 6 de julho de 2016.

NOTAS:

[1] Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Especialista em Gestão Empresarial; Direito Civil; Direito Processual Civil; Direito Empresarial; Docência do Ensino Superior; EAD; e Graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2007) e Graduação em Ciências Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2004). E-mail: maciel@signorelli.edu.br

SISTEMAS ELEITORAIS E SOBERANIA POPULAR

MARCO AURÉLIO ROSA DE DEUS:
Formado na AUDF. Advogado da União.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo debater os sistemas eleitorais no Brasil e a possibilidade de candidatura única para eleições majoritárias, respeitando a garantia da soberania popular de representatividade.

Palavras chave: SISTEMAS ELEITORAIS. MAJORITÁRIO. PROPORCIONAL. DISTRITAL. CANDIDATURA ÚNICA. SOBERANIA POPULAR. REPRESENTATIVA.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Espécies de sistemas eleitorais. 3. Sistema Majoritário. 4. Sistema Proporcional 5. Sistema Misto. 6. Candidato Único Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil adota o sistema eleitoral majoritário para os cargos de Presidente da República, Governador de Estado e Distrito Federal, Senador da República e o sistema proporcional, para os cargos de Deputado Federal, Estadual, Distrital e para o cargo de vereador. Para ser eleito no sistema majoritário para cargos do Poder Executivo em municípios com mais de duzentos mil eleitores é necessário maioria de votos. Por outro lado, em municípios que tenha menos de duzentos mil eleitores não há exigência de maioria. No entanto, é necessário a observância da soberania popular, principalmente no sistema majoritário para cargos do Poder Executivo, sob pena de um candidato ser eleito com reduzido número de votos.

2. SÃO ESPÉCIES DE SISTEMAS ELEITORAIS:

1. Majoritário (de maioria simples ou maioria absoluta);
2. Proporcional (listas abertas, listas fechadas e listas fechadas flexíveis);
3. Distritos de média magnitude;

4. Distritos misto (majoritário e proporcional) ou distrital puro (apenas majoritário).

Sistema utilizado para a escolha dos representantes do povo ao exercício de mandatos eletivos. Tem por objetivo organizar as eleições e a conversão de votos em mandatos políticos. O Direito Eleitoral conhece três sistemas tradicionais: o majoritário, o proporcional e o misto; este é formado pela combinação de elementos daqueles.

Para Ramayana, Sistemas Eleitorais é um conjunto de técnicas legais que objetiva organizar a representação popular, com base nas circunscrições eleitorais (divisões territoriais entre estados, municípios, distritos, bairros etc.).

Para Gomes (2011), os sistemas eleitorais são mutáveis, variando no tempo e no espaço. A forma que assumem concretamente em determinada sociedade decorre da atuação, da intenção e dos conflitos travados entre as diversas forças político-sociais ao longo da história.

Na Constituição do Brasil, foram consagrados os sistemas majoritário e proporcional. Mas sempre se propugnou a adoção do misto, sobretudo com a implementação do voto distrital.

3. SISTEMA MAJORITÁRIO

Pelo sistema majoritário, o candidato que receber a maioria – absoluta ou relativa dos votos válidos é considerado vencedor do certame.

No Brasil, o sistema majoritário foi adotado nas eleições para chefia do Poder Executivo e Senador (e suplentes), conforme se vê nos art. 28, *Caput*, 29, II, 32, § 2º, 46 e 77, § 2º, CF/88.

Para Gomes (2011), esse sistema compreende duas espécies. Pela primeira – denominada simples ou turno único -, considera-se eleito o candidato que conquistar o maior número de votos entre os participantes do certame. Não importa se a maioria alcançada é relativa ou absoluta. É isso que ocorre nas eleições para Senador, bem como nas eleições para Prefeito

em municípios com menos de 200.000 eleitores, nos termos do artigo. 29, II, da Lei Maior.

Já o chamado sistema majoritário de dois turnos, o candidato só é considerado eleito no primeiro turno se obtiver a maioria absoluta de votos, não computando os em branco e os nulos. Caso contrário, faz-se nova eleição. Esta deve ser realizada no último domingo de outubro, somente podendo concorrer os dois candidatos mais votados. Considera-se eleito o que obtiver a maioria dos votos válidos (CF, art. 77, §3º). Tal se dá nas eleições par Presidente, Governador, Prefeito e seus respectivos vices em municípios com mais de 200.000 eleitores.

Para Ramayana, o sistema majoritário sempre pareceu mais adequado. Diz o autor que, nesse ponto seguimos a mesma opinião do renomado Desembargador do Tribunal do Rio de Janeiro, Fernando Whitaker da Cunha, em sua obra Democracia e Cultura, Editora Forense Rio de Janeiro, 1973. Dizia o renomado jurista, (p. 162): “Expurgação de algumas deficiências, parece-nos que o sistema majoritário ainda é o melhor, pelo menos enquanto a representação proporcional não atingir suas verdadeiras finalidades, que são as de encarnar autêntica e legitimidade as reais correntes de opinião, embasadas em princípios ideológicos-partidários.

E, ainda, citando o pensamento de Macdonal, dizia Whitaker:

O sistema de representação proporcional aumenta consideravelmente os gastos eleitorais, oferece oportunidades abundantes para maquinações clandestinas, torna as maiorias e os governos mais dependentes de individualidades dispersas no Parlamento, e leva, a este, grande número de homens que não representam opiniões, nem são portadores de nenhum mandato, porque são eleitos por grupos muito singularizados, como, por exemplo, sociedades de temperanças, grupos que, entretanto, terão de votar em todas as questões que suscitem ante o parlamento.

São especiais as lições do Ministro Celso de Melo do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema proporcional:

(...) o mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamento eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de “fundamento constitucional autônomo”, identificável tanto de “fundamento constitucional autônomo”, identificável tanto no art. 14, § 3º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, caput (que consagra o “sistema proporcional”), da mais adequada ao exercício democrático do poder, especialmente porque assegura, às minorias, o direito de representação e viabiliza, à correntes políticas, o exercício do direito de representação parlamentar”

(MS 26.603/DF, rel. Min. Celso de Melo, Pleno.

4. SISTEMA PROPORCIONAL

O sistema proporcional foi concebido para refletir as diversas correntes de pensamento e tendências existentes no meio social de um determinado país.

O sistema proporcional é adotado nas eleições para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa do Distrito Federal e Câmaras de Vereadores, conforme dispõem os artigos 27, 1º, 29, IV, 32, e 45, CF/88.

Para Gomes (2011), a origem desse sistema situa-se na Europa. Atribui-se ao advogado londrino Thomas Hare o mérito de sua introdução nos domínios eleitorais. No Brasil, o sistema proporcional foi implementado pelo Código Eleitoral de 1932 (Decreto nº 21.076, de 24-2-1932) e mantido nos subsequentes.

A distribuição de cadeiras entre as legendas é feita em função da votação que obtiveram. Assim, para que um candidato seja eleitor, é preciso que seu partido contemplado com um número mínimo de votos, denominado

quociente eleitoral. Havendo coligação partidária, os votos conferidos às agremiações que a integram devem ser somados, porque a coligação é considerada uma entidade única, ou seja, um só partido.

5. SISTEMA MISTO

Para Gomes (2011), o sistema mista foi fórmula encontrada por países como Alemanha e México, cada qual à sua maneira. Muito se discute sobre sua implantação no Brasil. O tema voltou à balia na Assembleia Constituinte de 1988 e na revisão de 1994. Recentemente, tornou à cena nos debates que se travam a respeito da reforma política. É formado pela combinação de elementos do majoritário e do proporcional e tem em vista as eleições para o parlamento. A circunscrição eleitoral (Município, Estado ou União) é dividido em distritos. Para tanto, divide-se o número de votos pelo de vagas a preencher na respectiva Casa Legislativa. Cada partido pode apresentar um só candidato por distrito. No dia do pleito, aos eleitores são apresentadas duas listas de votação: uma majoritária (restrita ao distrito), outra proporcional (abrangente de toda a circunscrição). Na primeira, vota-se em um dos candidatos indicados pelos partidos àquele distrito. Considera-se vitorioso quem obtiver o maior número de votos no distrito. Na segunda lista, o eleitor vota em um partido – voto de legenda -, não em candidatos. A apuração do eleito leva em conta a votação em toda a circunscrição, isto é, em todos os distritos, sendo feita com base em critérios proporcionais.

Para Gomes, cogita-se de três procedimentos, a saber: listas fechadas, flexível e aberta. Pela primeira, o partido é soberano para definir quem entre seus filiados ocupará a vaga por ele conquistado. Na flexível é ainda o partido quem define a ocupação das vagas, mas os eleitores podem interferir na posição em que os candidatos se encontrarem na lista, escolhendo uns e deixando de escolher outros; a preferência manifestada pelo eleitor tem a força de alterar a ordem da lista elaborada pela agremiação. Já na lista aberta cabe aos próprios eleitores (e não aos partidos) formar a ordem nominar a ser observada na indicação dos eleitores.

A ocupação do parlamento perfaz-se pela soma dos eleitos nas duas listas de votação, ou seja, na distrital e na partidária.

O que se entende por votos válidos?

Os votos válidos são votos da legenda partidária e de todos os candidatos; os votos nulos e em branco não entram na contagem. O art. 106 do Código Eleitoral determina a contagem dos votos em branco, mas o dispositivo legal não foi recepcionado pelo art. 77, 2º, da Carta Magna.

O que se entende por quociente eleitoral?

O quociente eleitoral (art. 106 do CE) é a divisão do número total de votos válidos pelo número de lugares na Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais.

O que se entende por quociente partidário?

É o percentual (art. 107 do CE) obtido por partido ou coligação, através da divisão do número de votos alcançados pela legenda pelo quociente eleitoral.

6. CANDIDATO ÚNICO

Questão complexa é saber quantos votos são necessários para se eleger um candidato único, no sistema majoritário, e com isso ter a soberania popular representativa – hipótese rara, mas que tem acontecido no país.

Para Cerqueira (2014), O candidato único dever ser submetido a dois turnos de votação, seja em municípios com mais ou menos de 200 mil eleitores (interpretação sistemática). Assim, precisa, em primeiro turno, de 50% = 1 dos votos dos eleitores presentes na zona eleitoral, excetuados os brancos e nulos. Em eventual segundo turno, concorre apenas e tão somente com os votos nulos (e não os brancos), ou seja, tendo votos válidos a mais do que os votos nulos, ou mesmo empatando com estes, será proclamado Prefeito; do contrário, far-se-ão novas eleições (art. 224 do CE), reabrindo todos os prazos de registros de candidatura(s).

O referido autor traz o seguinte exemplo: 1.000 eleitores presentes. Precisa de conseguir 50% + um destes, ou seja, 501 votos. Se houver votos brancos, 400 nulo e 200 válidos, ele não consegue ser eleito, pois não conseguiu os 501 votos necessários. Nesse caso, sugerimos segundo

turno. Se, no segundo turno, os votos válidos forem superiores ao nulos, ele está eleito; se os nulos forem superiores aos válidos, aplica-se o art. 224 do CE. Não importam os brancos aqui, a briga é apenas contra os votos nulos.

E se realmente não conseguir, anulando as eleições pelo 224 do CE?

Nesse caso, com novas eleições, sugerimos que as lideranças políticas da cidade componham outro candidato; do contrário, haveria extremo prejuízo da eleição, ficando o Presidente da Câmara como interino até solução do impasse.

Para Cerqueira, a candidatura única para Prefeito tem causado muita perplexidade no meio jurídico; primeiro, porque não há previsão legal, seja na CF/88, na Lei 9.504/97 ou no Código Eleitoral; isso é, passou a ser um “elefante branco” da democracia; segundo, porque o tema, em uma visão distorcida, pode provocar a quebra da soberania popular (ar. 1º, parágrafo único, da CF/88), incumbindo uma visão sistemática e profunda do tema.

A preocupação hoje é intensa, pois os casos se somam em todo o País, apesar do pluripartidarismo.

Afirma Cerqueira, em que pese a técnica conceitual (classificação do sufrágio), percebemos que a CF/88 não foi técnica, ou seja, levou como parâmetro não as formas de SUFRÁGIO, e sim as formas de VOTO.

Para o autor, como o parâmetro constitucional foi o voto, e não sufrágio, devemos reler os dispositivos constitucionais e da Lei n. 9.504/97:

- a) Onde a CF/88 e a Lei 9.504/97 mencionam “maioria absoluta de votos” (50% + 1 dos votos válidos, considerando o eleitorado, e não eleitores presentes), deve ser lido “sufrágio de maioria relativa” (50% + 1 dos eleitores presentes no dia da eleição, não computando os brancos e nulos), pois a CF/88 usou a fórmula “maioria absoluta de votos”, ou seja, teve como enfoque os “votos” (exercício do sufrágio), e não o sufrágio (direito subjetivo de eleger);
- b) Onde a CF/88 e a Lei n. 9.504/97 mencionam “maioria dos votos válidos”, não se trata de sufrágio de maioria relativa (50% + 1 dos votos válidos, ou

seja, dos eleitores presentes no dia da eleição), e sim “sufrágio relativo” (maioria dos votos válidos dos eleitores presentes – há uma superioridade meramente numérica sobre aqueles que concorreram ao pleito, sem exigência da maioria absoluta ou relativa, não precisando, portanto, de 50% + 1).

Assim, pela leitura meramente gramatical da lei, a ideia é a de que, se não houver no município 200 mil eleitores, apenas haverá turno único de “maioria relativa de votos”, leia-se “sufrágio relativo” (maioria dos votos válidos, tão somente), e não sufrágio por maioria (50% + 1 dos eleitores que comparecem para votação no dia da eleição, com exceção de votos brancos e nulos).

A CF/88 prevê o quórum de “maioria absoluta”, ou seja, sufrágio por maioria relativa (50% + 1 dos eleitores presentes na votação, excluídos os brancos e nulos): Nas eleições presidenciais para Presidente da República (art. 77, § 2º, da CF/88), Governadores (art. 28 da CF/88) e Prefeitos em municípios com mais de 200 mil eleitores (art. 29, II, da CF/88), e, segundo os arts. 2º e 3º da Lei n. 9.504/97, vincula sua eleição à de seus vices.

A lei n. 9.504/97, art. 2º, §§ 1º e 3º, impõe segundo turno entre os dois candidatos mais votados, no último domingo do mês de outubro do ano da eleição, desde que nenhum dos candidatos tenha obtido a maioria absoluta de votos.

Para Cerqueira, o segundo turno será necessário apenas no caso de o município possuir mais de 200 mil eleitores e, na visão destes autores, no caso de candidato único que não conseguir a “maioria absoluta de votos”.

Qual o motivo de segundo turno no caso de candidato único?

Responde Cerqueira, reconvocar os eleitores para eleição, uma vez que o primeiro turno não se conseguiu 50% + 1 dos eleitores presentes; logo, o candidato sendo único nem sequer representa a soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da CF/88). Do contrário, como os votos brancos não são considerados nulos, se o candidato tiver ao menos um voto válido e nenhum nulo, estará eleito, em completo absurdo, já que o art. 224, que anula

eleição, apenas o faz se os votos forem superiores a 50% (e não os todos em branco).

E se houver segundo turno, o que acontece?

Para Cerqueira, o candidato único terá que conseguir o sufrágio relativo, ou seja, uma pequena diferença numérica contra os votos nulos. Nesse caso, ele teria que concorrer apenas e tão somente contra os votos nulos: se os seus votos válidos forem superiores aos nulos, será proclamado Prefeito; se forem inferiores, far-se-á nova eleição, por força do art. 224 do CF. Veja que os votos brancos não são computados nem como válidos e tampouco como nulos; enfim, são realmente brancos, sem qualquer efeito.

Por que não adotar um só turno de escrutínio para candidato único, levando-se em conta apenas o sufrágio relativo, isto é, os votos válidos serem superiores aos inválidos (brancos e nulos)?

Segundo o autor, porque, nesse caso, a soberania popular e a democracia estariam rompidas, ou seja, os eleitores não estariam avisados do sufrágio relativo, bem como não estaria consagrado o sufrágio por maioria absoluta (“maioria relativa de votos”) de um candidato apenas, leia-se sem qualquer concorrente, o que impossibilitaria o eleitor de realmente manifestar seu voto, pois pensaria: “Para que eu vou votar, se ele elegerá apenas com seu próprio voto?” Diante disso, o segundo turno para candidato único é uma necessidade da soberania popular, evitando o risco de, em um único turno, um voto válido ser responsável pela vitória, se não houver votos nulos superiores a isso (art. 224, do CE).

Para Cerqueira, portanto, havendo segundo turno em eleições com candidato único, como a CF/88 não usa a técnica do sufrágio, devemos entender que deve ser exigido dele, em verdade, o sufrágio relativo (maioria dos votos válidos, não computando os brancos e nulos). Os brancos não teriam qualquer efeito; porém, os nulos poderiam ensejar a nulidade da eleição, caso fossem superiores aos válidos (ar. 224 do CE).

Exemplifica Cerqueira: Município com menos de 200 mil eleitores e candidato único; 2.500 eleitores (eleitorado); compareceram para votar: 2.100 eleitores.

Os votos brancos e nulo, somados, resultam em 1.049 e, houve 1.051 (2.100 – 1.049) votos para candidato “A”, que estará eleito, sem qualquer polêmica, pois conseguiu 50% + 1 dos eleitores que compareceram, superando os votos inválidos. Nessa primeira hipótese, o Professor Thales Tácito e a jurisprudência do TSE se entendem.

Entretanto, a divergência vem na hipótese a seguir.

Os votos brancos atingem 1.901, os votos nulos atingem 99, portanto, houve 100 votos válidos para o candidato “A”:

- a) Para o TSE: Acórdão n. 11.402, de 14.10.1993, Rel. Min. José Candito – o candidato estará eleito, pois não é exigido maioria absoluta de votos (50% + 1), e sim qualquer diferença numérica;
- b) Para o Professor Thales Tácito: necessário, sim, 50% + 1 dos votos dos eleitores presentes e, como não conseguiu, será necessário o segundo turno; do contrário, um candidato único estaria eleito com 100 votos, em um total de eleitores de 2.100, distorcendo a soberania popular, pois se os eleitores quisessem confirmá-lo, não votariam em branco da forma apresentada.

Para Cerqueira, o segundo turno é importante para esclarecer ao eleitor que, se o candidato único tiver qualquer diferença superior aos votos nulos, ou até empate, será eleito. A única forma de os eleitores manifestarem que não desejam o candidato é o voto nulo ser superior ao válido (art. 224, do CE), já que votos brancos não têm qualquer efeito.

Caso haja empate com os votos nulos, o professor Thales entende que, ainda assim, a vontade dos eleitores presentes e de votos válidos deve prevalecer, pois no segundo turno não se exige 50% + 1 dos votos válidos e, para anular a eleição, o art. 224 do CE exige que os votos nulos sejam superiores ao válidos.

Se os votos nulos superarem os válidos, far-se-á nova eleição (art. 224 do CE), abrindo-se prazo para novo registro de candidatura(s) e talvez começando nova “novela” de candidato único, que pode ser aquele que

concorreu ou outro. Importante destacar que somente os votos nulos anulam eleições, e não votos brancos. Enquanto isso, assume o Presidente da Câmara do Executivo local ou, na impossibilidade deste, o juiz de direito por simetria constitucional.

7. CONCLUSÃO

Portanto, o sistema majoritário com candidatura única é situação peculiar no sistema eleitoral brasileiro de difícil equacionamento, pois caso seja adotada a técnica defendida por Cerqueira, haverá gastos com a realização de novas eleições e sem a garantia de que seja sando o impasse, tendo em vista que pode ocorrer o mesmo fenômeno. Caso seja proclamado o candidato único com o quantitativo dos votos em primeiro escrutínio, haverá a violação do sistema majoritário da soberania popular.

Assim, considerando a soberania popular imprescindível para o fortalecimento da democracia é de se concluir que um segundo turno para candidatura única, quando o candidato não consiga maioria de votos, passa a ser a solução mais adequada em respeito ao primado da soberania popular.

Bibliografia.

Cerqueira, Thales Tácito. Direito eleitoral esquematizado / Thales Tácito Cerqueira, Camila Albuquerque Cerqueira. – 4. Ed. Ver. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2014.

Gomes, José Jairo Direito Eleitoral / José Jairo Gomes. Direito eleitoral 2. Direito eleitoral – Brasil. Título 10-12968 7. ed. Ver. Atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2011.

Ramayana, Marco. Direito Eleitoral – 12ª edição/Marco Ramayna – Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

TRAGÉDIA DE MARIANA (MG): ESTUDO DO CASO À LUZ DO DIREITO AMBIENTAL

WELLINGTON CACEMIRO: Jornalista, Graduando do Curso de Direito e Pesquisador Jurídico.

RESUMO: Inegável que a temática ambiental tornou-se objeto de maior atenção pública nas últimas décadas. Desde a promulgação da Lei nº 6.938/81 (que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente), estabeleceu-se em solo pátrio novo paradigma no tratamento dispensado às questões ambientais. Foi esta, em última análise, importante marco na interpretação legislativa do assunto. Deixou-se de lado visão ancestral da tutela do meio ambiente para mera satisfação de interesses humanos com o intuito de, em sentido mais amplo, reconhecê-lo como destinatário de um direito próprio e autônomo. O presente, embasado em pesquisas bibliográfica e jurisprudencial, descortina, a partir do desastre de Mariana (MG), alguns dos principais tópicos da matéria. Pretende-se apresentar, considerados os números do acidente, cinco temas essenciais a compreensão crítica da disciplina, bem como enfatizar sua importância frente aos desafios da contemporaneidade.

Palavras-chave: Direito Ambiental; Constitucionalização; Princípios; Remédios Processuais; Tragédia de Mariana (MG).

ABSTRACT: It is undeniable that environmental issues have become the focus of public attention in recent decades. Since the enactment of Law No. 6.938 / 81 (which instituted the National Environmental Policy), a new paradigm has been established in the soil for the treatment of environmental issues. This was ultimately an important milestone in the legislative interpretation of the subject. An ancestral view of the protection of the environment was left aside for the mere satisfaction of human interests with the intention of, in a broader sense, to recognize it as the recipient of a proper and autonomous right. The present, based on bibliographical and jurisprudential research, reveals, from the disaster of Mariana (MG), some of the main topics of the subject. It is intended to present, considering the numbers of the accident, five essential subjects to the critical understanding of the discipline, as well as to emphasize its importance in face of the challenges of the contemporaneity.

Keywords: Environmental Law; Constitutionalisation; Principles; Processed Remedies; Tragedy of Mariana (MG).

SUMÁRIO: Introdução. Metodologia. 1. O direito ao meio ambiente na perspectiva constitucional. 2. Princípios do direito ambiental. 3. Remédios processuais e a intervenção do Ministério Público. 4. Crimes Ambientais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Preleciona o jurista Romeu Faria Thomé da Silva (2015, p.32) ser “inconcebível a dissociação entre a preservação do meio ambiente, o crescimento econômico e a equidade social”. Trata-se de interpretação sabidamente válida, cada vez menos refutável. Ilustra também com acurada precisão cenário desolador, nem sempre objeto da devida atenção por parte de gestores e até autoridades públicas.

Senão, veja-se exemplo que ratifica tal posicionamento. O desastre causado no final de 2015 pelo rompimento da barragem de Fundão (administrada pela Samarco), em Mariana (MG), considerado o pior acidente da mineração brasileira, afetou a vida de milhares de pessoas tanto em território mineiro, quanto capixaba – mas, tão grave quanto, causou tamanho impacto ambiental ao rio Doce que este, como calculam especialistas, pode levar décadas para se recuperar.

Houve, segundo dados divulgados à época, vazamento de 62 milhões de metros cúbicos de lama de rejeitos de minério, o que ocasionou a morte direta de 19 pessoas. Estima-se que até julho do ano passado a mineradora já havia gasto “em ações para minimizar os danos do rompimento ao menos 50 vezes o valor que havia cortado da área de segurança de seus reservatórios nos quatro anos que antecederam o desastre” (BERTONI; MARQUES, 2016).

Como consequência, nos termos do acordo preliminar assinado no início deste ano com o Ministério Público Federal (MPF), “Samarco, Vale e BHP (as duas últimas, controladoras da primeira) fornecerão garantias de

R\$ 2,2 bilhões para apoiar a compensação do desastre e os programas de apoio social e ambiental” (ROCHA, 2017).

Além disso, conforme registrado pelos jornalistas Marina Branco e Fabio Ponso (2016), a mineradora também “foi multada pelo IBAMA em R\$ 250 milhões e teve que pagar indenizações à União e aos estados de Minas Gerais e Espírito Santo”. Complementam os autores:

O acordo inicial previu ainda o pagamento de R\$1 bilhão para reparar os danos provocados à cidade de Mariana, e desde então também foram estabelecidas pela Justiça novas indenizações a outras cidades ou atividades diretamente afetadas. Por fim, a Polícia Federal indiciou a Samarco, a Vale e mais sete executivos e técnicos por crimes ambientais. (BRANCO; PONSO, 2016).

Depois de tantos números, desnecessário dizer que tamanha calamidade parece se amoldar com rara perfeição ao exposto por Silva (2015). Visualiza-se no trágico acidente aparente encadeamento lógico à premissa aludida pelo autor. Como explica este, “serão os mecanismos de incentivo, sanção e coerção do Direito que conduzirão aqueles que se utilizam dos recursos naturais a adequarem suas atividades aos padrões ambientalmente aceitáveis pela sociedade” (SILVA, 2015, p. 32).

Infelizmente, como demonstrado, isto nem sempre se dá como idealizado pela tutela protetiva. O fatídico exemplo serve, todavia, para introduzir o leitor na temática ambiental e nas normas que a fundamentam – tarefa a qual se dedicam as páginas seguintes. Passa-se, portanto, a enfrentar tal desafio.

METODOLOGIA

Dada a natureza da tragédia em estudo, bem como dos surpreendentes números que emanam do desastre, a metodologia adotada nesta produção científica obedeceu alguns passos considerados necessários para se atingir o objetivo da pesquisa exploratória.

Além do cogente levantamento bibliográfico, leitura e anotações preliminares, bem como a discussão de ideias e sistematização dessas na forma de textos, buscou-se ainda fundamentá-la na análise criteriosa de dados divulgados por fontes oficiais, em sentenças que norteiam a mais recente jurisprudência sobre o tema e, não menos importante, em informações públicas veiculadas em canais diversos, cuja credibilidade foi submetida ao escrutínio da pesquisa.

Pretende-se, por meio de releitura sistemática da doutrina pátria, evidenciar eventual necessidade de revisão dos mecanismos fiscalizadores das empresas consideradas potencialmente poluidoras, comparando informações com decisões judiciais recentes. Destarte, durante quatro semanas do mês de maio foram coletados documentos e dados diversos para subsidiar o projeto.

1. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Instituto normativo mais importante do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi responsável pelo inegável avanço no que se refere a direitos e garantias fundamentais – bem como em “relação aos direitos coletivos que passaram a fazer parte dos objetivos programáticos do Estado brasileiro pela sua inclusão no ordenamento constitucional” (MOSCA, 2012).

Cabe, no entanto, explicar “terem sido poucas as leis ambientais recepcionadas pelo texto constitucional”, conforme alude acertadamente o professor Marcelo Abelha Rodrigues (2016). Dentre estas, destaca o autor, pode-se citar a lei nº. 4.771/65 (antigo Código Florestal, posteriormente revogado e substituído pela lei nº. 12.651/2012), assim como a própria Lei nº. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), primeira norma a reconhecer o meio ambiente como objeto autônomo de tutela jurídica, merecedor de proteção legislativa “por seu valor em si mesmo, e não pela importância que representa para outros direitos” (RODRIGUES, 2016).

Fato é que com a vigente carta constitucional “o meio ambiente se consagrou definitivamente como um direito fundamental da pessoa humana

ao classificá-lo bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida” (FARIAS; COUTINHO; MELO, 2015, p. 41-42).

Para o trio de juristas deve-se admitir que “a vida é o direito do qual provém todos os direitos, e o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido pelo art. 225 da Constituição Federal como essencial à qualidade de vida” (p.42). Tem-se com o mesmo a proteção do meio ambiente como instituição de novo objetivo às funções estatais, após constitucionalização da matéria (SARAIVA, 2010). Neste sentido assevera o professor Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Ao estabelecer a existência de um bem que tem duas características específicas, a saber, ser essencial à sadia qualidade de vida e de uso comum do povo, a Constituição de 1988 formulou inovação verdadeiramente revolucionária, no sentido de criar um terceiro gênero de bem que, em face de sua natureza jurídica, não se confunde com os bens públicos e muito menos com os bens privados (FIORILLO, 2013, p.145).

Partindo, por conseguinte, de tal interpretação torna-se relativamente simples identificar a notória relevância e alcance emanados do dispositivo constitucional. Sobre sua abrangência enquanto preceito basilar para tutelar o direito ambiental, pode-se ilustrar o aludido com base em exemplo jurisprudencial abaixo retratado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98)- LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32)- MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225)- PRERROGATIVA

QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII)- DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE.

(STF - ADI: 1856 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 26 de maio de 2011. Tribunal Pleno. Data de Publicação: 14 de outubro de 2011. EMENT VOL-02607-02 PP-00275)

Em que pesem eventuais vozes dissonantes, nota-se, pela ementa reproduzida do Superior Tribunal Federal, que a jurisprudência da maior instância do poder judiciário pátrio cuida por ratificar com zelo o comando de proteção emanado da Carta Constitucional.

Feitas tais observações, em sede de comentários finais ao tópico, resta ratificar ainda posicionamento doutrinário emanado das lições do procurador Frederico Amado. Para o magistral autor “hoje, no Brasil, toda a base do direito ambiental se encontra cristalizada na Lei Maior” (AMADO, 2015, p. 7-8). Observe:

[...] competências legislativas (arts. 22, IV, XII XVI; 24, VI, VII e VIII; e 30, I e II); competências administrativas (art. 23, III, IV, VI, VII e XI); Ordem Econômica Ambiental (art. 170, VI); meio ambiente artificial (art. 182); meio ambiente cultural (arts. 215, 216 e 216-A); meio ambiente natural (art. 225); dentre

outras disposições esparsas não menos importantes, formando o denominado Direito Constitucional Ambiental. (AMADO, 2015, p. 7-8)

Natural, conseqüentemente, intuir que desastres como o de Mariana (MG), ainda que não julgados (mas já sujeitos à tutela jurisdicional justa e ao devido processo legal), são, antes de tudo, evidente afronta às normas emanadas do próprio texto constitucional.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

Um dos maiores desafios ao tratar dos princípios norteadores do Direito Ambiental é tentar ser sucinto frente a tema tão vasto. Princípios são, na melhor definição, “as regras jurídicas basilares de um sistema, que lhe apontam o rumo a ser seguido e que guiam a interpretação e aplicação das demais normas jurídicas” (CAMANHANI, 2006). São também, como assevera acertadamente Rodrigues (2016), “verdadeiras normas jurídicas, capazes de criar direitos e obrigações”.

Inequívoca, portanto, sua relevância. No tocante à matéria ambiental, contudo, válido salientar ausência de consenso na doutrina e jurisprudência quantos aos princípios gerais que o norteiam, “seja no que diz respeito ao conteúdo, ao número ou à terminologia adotada” (FARIAS; COUTINHO; MELO, 2015, p. 39).

Assim sendo, para assegurar a brevidade do presente, optou-se tão somente pela seleção dos princípios com maior respaldo constitucional e universalidade, bem como sua sucinta descrição. Nesse contexto, transcrevem-se abaixo os de maior relevo:

[...] Podemos resumir os princípios fundamentais do direito ambiental no seguinte quadro: Princípio da Ubiquidade [...] o bem ambiental não encontra qualquer fronteira, seja espacial, territorial ou mesmo temporal; Princípio da Cooperação dos Povos [...] imprescindível que se construa uma estreita relação de cooperação entre os povos; [...] Princípio do Desenvolvimento Sustentável [...] busca, para o

progresso econômico e social, que seja mais racional a utilização dos recursos ambientais, de forma a não apenas satisfazer as necessidades das gerações presentes, mas também não comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas próprias necessidades [...]; Princípio da Participação [...] constitui um dos valores fundamentais do Direito Ambiental [...] se apresenta na atualidade como uma das principais armas, talvez a mais eficiente e promissora, na luta por um ambiente ecologicamente equilibrado [...]; Princípio da Informação Ambiental [...] assegura amplo acesso à efetiva informação de tudo o que diz respeito ao meio ambiente (Arts. 5º, XIV, XXXIII, XXXIV e LXXII, 220 e 221 da CF/88); [...] Princípio da Educação Ambiental [...] a participação da sociedade só poderá ser verdadeiramente efetiva se ela possuir informação sobre os assuntos ambientais e, mais ainda, se for capaz de refletir sobre essa informação, fazendo um juízo de valor consciente para tomar uma atitude em prol do meio ambiente; Princípio do Poluidor/Usuário-Pagador [...] dado o caráter difuso e esgotável dos bens ambientais, todos que sejam responsáveis pela utilização desses bens em seu proveito (e em detrimento da sociedade) devem arcar com este déficit da coletividade (RODRIGUES, 2016)

Importa lembrar ainda que, como relaciona o mesmo autor com base na melhor doutrina, “o princípio do poluidor/usuário-pagador constitui um dos postulados fundamentais do Direito Ambiental”. Rodrigues (2016) ensina que deste emanam outros cinco subprincípios: a) Princípio da Prevenção: uma vez que se saiba que uma dada atividade apresenta riscos de dano ao meio ambiente, tal atividade não poderá ser desenvolvida; justamente porque, caso ocorra qualquer dano ambiental, sua reparação é praticamente impossível; b) Princípio da Precaução: a intenção não é apenas evitar os danos que se sabe que podem ocorrer (prevenção), mas também evitar qualquer risco de sua ocorrência (precaução); c) Princípio da Função Socioambiental da Propriedade Privada: manda que o exercício das

faculdades inerentes ao domínio se dê de modo a não prejudicar a função ecológica dos bens ambientais; d) Princípio do Usuário-Pagador: pretende-se instituir a cobrança pelo uso do bem ambiental e, com isso, estabelecer uma racionalização dos recursos naturais, já que se reconhece a sua condição de finitos e insustentáveis. A cobrança por esse uso pode ser feita por meio de preço público ou por meio de tributação; e) Princípio da Responsabilidade Ambiental: os danos ambientais são permanentes, continuativos, perpetuando-se no tempo e no espaço (a exemplo, lógico, da tragédia ocorrida no município de Mariana, cujas consequências ainda estão sendo mensuradas).

Destarte, correto afirmar que sendo os princípios ambientais espécie de alicerce ou inegável proposição elementar que serve como necessário ponto de partida para embasar o ordenamento jurídico e sua consequente interpretação jurisprudencial, impossível negligenciá-los na apreciação do caso concreto. Tratam-se, como aponta a doutrina, de enunciados tácitos ou expressos que estabelecem ligação permanente na aplicação da norma ambiental. Neste sentido, oportuno observar como se manifestam sobre o assunto tribunais de todo o país, conforme demonstrado em exemplo transcrito abaixo:

AGRAVO INTERNO - SUSPENSÃO DE LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICENÇAS AMBIENTAIS CONCEDIDAS PELO INEA - IMPLANTAÇÃO DE COMPLEXO TURÍSTICO- RESIDENCIAL EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL - SUSPENSÃO PELO MM. JUÍZO A QUO - ANÁLISE DA JURICIDADE OU ANTIJURIDICIDADE DO ATO - PROIBIÇÃO - LIMITES OBJETIVOS DO INCIDENTE - ART. 4º, CAPUT, DA LEI Nº 8.437/92 - INTERESSE PÚBLICO - INEXISTÊNCIA - EMPREENDIMENTO PARTICULAR - RISCO DE GRAVE LESÃO ÀS ORDENS PÚBLICA E ECONÔMICA - COMPROVAÇÃO - AUSÊNCIA - PRINCÍPIOS AMBIENTAIS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO. APLICAÇÃO.

(TRF-2. Processo nº: 00029762620164020000 RJ
0002976-26.2016.4.02.0000. Relator: Sergio
Schwaitzer. Data de Julgamento: 22 de setembro de
2016)

Não raro, corroborando o quanto exposto, parte considerável da jurisprudência tem comungado do entendimento ora mencionado. Aliás, cabe sobre tal importante lição extraída da obra de um dos mais respeitáveis autores brasileiros sobre a temática dos direitos difusos e coletivos. Para o advogado, procurador de Justiça aposentado e professor Édis Milaré “o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida” (MILARÉ, 2007, p. 762).

Desse modo, superada a etapa dedicada aos princípios ambientais, passa-se a apreciação de dois importantes remédios processuais destinados a assegurar a efetiva tutela ambiental, bem como do papel reservado ao Ministério Público na condição de legitimado para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

3. REMÉDIOS PROCESSUAIS E A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como bem explicam Mota, Barbosa e Mota (2011) “a ação civil pública é o típico e mais importante meio processual de defesa ambiental”. Não é o único, no entanto. Trata-se de remédio processual emanado do próprio texto constitucional.

Por força do que preconiza o art. 129, III, CF/88, é uma das funções institucionais do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Infere o professor Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 159) que “se não houvesse direito ao processo judicial ambiental, o art. 225 da CF ficaria morto, ou restaria como uma ideia digna, mas sem concretude”. Cogente lembrar que a ação civil pública foi instituída pela Lei nº. 7.347/85, diploma normativo recepcionado pela carta política brasileira.

Como assevera o autor, “o meio ambiente passou a ter no delineamento constitucional do Ministério Público um robusto suporte, confirmando a legislação infraconstitucional anterior” (MACHADO, 2013, p.162). Esse entendimento é reforçado por Rodrigues (2016), para quem “a ação civil pública constitui um dos remédios processuais mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro, no qual exerce papel que transcende qualquer função meramente jurídica”. Assim sendo, preleciona o doutrinador:

Depois da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), ganhou a força necessária para se tornar o remédio jurisdicional mais importante e eficaz na proteção do meio ambiente. A ausência de limitações quanto ao tipo de lide coletiva a ser tutelada, bem como quanto ao legitimado passivo, e, é claro, também as densas e fortes técnicas contidas na Lei n. 7.347/85 fazem desta lei mais do que “um” remédio, mas o remédio mais importante na proteção jurisdicional do meio ambiente (RODRIGUES, 2016)

Fácil compreender, portanto, sua aplicação pelo Ministério Público Federal na tragédia de Mariana (MG). Como informado à época por Pimentel (2016), “a ação civil (movida pelo MP), resultado de seis meses de investigação, teve 359 páginas e apresentou mais de 200 pedidos que buscam a reparação integral dos danos sociais, econômicos e ambientais causados pelo rompimento da barragem”.

Neste sentido observe como se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em agosto de 2016 ao ser questionado em ação que contestava conflito de competência no caso citado:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE
COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
AFORADAS NO JUÍZO ESTADUAL E NA JUSTIÇA
FEDERAL DE GOVERNADOR VALADARES/MG.
ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNÇÃO EM
MARIANA/MG. FORNECIMENTO DE ÁGUA

POTÁVEL. DANOS SOCIOAMBIENTAIS. RIO DOCE. BEM PÚBLICO PERTENCENTE À UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SITUAÇÃO DE MULTICONFLITUOSIDADE. IMPACTOS REGIONAIS E NACIONAL. CONEXÃO ENTRE AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS OBJETO DO CONFLITO E OUTRAS QUE TRAMITAM NA 12ª VARA FEDERAL DE BELO HORIZONTE/MG. PREVENÇÃO. APLICAÇÃO DA REGRA ESTABELECIDADA NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

(STJ. Conflito de Competência. Processo nº. 144922 MG 2015/0327858-8. Relator (a): Ministra Diva Malerbi (desembargadora convocada TRF 3ª Região). Data de Julgamento: 22 de junho de 2016. Data de Publicação: DJe 09 de agosto de 2016)

No mais, feita a análise da ação civil pública, resta explicar que outro notório remédio processual para defesa do meio ambiente encontra-se na ação popular. Esta, consoante ao disposto no art. 5º, LXXIII, da Lei Maior brasileira, objetiva anular “ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. Sobre a mesma também assevera acertadamente Rodrigues:

[...] a ação popular constitucional permite que qualquer cidadão tome a iniciativa de proteger jurisdicionalmente certos interesses difusos. Isso torna a ação popular um remédio extremamente democrático, que permite uma participação direta do cidadão na proteção do patrimônio ambiental. Entretanto, o que torna este remédio tímido e acanhado do ponto de vista jurídico, é o fato de que ele se limita a anular atos lesivos emanados do Poder Público. Há, portanto, forte restrição em relação ao pedido (apenas de anulação) e ao polo passivo da

demanda (apenas o Poder Público) (RODRIGUES, 2016)

Finalmente, em sede de conclusão do capítulo, cabe resumir com base no exposto que compete ao Ministério Público (MP) a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Sua legitimidade emana do preceito constitucional estabelecido no art. 129, III.

Neste sentido, alude Rodrigues (2016), o dispositivo supracitado “conferiu ao MP o dever de zelar pela proteção do meio ambiente”. O autor adverte que, como demonstrado, a norma constitucional fixou como remédio adequado a ação civil pública, cujo procedimento e normatização encontram-se insertos na citada Lei nº. 7.347/85.

4. CRIMES AMBIENTAIS

Repousa sobre a Lei nº. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), a tarefa de dispor sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Sob esta ótica, pode-se argumentar que a norma compõe o que deve ser descrito como arcabouço jurídico essencial à proteção do meio ambiente, considerada em conjunto com outras, como a Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) e a Lei nº. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

Esta, por sinal, como aduz Fiorillo (2013), “veio punir penalmente os infratores responsáveis, entre outros delitos, pelo crime de poluição, bem como pelos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural”.

Cabe também cogente apontamento ao fato de que, como rememora Rodrigues (2016), antes da vigência do diploma em estudo, explícita a necessidade de legislação destinada a cuidar, de forma mais detalhada, da tutela penal e administrativa do meio ambiente, para assim completar o sistema básico do direito ambiental brasileiro.

Neste sentido, destaca-se posicionamento jurisprudencial que reforça o papel imprescindível da Lei de Crimes Ambientais em episódios como a tragédia de Mariana.

EMENTA Habeas corpus. Processual penal. Crime contra o meio ambiente. Impedir ou dificultar a regeneração natural da vegetação (art. 48 da Lei nº 9.605/98). Pedido de trancamento da ação penal. Alegações de inépcia da denúncia, atipicidade do fato e falta de justa causa. Não ocorrência. Ordem denegada. 1. É firme a jurisprudência consagrada por esta Corte no sentido de que a concessão de habeas corpus com a finalidade de trancamento de ação penal em curso só é possível em situações excepcionais, quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, o que não se vislumbra neste writ. Precedentes. 2. A denúncia, embora não expondo data precisa em que se teria consumado a infração ambiental, que é de cunho permanente, foi capaz de situá-la em período certo e determinado, com a possibilidade de estabelecer-se, para fins de aferição de alegada causa extintiva da punibilidade do agente, como último marco consumativo, data em que pericialmente atestada a permanência da infração. Prescrição não verificada. 3. Preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, a análise das demais questões postas na impetração, para seu correto equacionamento, demanda regular dilação probatória, escapando, portanto, da possibilidade de análise mais aprofundada dos fatos, máxime quando se considera o viés estreito do writ constitucional. Constrangimento ilegal inexistente. 4. Ordem denegada.

(STF - HC: 107412 SP, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 08/05/2012,

Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-100
DIVULG 22-05-2012 PUBLIC 23-05-2012)

Deste modo, importante observar que a decisão proferida pelo Supremo descortina, ainda que de forma implícita, inequívoca validação ao mencionado no tocante ao valor do diploma normativo dos crimes ambientais e sua patente aplicabilidade no caso da Samarco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para além de eventuais controvérsias torna-se imprescindível, a propósito do objeto central deste ensaio, retomar a discussão trazida à pauta no início, agora em oportuno comentário final. Primeiro resta evidente tratar-se de matéria relativamente nova a constitucionalização do meio ambiente em solo pátrio. Na verdade, inegável o mérito do constituinte originário ao estabelecer no texto normativo da Lei Básica notória consagração do mesmo; preceito que, como demonstrado ao longo do texto, propaga-se por todo o arcabouço normativo do sistema jurídico nacional.

Tem-se, na tutela emanada da Carta Magna, direito fundamental, o que, como ressaltado em momento anterior, implica reconhecer evidente afronta à norma o descaso da Samarco Mineração com investimentos na segurança dos seus reservatórios, em especial o da cidade mineira de Mariana.

Também é possível reafirmar que pelo Princípio do Poluidor/Usuário-Pagador e, em especial, o Princípio da Responsabilidade Ambiental, reconhece-se que os danos ambientais ocasionados pelo desastre são de efeitos permanentes, continuativos, perpetuando-se no tempo e no espaço; o que valida e enaltece o rápido posicionamento do Ministério Público Federal frente às inegáveis consequências de um dos mais graves acidentes ambientais da história da mineração brasileira.

Por fim, ao esboçar breves considerações sobre o Direito Ambiental, relacionando-o com os números emanados da tragédia, o objetivo do artigo hora exposto foi convidar o leitor à reflexão sobre a necessidade de maior debate sobre o tema e eventual revisão dos mecanismos fiscalizadores.

A existência de normatização não representa por si só, como se viu ao longo do texto, solução definitiva para evitar acontecimentos trágicos como o citado. Não é difícil supor, partindo desse encadeamento lógico, ser necessário maior investimento em iniciativas que aumentem a fiscalização, bem como nas que tornem mais amplo o acesso a fontes de pesquisa e estudo no campo da matéria.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Resumo direito ambiental: esquematizado*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em . Acesso em 21 mai. 2017.

_____. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 07 jun. 2017.

_____. *Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965*. Institui o novo Código Florestal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771.htm>. Acesso em 07 jun. 2017.

_____. *Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em 07 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Processo nº: ADI 1856 RJ. Relator: Min. Celso de

Mello. Data de Julgamento: 26 de maio de 2011. Tribunal Pleno. Data de Publicação: 14 de outubro de 2011. Disponível em: . Acesso em 20 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Processo nº: HC 107412 SP. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 8 de maio de 2012. Primeira Turma. Data de Publicação: 23 de maio de 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21778929/habeas-corpus-hc-107412-sp-stf>>. Acesso em 10 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência. Processo nº 144.922 MG 2015/0327858-8. Relator: Ministra Diva Malerbi (desembargadora convocada TRF 3ª Região). Data de Julgamento: 22 de junho de 2016, S1 - primeira seção. Data de publicação: 09 de agosto de 2016. Disponível em: . Acesso em 23 mai. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo interno. Processo nº: SL 00029762620164020000 RJ 0002976-26.2016.4.02.0000. Relator: Sergio Schwaitzer. Data de Julgamento: 22 de Setembro de 2016. Disponível em: . Acesso em 23 mai. 2017.

BERTONI, Estevão; MARQUES, José. *Tragédia de Mariana já custou R\$ 655 milhões para mineradora Samarco*. Disponível em: . Acesso em: 10 mai. 2017.

BRANCO, Marina; PONSÓ, Fábio. *Maior desastre ambiental do Brasil, Tragédia de Mariana deixou 19 mortos*. Disponível em: . Acesso em: 10 mai. 2017.

CAMANHANI, José Augusto Adami. *Princípios Ambientais*. Disponível em: . Acesso em: 10 mai. 2017.

FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega; MELO, Geórgia Karênia R. M. M. *Direito Ambiental*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. rev., atual., e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOSCA, Elisabete Xavier de Albuquerque. *A importância da Constituição de 1988 para a efetivação de direitos*. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-6-ano-2/a-importancia-da-constituicao-de-1988-para-a-efetivacao-de-direitos>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

MOTA, Tércio de Sousa; BARBOSA, Erivaldo Moreira; MOTA, Gabriela Brasileiro Campos. *Ação civil pública como instrumento de proteção do meio ambiente*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: . Acesso em: 10 mai. 2017.

PIMENTEL, Thaís. *MPF pede R\$ 155 bilhões em ação civil contra Samarco, Vale e BHP*. Disponível em: < <http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/05/mpf-pede-r-155-bilhoes-em-acao-civil-contrasamarco-vale-e-bhp.html>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

ROCHA, Rodrigo. *Vale, BHP e Samarco fecham acordo com Ministério Público Federal*. Disponível em: < <http://www.valor.com.br/empresas/4841442/vale-bhp-e-samarco-fecham-acordo-com-ministerio-publico-federal>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado / Marcelo Abelha Rodrigues; coordenação Pedro Lenza*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

SARAIVA, Bruno Cozza. *Breves comentários em prol do direito ambiental na perspectiva constitucional*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: . Acesso em: 10 mai. 2017.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. *Manual de direito ambiental*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2015.

O PAPEL DO JUIZ À LUZ DO MODELO CONSTITUCIONAL DO NOVO PROCESSO CIVIL

THOMAS UBIRAJARA CALDAS DE ARRUDA: Advogado. Assistente Jurídico da Defensoria Pública de Segunda Instância do Estado de Mato Grosso, Membro das Comissões de Direito Civil e Processo Civil, dos Juizados Especiais e do Jovem Advogado da OAB/MT, Pós-graduando em Direito Civil Contemporâneo pela UFMT e Pós-graduando em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes/RJ

Muito se fala das diversas nuances apresentadas pelo Código de Processo Civil de 2015 no que se refere à atuação das partes e do juiz como elementos de um processo participativo e colaborativo. O modelo constitucional do processo[1], enunciado no artigo inaugural do código e reiterado nas normas seguintes, expressa o desejo do legislador no alinhamento invariável da lei processual com a Constituição Federal[2].

No que tange aos deveres do juiz, o capítulo que trata das normas fundamentais do processo civil enumera padrões de comportamento que deverão ser necessariamente observados pelo magistrado na condução do processo. A promoção dos métodos de solução consensual de conflitos, a boa-fé objetiva, a cooperação, o zelo pelo efetivo contraditório e o dever de fundamentação das decisões judiciais são algumas das pilstras principiológicas do novo sistema.

Dentre os axiomas constantemente abordados pela doutrina, o “princípio da cooperação” se revela como uma das figuras mais inteligíveis do CPC/2015 e encontra-se textualizado no artigo 6º, o qual afirma que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Percebe-se que, ao utilizar o termo “todos os sujeitos do processo”, o legislador promove o juiz de gerenciador do feito e mero fiscal de regras à condição de agente colaborador[3], sujeito imprescindível para o alcance de uma decisão justa e efetiva, da mesma forma como faz no

artigo precedente (art. 5º) quando disciplina: “aquele que de qualquer forma participa do processo”.

Do conceito de colaboração desdobram-se os deveres anexos de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio, os quais permeiam toda a atividade jurisdicional e são incansavelmente rememorados por processualistas de todo o país, não sem razão, considerando a resistência de grande parte dos juízes em prestigiar a sistemática do “modelo processual cooperativo”^[4].

O dever de esclarecimento está ligado a ideia de que o juiz deve sempre buscar explicações quando estiver diante de dúvidas referentes às manifestações, pedidos e/ou condutas praticadas pelas partes. É de extrema relevância que o julgador solicite esclarecimentos nesses casos, pois além de arrecadar maiores subsídios para decidir, prevenirá o juízo de eventuais equívocos e nulidades processuais. Pode ser compreendido também como uma espécie de “embargos de declaração às avessas”^[5]. Um exemplo clássico é quando o juiz solicita informações complementares em relação a algum documento acostado aos autos.

Cabe ao juiz, igualmente, consultar a parte sobre determinada questão antes de se pronunciar a respeito, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Este dever de consulta decorre do princípio da vedação de decisão surpresa, cravejado no art. 10 do CPC/2015^[6]. Ocorre, por exemplo, quando a parte é intimada para se manifestar acerca de aparente prescrição. Ouvir a parte nesta situação é crucial, pois será o momento oportuno para trazer ao conhecimento do magistrado a ocorrência de hipótese suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional.

É dever do juízo, ainda, advertir as partes quanto às incorreções decorrentes da prática dos atos processuais, como forma de sanar vícios e deficiências e alcançar a tutela do direito material. O dever de prevenção traduz de maneira fiel o primado pelo julgamento do mérito e pode ser observada na decisão que determina a emenda da petição inicial e também no despacho que permite a correção de vício recursal ou

complementação de documento exigível por lei (art. 932, parágrafo único do CPC/2015[7]).

Outro aspecto do princípio da cooperação reside no dever de “auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”[8]. O dever de auxílio está intimamente ligado ao dever de prevenção, pois refere-se à indicação clara do vício a ser corrigido pela parte naquele momento processual. As duas figuras são perceptíveis nas seguintes situações, dentre várias outras: a) quando o juiz intima a parte para emendar a inicial e indica com precisão o que deve ser corrigido ou completado (art. 321[9]); b) quando determina a comprovação dos pressupostos para concessão da gratuidade da justiça e indica o documento hábil a demonstrar a insuficiência de recursos, p. ex. CTPS, declaração de imposto de renda, etc.

Daí, a compreensão que se extrai é que não deve haver apenas aproximação, mas a cooperação entre juiz e partes e ampla participação destas últimas ao longo de toda a jornada processual[10]. Se trata, em essência, da operacionalização do próprio contraditório. Nas palavras do eminente professor Cassio Scarpinella Bueno, “contraditório deve ser entendido como possibilidade de participação e colaboração ou cooperação ampla de todos os sujeitos processuais ao longo de todo o processo” [11].

A tarefa do juiz na direção material do processo é focalizar os poderes que lhes foram outorgados pelo legislador à concretização do dever de prestar, em tempo razoável, a solução justa e efetiva da lide, sem descurar das demais garantias processuais. Remetendo mais uma vez aos ensinamentos do professor Scarpinella Bueno, é preciso compreender que o dito “poder” do juiz não existe (e nem deve existir) de maneira isolada. Deve ser visto como “(...) meio diretamente proporcional e exato para atingimento do dever”[12]. Na processualística civil atual isso ficou bem mais claro, especialmente com o advento do contraditório substancial – e decorrente vedação de decisão surpresa - e o dever de fundamentação analítica da decisão judicial, nos moldes do art. 489, § 1º, do CPC.

Há diversos dispositivos que tratam do poder de gestão material e formal do processo estrategicamente espalhados no código, dentre os quais, o artigo 191 (permite a elaboração de um calendário processual entre juiz e partes); artigo 322, § 2º (permite ao juiz interpretar o pedido conforme o conjunto da postulação, observando o princípio da boa-fé); artigo 352 (permite ao juiz determinar a correção das alegações do réu); artigo 373, § 1º (permite ao juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso); e artigo 370 (permite ao juiz de ofício determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito).

Entretanto, os deveres-poderes e responsabilidades do juiz - mais específicos - estão previstos no art. 139 do CPC, sendo que as novidades mercedoras de atenção referem-se a incumbência de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (inciso IV), de “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (inciso VI), de “exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais” (inciso VII) e de “determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais” (inciso IX).

Particularmente, o que mais agrada nesse rol é a reafirmação do princípio da primazia do julgamento de mérito, constante no inciso IX, um sopapo contundente na jurisprudência defensiva. A interpretação que se extrai da norma, digna de aplausos e elogios, é que prevalecerá a busca pela solução integral do mérito, ou seja, os vícios de caráter meramente formal não impedirão o prosseguimento do processo, devendo o juiz criar condições que proporcionem a sua correção, sempre que possível. Nos dizeres de Alexandre Freitas Câmara, “tem-se, aí, a previsão de um poder capaz de viabilizar o cumprimento do dever que tem o juiz de cooperar com as partes para a sanação de vícios processuais que pudessem ser obstáculos à resolução do mérito ou à consecução da atividade satisfativa do direito”^[13].

Mas, em se tratando de poderes do juiz, a discussão que impera na doutrina e é tema recorrente nos congressos que discutem o novo código, gira em torno da previsão do poder de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Havia algo parecido no CPC/73, mais precisamente no §5º do art. 461, o qual permitia ao magistrado se valer das medidas necessárias (meios atípicos) para assegurar o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, ora repisadas no art. 536, caput e §1º do CPC/2015[14].

A boa nova é que agora é expressamente permitida a utilização dos meios executivos atípicos para garantir também o cumprimento de decisões judiciais que imponham obrigações pecuniárias, a conhecida obrigação de pagar quantia certa. De maneira elucidativa, Alexandre Câmara concebeu alguns exemplos interessantes: “pense-se em uma pessoa jurídica que, não tendo cumprido decisão judicial que reconheceu uma obrigação pecuniária, seja proibida de participar de licitações até que a dívida esteja quitada. Ou no caso de alguém que, tendo sido condenado a pagar uma indenização por danos resultantes de um acidente de trânsito, seja proibido de conduzir veículos automotores até que pague sua dívida”[15].

Dentro de um turbilhão de vozes favoráveis e contrárias às medidas executivas atípicas, é alto o grito de que são elas subsidiárias e excepcionais. Ao que parece, as vias atípicas devem ser precedidas do esgotamento dos meios típicos e ordinários, observando-se a possibilidade concreta de cumprimento da obrigação. Evita-se, assim, constrangimento desnecessário decorrente da aplicação de medidas indutivas/coercitivas que não surtirão os efeitos desejados.

A dita cláusula geral de efetivação da tutela não pode ser vista como uma “carta branca para o arbítrio”, fruto de voluntarismos e criatividade intransigente dos juizes[16]. Há limites na atuação do juiz enquanto condutor do processo e a grande maioria deles decorrem do próprio sentido contido nas normas principiológicas do diploma processual, que

expressam, em verdade - e tautologicamente -, garantias constitucionalmente asseguradas.

É preciso agir com prudência e sopeso para que o processo não se transforme em uma arena de arbitrariedades hermenêuticas e restrição de direitos fundamentais, afinal os hospitais são construídos para os doentes, não para os médicos, certo?[17]

A sapiência do Tio Ben quando orientou Peter Parker[18] acerca de suas responsabilidades, pode ser perfeitamente utilizada para descrever a intenção do legislador ao ampliar sobremaneira os poderes do juiz no novo CPC, como se quisesse dizer: “neste código, dou-lhes grandes poderes, mas também imponho-lhes grandes responsabilidades”. Essas obrigações não estão ligadas somente aos deveres expressamente dispostos em capítulo específico, mas primordialmente à observância dos preceitos fundamentais que norteiam todo o sistema processual civil, dentre eles a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade e a proporcionalidade (art. 8º, CPC).

Ante as considerações acima, é possível afirmar que o CPC/2015 ampliou os “poderes” do juiz, conferindo-lhe maior autonomia na direção do processo, com possibilidade, inclusive, de adotar medidas executivas atípicas para assegurar o cumprimento da decisão judicial, ao passo em que, proporcionalmente, disciplinou os deveres e limites a serem observados pelos magistrados e alavancou garantias instrumentais suficientes para a harmonização, desenvolvimento e alcance da finalidade do processo, que é a efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional.

Referências Bibliográficas

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256/2016. 2ª ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo CPC ampliou sobremaneira os poderes do juiz. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/06/27/novo-cpc-ampliou-sobremaneira-os-poderes-do-juiz/>.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo: RePro, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/80945>.

DONIZETTI, Elpídio. Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC. Disponível em: <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. 5ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado artigo por artigo. 2ª ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017.

STRECK, Lênio Luz; NUNES, Dierle. Como interpretar o art. 139, IV do CPC? Carta branca para o arbítrio?. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>.

NOTAS:

[1] A “Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil” explica que a expressão “constitucionalização do processo” é inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni (Turim, Giapicchelli, 1990).

[2] “Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições contidas neste código.”

[3] DONIZETTI, Elpídio. Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC. Disponível em:

<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>.

[4] “Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não como um mero espectador do duelo das partes”. (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo: RePro, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/80945>)

[5] DONIZETTI, Elpídio. Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC. Disponível em: <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>.

[6] “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum 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.”

[7] “Art. 932. p. Único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível.”

[8] DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 132.

[9] “Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.”

[10] MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. 5ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 257.

[11] BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256/2016. 2ª ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016. p. 46.

[12] O professor Cassio afirma que “não há 'poderes' no CPC de 2015 para ninguém, nem mesmo para os membros da magistratura. O que há, inclusive no art.139 agora em foco, é um rol de deveres a serem atingidos ao longo do processo pelos magistrados. Para o atingimento de tais deveres, pode ser que seja necessário – e na extaa medida de sua necessidade – o uso de

algum correlato poder, para firmar o magistrado como autoridade e, mais amplamente, para lembrar a todos os caracteres da jurisdição, notadamente a sua imperatividade e a sua substitutividade” (Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256/2016. 2ª ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016. p. 183.)

[13] CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo CPC ampliou sobremaneira os poderes do juiz. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/06/27/novo-cpc-ampliou-sobremaneira-os-poderes-do-juiz/>

[14] “A consagração legal do princípio da atipicidade dos meios executivos não é novidade no sistema, já que no CPC/73 o art. 461, §5º, antes de iniciar a enumeração de diferentes meios de execução – tanto de execução indireta como de sub-rogação -, se valia da expressão 'tais como', em nítida demonstração do caráter exemplificativo do rol legal” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado artigo por artigo. 2ª ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. p. 251).

[15] CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo CPC ampliou sobremaneira os poderes do juiz. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/06/27/novo-cpc-ampliou-sobremaneira-os-poderes-do-juiz/>

[16] STRECK, Lênio Luz; NUNES, Dierle. Como interpretar o art. 139, IV do CPC? Carta branca para o arbítrio?. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>.

[17] Interessante referência feita por Alexandre Freitas Câmara ao jurista italiano Franco Cipriani, que ao criticar o código italiano disse: “é come se gli ospedali, anziché essere costruiti per gli ammalati, fossero costruiti per i medici” - Tradução: “é como se os hospitais, em vez de serem construídos para os doentes, fossem construídos para os médicos”. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/06/27/novo-cpc-ampliou-sobremaneira-os-poderes-do-juiz/>.

[18] Referência à célebre frase: “com grandes poderes, vêm grandes responsabilidades”, do personagem Benjamim Parker, Tio do Peter Parker, da série Homem-Aranha, da Marvel Comics.

OS IMPACTOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

ILLA KARLA RAMOS ARAUJO:
Advogada.

RESUMO: Como as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 minimizam a adoção da jurisprudência defensiva adotada principalmente pelos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Jurisprudência defensiva. Inovações do Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2.O impacto das inovações no Código de Processo Civil de 2015 na jurisprudência defensiva. 3 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da jurisprudência defensiva consiste em certos posicionamentos utilizados pelos Tribunais, especialmente os superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), muitas vezes sem justificativa legal, com o intuito de obstaculizar o exame do mérito dos recursos. Assim, diz o ex-presidente do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros:

Para fugir do "aviltante destino" de transformar-se em terceira instância, o STJ adotou a "jurisprudência defensiva, consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos".^[1]

Deste modo, trata-se da postura baseada na rigidez excessiva em relação aos requisitos de admissibilidade recursal, utilizada veementemente pelos Tribunais cujo principal objetivo é diminuir o enorme volume de processos, especialmente recursos interpostos pela população brasileira. Neste diapasão, cito a resposta do ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto:

Ela se faz necessária para viabilizar o próprio funcionamento racional da casa. Para não atulhar

incontrolavelmente os nossos gabinetes e não nos matar de tanto trabalho. São tantas as ações que nos chegam para julgamento que eu tenho rogado ao bom Deus todos os dias: “Senhor, não nos deixeis cair em tanta ação!”.^[2]

Tal instituto apelidado de “filtros”, “tapumes” e “barreiras”, vem sendo largamente criticado pela melhor doutrina pelo fato de não encontrar amparo legal. Além de que, ao dificultar o conhecimento do recurso, resulta na extrema valorização do formalismo processual em ao invés de valorizar o direito material pelo qual a parte busca tutela sendo que, válido frisar, é o que deve ser objeto de maior relevância a ser observado pelo julgador.

2 O IMPACTO DAS INOVAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

O direito processual deve ser visto como um instrumento, um meio, cuja finalidade - e a qual merece o maior enfoque - é a solução integral do mérito invocado pela parte. O que deve ser buscado não é o proferimento de uma sentença, apenas. Mas o proferimento de uma sentença satisfativa, efetiva do direito material sob qual demanda a parte. O que merece destaque é a efetividade do processo.

É neste sentido que o Código de Processo Civil de 2015, nos traz dispositivos pelos quais possuem o intuito de aniquilar ou ao menos diminuir a adoção dessa postura adotada pelos julgadores, uma vez que tais exigências são consideradas ilegítimas, ou mais precisamente, configuram óbices ilegítimos ao acesso à justiça.

Tal como assevera o artigo 4 da lei 13.105/2015, as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Este artigo refere-se ao princípio da primazia de mérito que materializa a ideia de que o juiz deve evitar ao máximo proferir uma sentença terminativa e se esforçar para que seja proferido um julgamento de mérito. Proferir um julgamento de mérito será sempre preferível do que a extinção do processo sem o seu julgamento motivado por vícios formais.

Assim, a concretização do princípio ora supracitado e conseqüentemente o enfraquecimento da chamada jurisprudência defensiva, se faz presente em diversos dispositivos do Novo Código de Processo Civil, como veremos a seguir.

Tais restrições nas quais impedem a análise do mérito se faz presente de inúmeras formas, tais como: quando não conhecido o recurso pelo fato de mostrar-se ilegível o carimbo do protocolo sobre a data de apresentação deste; da não juntada de certidão que comprova o encerramento do expediente forense no momento da propositura ou prova de que não houve expediente no último dia do prazo; da falta do número do processo na guia de recolhimento; do recolhimento tempestivo, porém a sua juntada feita posteriormente aos autos; da impossibilidade de pagamento eletrônico da guia; da deserção por valores ínfimos (existem casos de deserção sobre a diferença de R\$ 0,01); da exigência de cópias e certidões não exigidas na lei; ou quando nega-se o seu seguimento porque as razões não estão assinadas.

Outra restrição extremamente utilizada era a aplicação do enunciado de súmula de número 115 do Superior Tribunal de Justiça que considera inexistente o recurso interposto por advogado sem procuração no processo, na instância especial. A referida súmula fora editada em função do artigo 37 do Código de Processo Civil de 1973 que dizia que sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Porém, com a entrada em vigor do novo Código de Processo civil, tal entendimento não deve prosperar.

Isto porque, sustenta o artigo 76 da nova legislação (Lei 13.105/2015) que quando há incapacidade processual ou irregularidade da representação da parte, o juiz deve suspender o processo e fixar prazo razoável para a correção do problema. E só então, depois de descumprida a determinação do magistrado, caso o processo esteja na instância originária, o processo deverá ser extinto, se a providência couber ao autor ou ser o réu considerado revel, se a providência lhe couber. Já em relação ao terceiro, este será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre.

Veja como o dispositivo mencionado flexibiliza a análise de um formalismo processual com intuito de garantir a análise de mérito perquirido gerando, assim, uma maior efetividade da justiça que, diga-se de passagem, é um dos maiores objetivos da nova legislação processual, assim como a celeridade na tramitação de demandas.

Verifica-se também a jurisprudência defensiva quando há o não conhecimento de recursos de agravo de instrumento por ausência de documentos considerados pelo relator como necessários para o julgamento da lide. Mais um entendimento que foi rechaçado, uma vez que nos termos do artigo 1017 § 3º, na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único, CPC/15. Este por sua vez nos traz que antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

O referido dispositivo materializa o princípio da primazia do mérito recursal, pois o abandono do mérito recursal deve ser excepcional para os casos em que o vício formal não tenha como ser corrigido. Além de estabelecer o dever de prevenção do juízo presente no princípio da cooperação (artigo 6, CPC/15) pelo qual cabe ao julgador apontar de forma precisa qual vício deverá ser sanado.

Outro grande exemplo, é o da intempestividade *ante tempus*, leia-se, quando o recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida era considerado intempestivo; denominado de ato prematuro. Este entendimento encontra-se superado em virtude do dispositivo 218, § 4º, do CPC/15, que passa a considerar tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

Neste diapasão, segundo o mestre e doutor em direito processual civil, Daniel Amorim Assunção Neves:

A tese afirma que o ato processual intempestivo é aquele interposto fora do prazo, o que pode ocorrer depois de finda, ou antes, de iniciada a sua contagem. Com esse raciocínio tem-se por intempestivo o ato

processual interposto antes da intimação das partes, considerado que o termo inicial para a contagem do prazo ainda não se verificou. E ainda mais extravagante, trata-se de uma intempestividade sanável, porque se a parte que praticou o ato prematuramente o reiterar após sua intimação, o ato processual será tempestivo. O entendimento é lamentável, porque conspira claramente contra os princípios da duração razoável do processo e da cooperação. Apesar de recentemente o STF ter superado a tese do recurso prematuro intempestivo, a tendência de nossos tribunais na vigência do CPC/73 era sua aplicação, em mais um triste capítulo do fenômeno conhecido por “jurisprudência defensiva”.^[3]

Havia ainda a necessidade de ratificar recurso antes interposto, se a outra parte opôs embargos declaratórios. Inclusive o referido entendimento foi consubstanciado no enunciado de súmula de número 418 do Superior Tribunal de Justiça que diz: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

Esta súmula fora cancelada pelo STJ em virtude de ter se tornado inconciliável com a nova sistemática processual trazida pelo novo código. Isto porque, além de divergir do já citado artigo 218, § 4º, divergia também do artigo 1024, § 5º, da referida legislação, que afirma que se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

Ademais, para não restar dúvida acerca da mudança de entendimento, foi editada a súmula 579 do STJ, que assevera não ser necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração quando inalterado o julgamento anterior. A bem da verdade, se a decisão pela qual a parte recorreu permanecera idêntica, não faria sentido

pensar que a parte tivesse perdido o interesse no julgamento do recurso interposto, não se fazendo necessário uma ratificação posterior.

Neste sentido, é indiscutível a permanência do interesse de modo que, restou sem razão a aplicação deste entendimento. Esta é mais uma vertente da jurisprudência defensiva adotada por parte do STJ que mais uma vez foi mitigada com o advento do Código de Processo Civil, de 2015.

Com vistas a privilegiar a análise do direito material ao invés do formalismo processual e concretizar o princípio da instrumentalidade das formas, além dos outros já supramencionados, o artigo 938, § 1º, CPC/15, ao mencionar que uma vez constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício pelo relator, este determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes. Arremata ainda dizendo, em seu § 2º, que cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

O artigo 1007, também visando o aproveitamento útil do processo, trouxe grandes inovações no combate à jurisprudência defensiva, tendo em vista que traz novo regramento contra situação bastante corriqueira na prática processual: rejeição de recursos interpostos sem a devida comprovação de recolhimento de preparo ou que continham um certo equívoco no preenchimento da guia de custas.

Pois bem, o referido artigo em seu § 4º, prevê que o recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção. É vedada, entretanto, a sua complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, nesta hipótese de recolhimento. Já o § 7º, deste mesmo artigo 1007, contempla que o equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias.

Assim, o enunciado sumular 187 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual considera deserto o recurso interposto para este tribunal quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos, não mais coaduna com o novo sistema processual brasileiro.

Ao trazer o regramento dos recursos remetidos aos Tribunais Superiores, dispõe o artigo 1029, § 3º, CPC/15, que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave. Frise-se que ao contrário dos outros artigos que preveem a correção de vício, este inova totalmente ao prever a desconsideração do vício pelo tribunal. Demonstra praticamente um apelo do legislador pela análise de mérito em detrimento da análise da existência de vícios formais em eventual recurso interposto.

Por fim, poderá haver a conversão de recurso especial em extraordinário, todas as vezes que o recurso especial versar sobre questão constitucional. Neste caso, ao invés de desconsiderá-lo e não admiti-lo, deverá conceder prazo de 15 dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral, se manifestando sobre a questão constitucional. É o que dispõe o artigo 1032 do CPC/15.

Do mesmo modo, na hipótese em que o Superior Tribunal Federal entenda que a ofensa à Constituição tenha se dado de forma reflexa, ou seja, que o recurso interposto como extraordinário, na verdade, deveria ser especial, o referido Tribunal deverá remeter o recurso ao Superior Tribunal de Justiça, em legítima aplicação do princípio da fugibilidade recursal (art. 1033, CPC/15). Ambos os dispositivos também inovam contrapondo-se à jurisprudência defensiva consolidada do STF e do STJ em não reconhecer a conversão de tais institutos.

3 CONCLUSÃO

Em face do exposto, com o novo sistema processual trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, é possível observar que a visão do processo como um fim em si mesmo, bem como a política judiciária restritiva

marcada pelo fenômeno da jurisprudência defensiva é antiquada, desatualizada, obsoleta, devendo ser afastada.

O direito moderno processual dar à luz a um processo de matriz constitucional marcado pela promoção de uma gama de direitos constitucionais, como o da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário no que concerne a lesões ou *ameaças de lesões* a direitos (art. 5º, XXXV), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), em que o direito dos jurisdicionados e o amplo acesso aos órgãos jurisdicionais é o que merece uma maior importância no deslinde do feito.

Afinal, tal como assevera o artigo 1, do CPC/15: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Mauricio. Entrevista: ministro Carlos Ayres Britto. Judiciário não governa ele governa quem governa. **Conjur**. Disponível em: . Acesso em: 16 abr.2017.

CHAVES, Luís Cláudio da Silva. O advento do novo CPC e o fim da era da jurisprudência defensiva. 25 mai.2016. **Domtotal.com**. Disponível em: <<http://domtotal.com/artigo.php?artId=5948>>. Acesso em: 12 jul.2017.

DOMINGUES, Diego Sígoli. Novo Código de Processo Civil: fim da jurisprudência defensiva? 08 jun.2016. **Direito NET**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9800/Novo-Codigo-de-Processo-Civil-fim-da-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 12 jul.2017.

FREITAS, Theonio. O novo CPC e a jurisprudência defensiva. abr.2015. **Jus.com**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38552/o-novo-cpc-e-a-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 12 jul.2017.

HUMBERTO BARROS assume presidência do STJ. **Correio do Estado**. Disponível em: . Acesso em: 16 abr.2017.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de *et al.* Ajuste e Aperfeiçoamento - A jurisprudência defensiva ainda pulsa no novo CPC. 6 de setembro de 2013, 7h11. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-06/jurisprudencia-defensiva-ainda-pulsa-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 12 jul.2017.

NOTAS:

[1] HUMBERTO BARROS assume presidência do STJ. **Correio do Estado**. Disponível em: . Acesso em: 16 abr.2017.

[2] CARDOSO, Mauricio. Entrevista: ministro Carlos Ayres Britto. Judiciário não governa ele governa quem governa. **Conjur**. Disponível em: . Acesso em: 16 abr.2017.

[3] NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 358 e 359.

ABATE-TETO

MARCO AURÉLIO ROSA DE DEUS:
Formado na AUDF. Advogado da União.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo debater a incidência do abate-teto no serviço público, levando em consideração previsão Constitucional, entendimento do Supremo Tribunal Federal e doutrina.

Palavras chave: abate-teto, exceções, vencimentos, subsídios.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Regra do teto constitucional. 3. Sistemas remuneratórios: subsídios e remuneração. 4. Exceção ao teto. 5. Abate-teto. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

1) INTRODUÇÃO

O Abate-teto é um instituto utilizado Lei 8.852, de 4 de fevereiro 1994, para cortar os supersalários e as aposentadorias dos servidores que excedam o teto do valor estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41/2003.

2) REGRA DO TETO CONSTITUCIONAL

A regra do teto remuneratório é a que consta do art. 37, XI, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 41 de 2003, que assim dispõe:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de

qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Em seu manual de Direito Administrativo, Carvalho Filho, pontua que:

A regra do teto remuneratório é a que consta do art. 37, XI, da CF, com redação da EC nº 41/2003. A Constituição, depois de reforma por esta última emenda, passou a admitir tetos remuneratórios geral e específicos, estes dependendo da respectiva entidade federativa. Assim, estabeleceu, como teto geral para todos os Poderes da União, Estados Distrito Federal e Municípios, o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. No que concerne aos tetos específicos (ou subtetos), foi fixado para os Municípios o subsídio do Prefeito, e para os Estado e Distrito Federal, forma previstos três subtetos: (1º) no Executivo, o subsídio mensal do Governador; (2º) no Legislativo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais; (3º) no Judiciário, o subsídio dos

Desembargadores do Tribunal de Justiça, aplicável esse limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

O tema parece não ser complexo de entendimento, pois a Constituição Federal de 1988, de forma clara e precisa, estabeleceu teto remuneratório no serviço público.

Portanto, sujeita-se ao teto qualquer tipo de remuneração dos servidores, além de proventos e pensões, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, com exceção as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei (art. 37, § 11, da CF).

Por outro lado, adicional de férias, décimo terceiro salário, o terço constitucional, o abono de permanência em serviço (art. 40, § 19, DV/88); exercício do magistério, dentro ou fora do Poder Público, e benefícios de planos privados de previdência ou de assistência médico-social, não se submetem ao teto constitucional.

Em caso de a remuneração ou subsídio ultrapassar o teto constitucional, o mecanismo utilizado para conter é o chamado abate-telo.

3. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE REMUNERAÇÃO

O sistema remuneratório no serviço público não é muito simples de se entender. A Constituição Federal prevê basicamente dois sistemas de remuneração do serviço público, conforme dispõe no art. 37, inciso X - a **remuneração** dos servidores públicos e o **subsídio** de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

- 1) Remuneração: é o valor total recebido pelo servidor público a títulos de vantagens pecuniárias, fixado por lei (art. 37, X, CF/88). Assim, a remuneração é composta de um vencimento básico de acordo com o cargo

exercidos, conforme preceitua o Estatuto do Servidor, que na área Federal, é a Lei 8.112/1990. Sobre o vencimento básica incide outras gratificações pecuniárias, totalizando a remuneração do servidor público.

- 2) Subsídio: instrumento da política remuneratória da Administração Pública Federal, pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Trata-se de um novo conceito, instituído nos termos do § 4º do art. 39 da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 39, § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Para Di Pietro, a expressão subsídios teria sido abandonada na Constituição de 1988, voltado a ser prevista na Emenda Constitucional nº 19, porém apenas para algumas categorias de agentes públicos. Com isso, passaram a coexistir dois sistemas remuneratórios para os servidores: o tradicional, em que a remuneração compreende uma parte fixa e uma variável, composta por vantagens pecuniárias de variada natureza, e o novo, em que a retribuição corresponde ao subsídio, constituído por parcela única, que exclui a possibilidade de percepção de vantagens pecuniárias variáveis. O primeiro sistema é chamado de remuneração ou vencimento e, o segundo, de subsídio.

O abate-teto se aplicação tanto para servidor público que recebe por remuneração quanto aos que recebem por meio de subsídios, o que pode ser conferido no art. 37, XI, CF/88, assim:

Art. 37, XI, - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas

as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

O abate teto, é um mecanismo, criado por lei, que corta o que ultrapassa esse limite.

O texto constitucional é bem claro em afirmar que o teto remuneratório se aplica a todos os membros de poderes, que perceba por subsídios ou remunerações.

Porém, há uma judicialização expressiva no intuito de evitar que o teto remuneratório se aplique a determinadas categorias e tipos de verbas recebidas, líquida ou bruta.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, no 15 de abril de 2015 que o teto remuneratório incluiu o total da remuneração dos servidores:

Teto constitucional deve ser aplicado sobre valor bruto da remuneração de servidor

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o teto constitucional do funcionalismo público deve ser aplicado sobre o **valor bruto da remuneração**, sem os descontos do Imposto de Renda (IR) e da contribuição previdenciária. A decisão foi tomada na sessão desta quarta-feira (15) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 675978, com repercussão geral

reconhecida, no qual um agente fiscal de rendas de São Paulo alegava que a remuneração a ser levada em conta para o cálculo do teto é a remuneração líquida – já descontados os tributos –, e não a bruta. O recurso foi desprovido pelo Plenário por unanimidade.

Com o julgamento do recurso, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, foi fixada tese para fins da repercussão geral: **“Subtraído o montante que exceder o teto e subteto previsto no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, tem-se o valor que vale como base para o Imposto de Renda e para a contribuição previdenciária”**.

O artigo 37, inciso XI, segundo redação dada pela Emenda Constitucional 41/2003, estabelece como teto geral dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos o subsídio de ministro do STF, com subtetos específicos para municípios, estados e demais poderes.

Houve no julgamento do RE sustentação oral de representantes do Estado de São Paulo e do Rio Grande do Sul, este na condição de amicus curie. Constavam no processo ainda outros sete amici curie, a maior parte entidades de classe de servidores públicos, questionando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou apelação do servidor.

Relatora

Segundo a ministra Cármen Lúcia, o que é questionado no recurso é se a base de cálculo do IR e da contribuição previdenciária é o valor total que se pagaria ao servidor sem a incidência do teto, ou se aplicaria o “abate teto”, e então haveria a incidência dos tributos. Para o recorrente, a remuneração que não poderia ultrapassar o teto é a líquida – ou seja, o valor que resta depois de recolhidos IR e contribuições previdenciárias.

“Acolher o pedido do recorrente, para se adotar como base de cálculo do IR e da contribuição

previdenciária valor superior ao do teto constitucional a ele aplicável, que no caso corresponde ao subsídio do governador do Estado de São Paulo, contraria os princípios da igualdade e da razoabilidade”, afirmou a ministra.

Contraria, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, porque os próprios ministros do STF pagam IR e contribuição previdenciária sobre o valor estipulado em lei como o teto geral constitucional. Em segundo lugar, o princípio da razoabilidade, por desafiar os fundamentos do sistema tributário, previdenciário e administrativo na definição e na oneração da renda. Essa definição importa limitação ao poder de tributar do Estado, que não pode exigir tributo sobre valor que não pode pagar a outrem. Assim, haveria tributação de valor pago indevidamente, por ser superior ao teto.

“É intuitivo que o abate ao teto incida sobre o rendimento bruto do servidor, sendo mantido o paralelismo entre as contraprestações salariais – valor bruto servindo de limite ao valor bruto, e não valor bruto servindo de limite ao valor líquido”, afirmou a ministra.

8/4/2013 – Definição da base remuneratória para aplicação de teto tem repercussão geral.

4. EXCEÇÃO AO TETO CONSTITUCIONAL E ABATE-TETO

O parágrafo § 11 do art. 37, CF/88, traz exceções em relação às verbas que não submetem ao teto constitucional, e, portanto, não se aplica o abate-teto, que assim:

Art. 37, § 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o teto deve ser computado a cada cargo ocupado em que é permitida a acumulação, portanto:

Quinta-feira, 27 de abril de 2017

Teto constitucional incide em cada cargo nos casos em que é permitida a acumulação, decide STF

Por decisão majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) negou provimento a dois Recursos Extraordinários (REs 602043 e 612975) em que o Estado do Mato Grosso questionava decisões do Tribunal de Justiça local (TJ-MT) contrárias à aplicação do teto na remuneração acumulada de dois cargos públicos exercidos pelo mesmo servidor. Os ministros entenderam que deve ser aplicado o teto remuneratório constitucional de forma isolada para cada cargo público acumulado, nas formas autorizadas pela Constituição. O tema debatido nos recursos teve repercussão geral reconhecida.

Tese de repercussão geral

O Plenário aprovou a seguinte tese para efeito de repercussão geral, sugerida pelo relator da matéria, ministro Marco Aurélio: “Nos casos autorizados, constitucionalmente, de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público”.

Recursos

O RE 602043 diz respeito à aplicabilidade do teto remuneratório previsto no inciso XI do artigo 37, da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional (EC) 41/2003, à soma das remunerações provenientes da cumulação de dois cargos públicos privativos de médico. O caso teve origem em mandado de segurança impetrado por servidor público estadual que atuava como médico na Secretaria de Saúde e na Secretaria de Justiça e Segurança Pública. Ao julgar a ação, o TJ-MT assentou a ilegitimidade do ato do secretário de

Administração do Estado que restringiu a remuneração acumulada dos dois cargos ao teto do subsídio do governador.

Por sua vez, o RE 612975 refere-se à aplicabilidade do teto remuneratório sobre parcelas de aposentadorias percebidas cumulativamente. Um tenente-coronel da reserva da PM e que também exercia o cargo de odontólogo, nível superior do SUS vinculado à Secretaria de Estado de Saúde, impetrou mandado de segurança no TJ-MT contra determinação do secretário de Administração de Mato Grosso no sentido da retenção de parte dos proventos, em razão da aplicação do teto remuneratório. Ao julgar a questão, o TJ-MT entendeu que o teto deve ser aplicado, isoladamente, a cada uma das aposentadorias licitamente recebidas, e não ao somatório das remunerações. Assentou que, no caso da acumulação de cargos públicos do autor, a verba remuneratória percebida por cada cargo ocupado não ultrapassa o montante recebido pelo governador.

Julgamento

O julgamento teve início na sessão plenária de ontem (26) com os votos dos ministros Marco Aurélio (relator) e Alexandre de Moraes, que desproveram os recursos, e o voto divergente do ministro Edson Fachin, pelo provimento dos REs. A análise da questão foi concluída na sessão desta quinta-feira (27), quando a maioria dos ministros seguiu o voto do relator, pelo desprovimento dos recursos. Para eles, o teto constitucional deve ser considerado em relação a cada uma das remunerações isoladamente, e não quanto à soma delas.

O relator considerou inconstitucional a interpretação segundo a qual o texto da EC 41/2003 abrange também situações jurídicas em que a acumulação é legítima, porque prevista na própria Constituição Federal. Para o ministro, pensar o contrário seria o mesmo que “o Estado dar com uma das mãos e retirar com a outra”.

De acordo com o relator, o entendimento da Corte sobre a matéria “não derruba o teto”. Ele considerou que o teto remuneratório continua a proteger a Administração Pública, “só

que tomado de uma forma sistemática e, portanto, não incompatível com um ditame constitucional que viabiliza a cumulação de cargos”.

Entre os argumentos levantados, os ministros consideraram que a hipótese apresentaria violação à irredutibilidade de vencimentos, desrespeito ao princípio da estabilidade, desvalorização do valor do trabalho e ferimento ao princípio da igualdade. Acompanharam esse entendimento os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia.

Divergência

O ministro Edson Fachin abriu a divergência ao votar pelo provimento dos recursos. Para ele, “a garantia da irredutibilidade só se aplicaria se o padrão remuneratório nominal tiver sido, então, obtido de acordo com o direito e compreendido dentro do limite máximo fixado pela Constituição”. Com base no artigo 17 do ADCT, o ministro entendeu que os valores que ultrapassam o teto remuneratório devem ser ajustados sem que o servidor possa alegar direito adquirido. Assim, considerou que o teto remuneratório é aplicável ao conjunto das remunerações recebidas de forma cumulativa.

5. ABATE-TETO

Segundo Di Pietro, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988 existe a preocupação de estabelecer um teto para a remuneração dos servidores públicos, até agora sem grande sucesso. A primeira norma nesse sentido veio no artigo 37, XV, da Constituição.

Para a autora, a Emenda Constitucional nº 19, teve o intuito de corrigir os vícios da redação original, alterou o art. 37, XI, fixando nova norma sobre o teto, que passaria a ser representado pelos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, igual para todos os servidores, federais, estaduais e municipais. Ficou excluída a possibilidade de fixação de subteto.

Com a Emenda Constitucional 41/03, torna-se novamente impor um teto, devolvendo-se ao Congresso Nacional, com sansão do Presidente da República, a competência para fixar os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 48. XV) e alterando-se, mais uma vez, o artigo 37, XI.

Para Moraes, o dispositivo aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que recebam recurso da União, dos Estados, do Distrito Federal ou Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

A Constituição fixa limite para os salários dos servidores públicos, que não podem receber mais que o teto que é o valor da remuneração dos ministros do STF.

Portanto, abate-teto é um instituto utilizado para evitar que servidores recebam salários acima do teto constitucional.

6. CONCLUSÃO

O abate-teto é o instituto idealizado para evitar os supersalários no serviço público. A regra constitucional é bem rígida, admitindo exceções previstas no próprio texto, porém observa-se que o Supremo Tribunal Federal vem criando novas exceções em situações peculiares onde não se aplica o denominado abate-teto. Assim, há várias exceções em que o servidor público recebe salários que superam o teto Constitucional, sem incorrer no abate-teto.

7. REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual do Direito Administrativo. 26ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

STF – Supremo Tribunal Federal – disponível em. Acesso em: 8 de setembro de 2017.

A TEORIA DO FINALISMO MITIGADO E A REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE CONSUMIDOR

GERALDO UCHÔA DE AMORIM JÚNIOR:
Servidor público do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas.

RESUMO: O estudo que se propõe objetiva analisar a conceituação de consumidor, dentro da dogmática consumerista, analisando suas diversas evoluções no tocante à jurisprudência e, ao final, abordar sobre a distinta “teoria do finalismo mitigado”, a qual relativiza o conceito clássico do termo para avançar numa averiguação cuidadosa e casuística sobre sua aplicabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor. Teoria do Finalismo Mitigado. Jurisprudência.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Consumidor: conceitos, evoluções jurisprudenciais e a teoria do finalismo mitigado 3 Considerações Finais 4 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A célula matriz de todo o estudo parte de uma premissa que, embora aparente ser de fácil assimilação, é nodal para o estudo em análise: quem é o consumidor?

Não existe conceituação una no plano internacional, tendo em vista que o termo depende do enfoque sob o qual é encarado. Sob o ponto de vista econômico, é todo o indivíduo que seja destinatário da produção de bens, independente de ser seu adquirente e, sequer, se é ou não produtor de outros bens.

Sob o ponto de vista psicológico, parafraseando Filomeno (2012, p. 19), é o sujeito sobre o qual se estuda as reações com o objetivo de individualizar os critérios para a produção e as motivações internas para a aquisição de bens; trata-se, basicamente, de uma pesquisa para se

padronizar o grau de subjetivismo que leva um indivíduo à seleção de determinado produto em detrimento de outros. Partindo da premissa sociológica, consumidor é o que usufrui ou se utiliza de bens e serviços inseridos em determinada classe social.

Da gradativa evolução dos conceitos, abordados no presente trabalho, é possível verificar o surgimento de uma nova conceituação por parte dos Tribunais Superiores: a Teoria do Finalismo Mitigado.

2 CONSUMIDOR: CONCEITOS, EVOLUÇÕES JURISPRUDENCIAIS E A TEORIA DO FINALISMO MITIGADO

De todas as acepções da palavra “consumidor” se deflui para uma ideologia abarcada no plano internacional: um sujeito suscetível às sugestões veiculadas pela publicidade, muitas vezes fadado a um determinismo preconcebido por um grupo dominante a fim de ditar a unidade e o consenso social.

Explora-se, portanto, uma idéia de determinismo social intimamente vinculada à ausência de controle em um âmbito externo (submissão ao poderio dos bens de produção monopolizado por minorias) e em uma esfera interna (nos termos da psicanálise, enfrenta-se uma degradação da realidade físico-emocional que gera verdadeira compulsão por mercadorias e serviços que, em verdade, apenas sodomizam corpos e mentes).

Despido das acepções de ordem econômica, sociológica e psicológica, focando especificamente em uma conotação jurídico-objetiva, é possível definir consumidor como qualquer pessoa física, e, conforme será explanado sob um prisma jurisprudencial da teoria do finalismo mitigado, algumas pessoas jurídicas, que, isolada ou coletivamente, contratem para consumo final, para benefício pessoal ou de terceiros, a aquisição ou locação de bens ou serviços.

Quanto ao ordenamento jurídico nacional, por oportuno, importante, inicialmente, averiguar quais são as características do consumidor dispostas no art. 2º, CDC, visto que é conceituado como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. (BRASIL, Lei 8.078)”.

Inicialmente, tal vínculo é pautado por dois polos de interesse: consumidor (adquirente de produto ou serviço como destinatário final) e fornecedor (vendedor ou prestador de serviço), no qual se visa à satisfação de uma necessidade imediata e, traço distintivo apontado por Grinover et al. (2004, p.31), ausência de controle, por parte do adquirente, da produção de bens de consumo ou prestação de serviços, arriscando-se, portanto, “a submeter-se ao poder e condições dos produtores”. Tal é a conceituação de vulnerabilidade: a impossibilidade, ou dificuldade, de disposição sobre o que se é ofertado, gerando verdadeiros contratos de adesão.

Pautado, portanto, no natural desequilíbrio em detrimento do fornecedor, outro ponto é necessário para sua caracterização: o estudo das teorias finalistas e das maximalistas no termo “destinatário final” presente no CDC, ou seja, se a proteção ao consumidor se dará exclusivamente àqueles que adquiram bens ou serviços para o uso pessoal ou familiar (finalistas) ou se existe a possibilidade de estendê-lo aos consumidores profissionais (maximalistas).

As duas teorias apresentam pontos de convergência que auxiliam o operador do direito a encontrar o equilíbrio necessário à definição de consumidor. Afastando-se dos extremos que ora enaltecem a utilização própria ou da família, ora preconizam a aplicabilidade do CDC a toda relação de prestação de serviço ou aquisição de bem, pode-se entender que, preenchidos os seguintes requisitos, é possível a caracterização do consumidor.

O primeiro, de índole objetiva, diz respeito ao bem adquirido, se é de capital ou não. No caso de empresas que adquirem máquinas para a fabricação de seus produtos não é possível a aplicação do CDC, pois não se trata de bem pertinente a uma relação desvinculada às típicas formas de organização empresarial, nas quais os bens são adquiridos não para os fins de autossustento, preservando o caráter da subsistência das relações de consumo, mas para a geração de lucro inserido numa sociedade de consumo.

E o segundo se a contratação do serviço decorre da necessidade de se atender o imposto pela lei ou pela natureza de seu negócio,

desvinculados, portando, dos insumos de produção. Típica hipótese é a contratação de empresa de dedetização para viabilizar o funcionamento de creche para os filhos dos operários da empresa. Neste caso, não inserido num contexto macroeconômico de produção de riquezas, plenamente aplicável os princípios consumeristas na relação.

Por todo o exposto, a doutrina e a jurisprudência, quanto ao conceito de destinatário final de produto ou serviço passou a adotar a chamada teoria do finalismo aprofundado ou mitigado, na qual se averigua a situação de vulnerabilidade *in concreto*, conforme se expõe na jurisprudência colacionada:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. [...] Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de

consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. (STJ - REsp: 1195642 RJ 2010/0094391-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA)

Constata-se que o ordenamento jurídico caminha para relativizar a figura do destinatário final tendo como parâmetro a análise de casos fáticos, aplicando a vulnerabilidade até mesmo às pessoas jurídicas, desde que, ao adquirir produto ou serviço, excluam-se definitivamente do mercado de consumo.

Atribui-se ao magnata Henry Ford a célebre frase “O consumidor é o elo mais fraco da economia. E nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco”. É sob este enfoque que deve ser interpretado o princípio da vulnerabilidade: não se trata de um confronto entre classes produtoras e consumidores, mas, sim, uma salvaguarda de que os interesses da coletividade, pautados no princípio da dignidade humana e do desenvolvimento social, serão sempre tidos como fundamentos de existência das relações sociais.

Em uma cultura de produção massificada, o defeito de um produto ou serviço afeta diretamente milhões de usuários. Garantir a proteção dos consumidores, portanto, nada mais é do que proteger toda a coletividade dos efeitos danosos, diretos ou reflexos, da lógica capitalista de mercado de geração de lucro. Ao enxergar que todas as pessoas físicas são, em algum momento, consumidores, torna-se possível perceber a íntima ligação do princípio da vulnerabilidade e o da dignidade da pessoa humana.

O princípio da vulnerabilidade encontra-se insculpido no art. 4º, I, do CDC, o qual demonstra, de forma cristalina, a intenção do legislador em atribuir ao consumidor, em todas as situações, a condição de vulnerável na relação jurídica de consumo. Não se trata da quebra da isonomia entre as partes, mas é a positivação de que as desigualdades oriundas de tais relações não são solucionadas de forma eficiente pela abstenção estatal e pelos sistemas jurídicos oriundos do liberalismo. Neste quadro, surgiu a

necessidade de elaboração de uma norma protetiva própria, a Lei 8.078/1990.

As relações negociais não são mais pautadas no poder de barganha, nem, tão pouco, na equivalência nas relações obrigacionais na atual sociedade de consumo. Os antigos credores e devedores receberam nova denominação no mercado, sendo regulados por regime próprio, transição que possui vértice interpretativo a fragilidade do consumidor. A vulnerabilidade, conforme lições da excelentíssima doutrinadora Cláudia Lima Marques (2002, p. 269 e 270), é uma característica anímica, potencial ou efetiva, de ter seus direitos individuais ou coletivos violados frente ao poderio das práticas mercantis, *in verbis*:

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação

Cumprе salientar que na dinâmica do mercado existe outro ponto de extrema relevância na análise da vulnerabilidade: as informações. Os produtos e serviços são postos a consumidores que não detêm os conhecimentos necessários para, até mesmo, perceberem que estão sendo lesados em seus direitos (toma-se como exemplo clássico a prática comum de venda casada). Cumprе salientar que parte da doutrina e da jurisprudência apregoam, inclusive, uma presunção absoluta, *iure et de iure*, de vulnerabilidade do consumidor, não sendo possível qualquer prova em contrário, conforme acórdão elucidativo colacionado:

“Plano *Nosso Modo*. TIM Celular S.A. Estação móvel celular. Prestação de serviços de telefonia móvel a microempresa. Comodato. Mau funcionamento. Inc. II, do art. 333, do CPC. Prazo decadencial não iniciado. VIII, do art. 6º, do CDC. Hipossuficiência. Verossimilhança. Vulnerabilidade. Art. 4º do CDC. (1) ‘o CDC não faz distinção entre pessoa física ou jurídica, ao formular o conceito de

consumidor, quando estes adquirem serviços na qualidade de destinatário final, que buscam o atendimento de sua necessidade própria; ainda mais quando se trata de bem de consumo, além de haver um desequilíbrio entre as partes'. (...). Ainda, impõe-se dizer que o demandante, conforme o art. 4º do CDC é vulnerável, pois não possui conhecimento técnico-científico do serviço que contratou, este conceito diz respeito à relação de direito material, tendo presunção absoluta, não admitindo prova em contrário' (Recurso 71000533554, Porto Alegre, 3ª Turma Recursal Cível, TJRS, j. 13.07.2004, unânime, Rel. Dra. Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez)" (TJRS – Recurso Cível 71000533554, Porto Alegre – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez – j. 13.07.2004).

Há que se destacar que parcela tradicional da doutrina aponta três tipos de vulnerabilidade que os consumidores podem apresentar: técnica, jurídica e econômica, conforme apresenta o ilustríssimo doutrinadores Flávio Tartuce e Daniel Neves (2014, p. 77). A primeira diz respeito à falta de conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo, tornando-se suscetível a ser ludibriado quando às características do serviço. Cumpre observar que o fornecedor detém domínio da área em que atua, ao passo que o consumidor é, em tese, leigo. A vulnerabilidade jurídica pressupõe a falta de conhecimentos jurídicos específicos, ou de outras áreas relacionadas à matéria. A vulnerabilidade econômica, ou fática, decorre do desnível encontrado entre os polos de interesse, em razão da superioridade inerente ao fornecedor.

A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou

até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). Além disso, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo.

Contudo, filia-se à doutrina que faz uma diferença entre o plano fático e o plano jurídico do conceito de hipossuficiência e o de vulnerabilidade. Partindo-se da premissa que todo o consumidor é vulnerável (situação jurídica), sendo, inclusive, um pleonismo, por trata-se de característica intrínseca de sua qualidade de destinatário final de produto ou serviço, pode-se concluir que nem sempre se encontra presente a hipossuficiência (situação fática).

A vulnerabilidade, sob esta ótica, é incidível no contexto das relações de consumo, uma vez que não depende da formação educacional ou das condições socioeconômicas, tendo, como conseqüência, a impossibilidade de prova em contrário, por se tratar de presunção absoluta legal. É intrínseca, ingênita e *sui generis* aos que se encontram na posição de consumidor, não se perquirindo condição social, cultural ou econômica quanto às pessoas físicas. Em relação às pessoas jurídicas há debate quanto a sua caracterização, o qual será tratado ao se enfrentar a teoria do finalismo mitigado.

A hipossuficiência é um conceito concreto, em contraponto à essência jurídica da vulnerabilidade. Funda-se na disparidade ou discrepância, seja econômica, financeira ou política, existente entre os pólos da relação jurídica. O reconhecimento judicial da hipossuficiência parte da análise de algumas situações: a) situação socioeconômica do consumidor perante o fornecedor (hipossuficiência fática); b) a impossibilidade do consumidor em obter prova indispensável para a solução da lide (hipossuficiência técnica), tomando-se como exemplo a dificuldade do consumidor em comprovar o nexo de causalidade para a fixação da responsabilidade do fornecedor, pois

este detém o conjunto de informações e conhecimentos técnicos do produto ou do serviço. Uma vez constata a hipossuficiência do consumidor, surge o direito, conforme já sedimentado, da inversão do ônus da prova.

Na outra posição jurídica de interesse das relações de consumo encontra-se o fornecedor, entendido conforme disposto no art. 3º, CDC, como:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, Lei 8.078)

A palavra “fornecedor” deriva do francês “*fournir*”, verbo referente às atividades de fornecer, prover. Assimila-se uma noção pretérita de todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece uma casa ou um outro estabelecimento necessários a seu consumo.

Em verdade, evolui-se de uma noção tipicamente enviesada do comerciante que busca apenas o lucro, valendo-se de práticas espúrias para a consecução de seu último desiderato: auferir lucros exponenciais. Com as modificações promovidas desde a Revolução Industrial, percebe-se claramente uma alteração deste perfil, sendo assente a proteção conferida pelo ordenamento vigente à reunião da sociedade civil através da criação de associações de defesa do consumidor, bem como a ampla divulgação permitida pelos sistemas de comunicação *online*, fatos que fizeram com que os fornecedores ficassem muito mais atentos às necessidades sociais. Trabalha-se cada vez mais para a proteção dos princípios da informação, da confiança e da boa-fé, promovendo verdadeiros diálogos entre os que exercem as atividades empresariais e os consumidores.

A relação jurídica pressupõe a existência de dois pólos de interesse, conforme explanado, e a presença de uma coisa, que, no caso do consumo, são os produtos e os serviços.

Produtos podem ser entendidos como todo o bem economicamente apreciável, o qual, por sua natureza intrínseca, é limitado no universo.

A prestação de serviço, conforme estatui o memorável doutrinador Almeida (2003, p. 41-42), deve ser entendida como prestação remunerada, que não incida em subordinação a vínculo trabalhista, conforme colacionado abaixo:

Sendo gratuita, como ocorre p. ex., com atos de camaradagem e os decorrentes de parentesco e vizinhança, os conhecidos favores, não será serviço a que a lei empresta tutela. Do mesmo modo, se o serviço é prestado por força de contrato de trabalho, mediante vínculo de subordinação e dependência econômica, estará fora da definição de serviço, tal como definido em lei, e, por isso mesmo, submetido à legislação pertinente (CLT).

Desta feita, pode-se asseverar que não fazem parte da relação de consumo as obrigações decorrentes de acordos trabalhistas, com suas características típicas de onerosidade, pessoalidade, habitualidade, subordinação e/ou alteridade, bem como aquelas que não visem ao lucro, ou seja, atividades despidas de caráter mercantil, tal como os serviços voluntários e gratuitos. Não há que se aferir se houve efetivo pagamento (critério objetivo), mas tão somente se analisa se há, por parte do prestador de serviço, a justa expectativa em se retribuído por seu labor (critério subjetivo).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se do presente trabalho que a grande diferença de vulnerabilidade para a hipossuficiência reside no fato que aquela é uma situação jurídica, ao passo que esta é uma situação fática. Em ambos os casos, pode-se afirmar que a teoria do finalismo mitigado avança na idéia de destinatário final de produtos, incluindo até mesmo pessoas jurídicas no termo “consumidor”. Sendo assim, baseado na teoria do diálogo das fontes, na teoria do finalismo mitigado, nos princípios basilares do Código Civil de 2002 (eticidade, socialidade e operalidade) é possível a utilização do Código

de Defesa do Consumidor, pautado no princípio da vulnerabilidade, nos contratos de prestação de serviços advocatícios.

4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 1ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2003, p. 15.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - RESP 651278/RS, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 28/10/2004, T3 - TERCEIRA TURMA, disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136941/recurso-especial-resp-651278-rs-2004-0086950-0>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1195642 RJ 2010/0094391-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - REsp: 171988 RS 1998/0029834-7, Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER, Data de Julgamento: 24/05/1999, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28/06/1999 p. 104 JBCC vol. 194 p. 74 JSTJ vol. 8 p. 294 RT vol. 770 p. 210, disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8391388/recurso-especial-resp-171988-rs-1998-0029834-7>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Resp: 364168 SE 2001/0119957-4, Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Data de Julgamento: 20/04/2004, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 21/06/2004 p. 215, disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19582302/recurso-especial-resp-364168-se-2001-0119957-4/certidao-de-julgamento-19582306>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - REsp: 539077 MS 2003/0099158-3, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 26/04/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 30/05/2005 p. 383 RDDP vol. 29 p. 124, disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7227159/recurso-especial-resp-539077-ms-2003-0099158-3-stj>.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais - AC: 10432090210639001 MG , Relator: Cláudia Maia, Data de Julgamento: 14/03/2013, Câmaras Cíveis / 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/03/2013, disponível em <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114789039/apelacao-civel-ac-10432090210639001-mg/inteiro-teor-114789087>.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo - AI: 789760720128260000 SP 0078976-07.2012.8.26.0000, Relator: José Malerbi, Data de Julgamento: 25/06/2012, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/06/2012, disponível em <http://tj-4789760720128260000-sp-0078976-0720128260000-tjsp>.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal - Acórdão n.348859, 20090020012695AGI, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/03/2009, Publicado no DJE: 06/04/2009. Pág.: 74, disponível em <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1861951/recurso-de-revista-rr-3488594919975015555-348859-4919975015555/inteiro-teor-10825402>.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - AI: 4389573 PR 0438957-3, Relator: ShiroshiYendo, Data de Julgamento: 28/11/2007, 16ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7512, disponível em <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6279760/agravo-de-instrumento-ai-4389573-pr-0438957-3/inteiro-teor-12405055>.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Recurso Cível Nº 71003677002, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Julgado em 26/07/2012, disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22014300/recurso-civel-71003677002-rs-tjrs>.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Recurso Cível 71000533554, Porto Alegre – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez – j. 13.07.2004, disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5557266/recurso-civel-71000533554-rs/inteiro-teor-101916418>.

BRASIL, **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**, Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, pp. 4.000/4004, disponível em <http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>.

BRASIL, **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL, **Lei 5.869**, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm.

BRASIL, **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

BRASIL, **Lei 8.906**, de 4 de julho de 1984, Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade civil**. 11ª Edição. São Paulo. Atlas. 2014, p. 8.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º Volume**. 29ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2015, p. 321.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 11ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2012, p. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, Volume II**. 12ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2011, p. 134.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 4. 8ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 25.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 3. 10ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2013, p. 31.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 2012, p. 129.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; BENJAMIN, Antonio H. V.; FINK, Daniel; FILOMENO, José; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 500.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor, Volume Único**. 1ª Edição. São Paulo. Editora Método. 2014, P. 111 e 112.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, Vol. IV. 13ª Edição. São Paulo. Atlas. 2013, p. 19.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Vol. II**. 15ª Edição. São Paulo. Atlas. 2015, p. 245.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

ANA LÚCIA LOPES SANTOS: Pós-graduada em Direito Constitucional. Servidora do Ministério Público Estadual de Minas Gerais.

RESUMO: O presente artigo trata dos princípios constitucionais fundamentais e os princípios constitucionais gerais orientadores do direito do consumidor. O artigo teve como objetivo principal, elaborar um estudo a respeito dos princípios constitucionais que norteiam o Código de Defesa do Consumidor a fim de verificar se entre esses princípios existem aqueles que podem ser considerados mais importantes para o direito do consumidor, considerando que a observância de um princípio pode-se atender a outro. Dentre os objetivos secundários deste trabalho, destacou-se o estudo dos princípios constitucionais fundamentais e o estudo dos princípios constitucionais gerais. Outro objetivo específico, foi identificar na lei consumerista os princípios constitucionais relativos à defesa do consumidor. Esse estudo também pretendeu verificar se a constitucionalização do direito do consumidor facilitou a sua proteção, tendo em vista que a Constituição Federal determina que seja realizada a defesa do consumidor, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXXII, bem como, orienta que seja criado um Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Princípios constitucionais; defesa do consumidor; código.

SUMMARY: This article deals with the fundamental constitutional principles and the general constitutional principles guiding consumer law. The main objective of the article was to elaborate a study on the constitutional principles that guide the Consumer Protection Code in order to verify if among those principles there are those that can be considered more important for the consumer's right, considering that the observance of One principle can serve another. Among the secondary objectives of this work, the study of the fundamental constitutional principles and the study of general constitutional principles was highlighted. Another specific objective was to identify in consumer law the constitutional principles related to consumer protection. The purpose of this study was also to verify whether the constitutionalisation of consumer law facilitated its protection, since the

Federal Constitution requires consumer protection to be carried out, as provided for in article 5, item XXXII, as well as, Code of Consumer Protection.

Keywords: Constitutional principles; Consumer defense; code.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA; 3. PROBLEMA INVESTIGADO; 4. METODOLOGIA; 5. DISCUSSÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

No artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que é uma lei de ordem pública de interesse social, colocando-a no rol de normas essenciais à convivência social. A extinção dessa norma levaria a inviabilizar a boa convivência social, posto que seus dispositivos inferem a interesses de enorme número de pessoas, tal como, a proteção dos consumidores. Cumpre ressaltar, que a norma consumerista interessa a todos, inclusive aos agentes econômicos fornecedores, que a realidade do mercado seja sadia e construtiva. Portanto, não há como negar a condição de interesse social alcançada pela legislação consumerista.

Nas disposições constantes no artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988, institui a defesa do consumidor como direito fundamental. Além disso, orienta que seja criado um Código de Defesa do Consumidor.

No *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, a defesa do consumidor é tida como um dos princípios da ordem econômica para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e da justiça social, uma vez que busca um tratamento isonômico em uma relação de desigualdade manifesta, propiciando uma maior liberdade ao consumidor. (TRAJANO, 2010)

Os princípios exercem uma função básica, eles ordenam que algo seja realizado. Eles verificam se há coerência e motivo que justifique ao sistema jurídico, razão diante de um fato concreto. Por vezes pode ser difícil fazer uma interpretação do fato, e é por este motivo que existem os princípios, sejam eles abstratos ou concretos.

A Carta Magna contém princípios que, no dizer da maioria dos juristas, são vigas mestras que alicerçam o sistema jurídico brasileiro. Nesse aspecto, não se pode descartar, de qualquer trabalho, a análise do princípio jurídico, pois este influi na interpretação de normas inseridas no texto constitucional. (BRANDÃO, 2010)

A Constituição Federal deve ser compreendida como um sistema baseado em princípios estruturantes fundamentais os quais se assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Em resumo, a constituição federal é formada por princípios estruturantes, gerais e especiais.

As normas constitucionais possuem atribuição de norma jurídica, tendo como uma das consequências dessa atribuição é a de que todas as demais normas do sistema jurídico devem ser validadas pela Constituição. Daí diz-se que as normas constitucionais são imperativas, que obrigam todos a observarem tais comandos, não só as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, mas também o próprio Estado e seus órgãos, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. (CHAGAS, 2011)

A defesa do consumidor também contribui para atingir os objetivos da República Federativa do Brasil, principalmente no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Como objetivo primordial, esta pesquisa pretende elaborar um estudo a respeito dos princípios constitucionais que norteiam o Código de Defesa do Consumidor a fim de verificar se entre esses princípios existem aqueles que podem ser considerados mais importantes para o direito do consumidor.

Dentre os objetivos secundários deste trabalho, destacam-se o estudo dos princípios constitucionais fundamentais e o estudo dos princípios constitucionais gerais. Saber se existem alguns desses princípios que englobam os demais. Outro objetivo específico é verificar na lei consumerista os princípios constitucionais relativos à defesa do consumidor. Além disso, pretende esse estudo verificar se a constitucionalização do direito do consumidor facilitou a sua proteção.

A metodologia utilizada será uma pesquisa de natureza bibliográfica, na qual serão realizadas uma seleção de artigos científicos e livros de diversos autores relativos ao tema da pesquisa. Investigar-se-á, ao longo deste trabalho, os princípios constitucionais fundamentais e gerais norteadores do Código de Defesa do Consumidor.

Justifica-se este trabalho, porque o mesmo se mostra atual, tendo em vista que as relações de consumo estão presentes no dia-a-dia de todas as pessoas, e com o avanço tecnológico, possibilitando aos consumidores realizarem compras virtuais e o crescente apelo publicitário incentivando o consumismo em massa, verifica-se a importância de estudar como o Estado se faz presente no mercado de consumo a fim de garantir os direitos dos consumidores. Dessa forma, o estudo se mostra relevante e do interesse da sociedade, afinal todas as pessoas também são consumidores.

Objetivando a compreensão da lógica de proteção ao consumidor, existe a necessidade de verificar se com a constitucionalização da defesa do consumidor facilitou a proteção desse ente tão vulnerável no mercado de consumo.

Iniciando este trabalho, no primeiro capítulo trata-se sobre contexto histórico da defesa do consumidor, realizando uma comparação da Constituição Federal de 1988 com as constituições de outros países no que se refere à defesa do consumidor.

Em um segundo momento, tratar-se-á do estudo de cada princípio constitucional e depois fazer uma comparação com Código de Defesa do Consumidor, a fim de verificar como esses princípios estão inseridos no referido Código.

Finalizando este trabalho, tratar-se-á de fazer um apanhado do material pesquisado, na tentativa de atender aos objetivos propostos na presente pesquisa.

2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

BREVE HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Nos países Europeus e Americanos, a defesa do consumidor se deu, de forma lenta, gradativa e contínua da jurisprudência destinada à proteção do consumidor. E ocorreu, em grande parte, pela criação e desenvolvimento de entidades de defesa do consumidor. Já nos Países Latinos houve um desenvolvimento econômico acelerado em que a vulnerabilidade do consumidor era muito maior em razão da excessiva desigualdade social e havia uma necessidade de positivação imediata dos direitos do consumidor. (SIMÃO, 2016)

No Brasil, antes mesmo da promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e da Constituição Federal de 1988 a defesa do consumidor já se fazia presente nos trabalhos do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, criado pelo Decreto nº 91469/85 e do PROCON Estadual de Minas Gerais, Decreto nº 22027/82. As atuações desses órgãos eram limitas devido a existência de leis que apenas protegiam consumidores de forma reflexiva. Um ordenamento jurídico efetivo de proteção ao consumidor só veio ocorrer com a Constituição de 1988, que estabeleceu a proteção do direito do consumidor como garantia constitucional e estabeleceu que fosse criada uma lei específica de garantia dos direitos do consumidor (artigo 48 da ADCT). (FRANÇA, 2016)

A Constituição Federal de 1988 eleva a proteção do consumidor como direito fundamental. Nas disposições constantes no artigo 5º, inciso XXXII, o legislador constituinte deixou expresso que o consumidor deve merecer uma proteção especial e até mesmo ser protegido, tanto que deixou claro que é dever do Estado promover a sua defesa. (ALVARES, 2015)

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: (...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (...)

No artigo 170, inc. V da CF, o legislador cita novamente a defesa do consumidor, colocando-a como um dos pilares da ordem econômica, juntamente com a propriedade privada, inc. II do mesmo artigo, a livre concorrência, inc. IV e a busca do pleno emprego, inc. VIII. (TRAJANO, 2010)

PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS E A DEFESA DO CONSUMIDOR

Os princípios fundamentais estão descritos no artigo 1º da Constituição. Inicia declarando que o regime político brasileiro é o republicano do tipo federalista e o Estado Brasileiro é Estado Democrático de Direito. Afirma que a república brasileira tem como fundamento, a soberania, a cidadania, a dignidade a pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Esses princípios são muito importantes para a correta interpretação de todas as normas constitucionais, inclusive o Código de Defesa do Consumidor. (CHAGAS, 2011)

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana (...)

Princípio Republicano:

Esse princípio serve de guia para todos os outros princípios constitucionais. A defesa do consumidor como direito e garantia fundamental, decorre diretamente do princípio republicano. Diante de tantos percalços após a revolução industrial e a revolução tecnológica, a intervenção do Estado na tutela do consumidor se faz extremamente necessária. Houve mudanças significativas na sociedade tais como concentração de pessoas nas cidades, produção e distribuição de bens e serviços em massa, aumento dos riscos provocados por produtos e serviços, publicidade cada vez incisiva, utilização de contratos de adesão, anonimato de consumidores e de fornecedores e prática do comércio virtual, etc. sendo indispensável a intervenção do Estado para proteger o consumidor considerado parte mais fraca da relação de consumo. (TRAJANO, 2010)

Princípio da Cidadania:

A cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Portanto, o governo tem o dever de estabelecer mecanismos de isonomia material aos economicamente necessitados. Significa que a desproporção de poder econômico em relação à parte hipossuficiente há de ser equalizada, conforme preconiza o art. 5º, *caput*, da Carta Magna. Os conceitos cidadania e cidadão, na Constituição Federal de 1988, são entendidos como a consciência de participação dos indivíduos na vida da sociedade e nos negócios que envolvem o âmbito do Estado. (BRANDÃO, 2010)

Princípio da dignidade da pessoa humana:

A Carta Magna, dentre os princípios fundamentais, destaca-se o da dignidade da pessoa humana, apontado como a principal garantia constitucional. A dignidade é entendida como o último arcabouço que dá guarida aos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional. (BRANDÃO, 2010)

Princípio da vulnerabilidade

O art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal traz como um dos direitos e garantias fundamentais a defesa do consumidor. A CF reconhece o consumidor como vulnerável, um ente que necessita de proteção.

Para SOUZA, 2003 *apud* Wierzhón et al., 2008 o consumidor é hipossuficiente, pois de maneira individual, está impossibilitado de fazer valer seus direitos frente aos fornecedores devido ao fato de haver uma desproporção muito grande entre fornecedor e consumidor.

Princípio da isonomia:

O princípio da isonomia está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

O princípio da isonomia relaciona-se com os princípios da igualdade e da vulnerabilidade todos previstos na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, bem como o Princípio da harmonia no mercado de consumo.

Princípio da igualdade:

O princípio da igualdade contido na Constituição Federal, na interpretação de igualdade material, também trata implicitamente do direito do consumidor. Os artigos previstos no Código de Defesa do Consumidor que estabelecem a vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, I) e a possibilidade de inversão do ônus da prova (artigo 6º, VIII), nada mais são do que a efetivação deste princípio no âmbito da proteção do consumidor. (FRANÇA, 2016)

Princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva é derivada do princípio da igualdade na medida em que se uma das partes de uma relação jurídica age de forma desleal e com o intuito de obter vantagens em evidente abuso de direito, a conclusão deste negócio jurídico estará em desacordo com o princípio da igualdade, tendo em vista que a parte que age com má-fé possui conhecimentos e informações sobre o negócio, sendo que a outra parte não dispõe de tais conhecimentos e informações. (FRANÇA, 2016)

Princípio da informação

A Informação é um princípio constitucional de enorme relevância no que diz respeito às relações de consumo, sobretudo e, tendo em vista ser ela o ponto de partida para toda e qualquer aquisição de produtos ou contratação de serviços. Igualmente, o direito de informação segundo o doutrinador MORAES, 2004, p. 700:

É um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de

subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos.

Além de ser um direito básico do consumidor, a informação aparece em diversos dispositivos do CDC, como por exemplo, nos artigos 4º, IV; 6º, III, 31, 36, parágrafo único e 44, este último servindo inclusive, como instrumento essencial de defesa e orientação dos consumidores.

3. PROBLEMA INVESTIGADO

A constituição federal de 1988 orienta para que seja realizada proteção do consumidor, considerada parte hipossuficiente da relação de consumo. Nesse sentido, legisla no sentido de o Estado se fazer presente para tornar a relação de consumo mais equilibrada.

O problema investigado na presente pesquisa refere-se aos princípios constitucionais fundamentais e gerais que norteiam o Código de Defesa do Consumidor. Além disso, objetiva-se realizar uma verificação se a constitucionalização da norma consumerista foi benéfica para o consumidor.

O objetivo primordial desta pesquisa é elaborar um estudo a respeito dos princípios constitucionais que norteiam o Código de Defesa do Consumidor a fim de verificar se entre esses princípios existem aqueles que podem ser considerados mais importantes para o direito do consumidor.

Dentre os objetivos secundários deste trabalho, destacam-se o estudo dos princípios constitucionais fundamentais e o estudo dos princípios constitucionais gerais. Saber se existem alguns desses princípios que englobam os demais. Outro objetivo específico é verificar na lei consumerista os princípios constitucionais relativos à defesa do consumidor. Além disso, pretende esse estudo verificar se a constitucionalização do direito do consumidor facilitou a sua proteção.

Nesse trabalho, foram formuladas as seguintes hipóteses: (a) O atendimento a um princípio constitucional pode estar sendo observado mais outros princípios constitucionais (b) A constitucionalização do código de defesa do consumidor favoreceu a defesa do consumidor.

4. METODOLOGIA

A metodologia utilizada será uma pesquisa de natureza bibliográfica, através de revisão da literatura a respeito do tema gestão de pessoas em gerenciamento de projetos no setor público. Os artigos escolhidos em publicações brasileiras serão estudados e confrontados a fim de se obter opinião referente ao tema proposto.

5. DISCUSSÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS

A defesa do consumidor sendo reconhecida como direito e garantia fundamental, advém diretamente do princípio republicano, que se coaduna com os princípios da igualdade, justiça e equidade, exigindo a intervenção do Estado para assegurar a proteção do consumidor, considerado ela mais fraco da relação de consumo. Tal fato vem ao encontro do princípio da isonomia, que nada mais é do que o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. (TRAJANO, 2010)

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado, pela maioria dos doutrinadores, como fundamento essencial que rege os demais princípios. Por isso, o exercício do poder e a ordem estatal só serão legítimos se observarem o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana, que constitui verdadeiro pressuposto da democracia. O referido princípio expressa um valor inerente a todo cidadão. Esse valor deve ser respeitado por qualquer outra pessoa e, principalmente, por toda legislação jurídica, a fim de que o indivíduo não seja desrespeitado enquanto ser humano. (BRANDÃO, 2010)

Segundo (CHAGAS, 2011): “a dignidade da Pessoa Humana é um valor, antes de qualquer coisa, já preenchido, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de ser pessoa.”

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes princípios pelo fato de considerar o ser humano. O Estado existe por causa do ser humano e não o ser humano existe por causa do Estado. (TRAJANO, 2010)

A proteção do consumidor está diretamente ligada a questões que levam à dignidade da pessoa humana. Pode-se observar que a proteção do consumidor tem fundamento na diminuição da desigualdade entre consumidor e fornecedor. No artigo 6º, inciso I demonstra preocupação com a integridade física do consumidor. No artigo 8º trata da proibição dos produtos e serviços que podem acarretar riscos à saúde e segurança do consumidor, exceto as normais e previsíveis, obrigando os fornecedores a dar informações necessárias e adequadas a esse respeito. Os artigos 9º e 63 exigem que o fornecedor de produtos ou serviços nocivos ou perigosos informe de modo ostensivo e adequado sobre a nocividade, periculosidade e uso de produtos e serviços nessas condições e os artigos 12 e 14 que cuidam da responsabilidade objetiva dos acidentes de consumo. (TRAJANO, 2010)

O artigo 4º do código de defesa do consumidor diz do objetivo da política nacional das relações de consumo, colocando a dignidade da pessoa como sendo um desses objetivos. Dentro desse objetivo há citações que também estão diretamente relacionadas à dignidade da pessoa humana: saúde e segurança, a proteção dos interesses econômicos dos consumidores, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

Sendo um direito e garantia fundamental, o código de defesa do consumidor promove a cidadania. No artigo 4º, inciso II, coloca como um dos seus princípios mais importantes a presença do Estado para proteção e defesa do consumidor, tanto por iniciativa direta como por incentivo à criação e desenvolvimento de associações representativas pela presença do Estado no mercado de consumo.

A defesa do consumidor é um exemplo de igualdade feita pela Lei, no intuito de tornar mais igual uma relação jurídica tipicamente desigual, formada pelo consumidor, considerado extremamente vulnerável e pelo fornecedor que ocupa a posição de superioridade. (TRAJANO, 2010)

CHAGAS, 2011 diz que:

“na época de Aristóteles já se explicava que o resultado para diminuir a desigualdade era dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade.”

Claudia Lima Marques, *apud* Trajano, 2010, diz que:

“na Vulnerabilidade técnica o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço objeto da relação de consumo, podendo assim ser facilmente enganado sobre suas características ou utilidades. Pelo código de defesa do consumidor a referida vulnerabilidade para consumidor não profissional, destinatário fático do bem. Vulnerabilidade fática é o desequilíbrio fático das forças, intelectuais e econômicas que estão presentes na relação de consumo e a vulnerabilidade jurídica ou científica está relacionada a ausência de conhecimentos jurídicos, sendo presente também para o consumidor não profissional.”

As relações de consumo são pautadas no princípio da vulnerabilidade, por considerar que o consumidor possui fragilidade, pois está submetido aos meios de produção do fornecedor, ou seja, o consumidor mostra suscetibilidade face às práticas comerciais. A vulnerabilidade do consumidor é tida como presunção absoluta, pois considera que todos os consumidores são vulneráveis. Deste modo, o princípio da vulnerabilidade do consumidor dá maior importância à igualdade material, pois tende a tratar os desiguais de forma desigual, com objetivo de alcançar uma maior igualdade entre eles.

O Princípio da harmonia do mercado de consumo, é o princípio geral da defesa do consumidor que trata da harmonia entre consumidores e fornecedores, isto quer dizer que, dentro da relação de consumo deve haver um equilíbrio entre a empresa fornecedora de algum produto ou prestadora de serviço com o consumidor, devendo-se levar em conta a vulnerabilidade do consumidor.

O princípio da boa-fé objetiva é entendido como sendo uma obrigação das partes contratantes, no caso, consumidor e fornecedor, de se comportarem de modo a cumprirem seus deveres previamente estabelecidos. Para atender ao princípio da boa-fé objetiva é necessário analisar o fato concreto, que pode ser poder aquisitivo das partes, a capacidade intelectual, ou mesmo o meio cultural em que vivem. Deve-se interpretar a vontade das partes, a intenção de conduta de boa-fé.

A Constituição Federal traz a prerrogativa do direito de informar. Esse direito de informação na Constituição Federal é dito de três formas: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. O direito à informação visa assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que o consumidor fique satisfeito com a escolha do produto ou contratação do serviço que ele porventura venha adquirir. (LOPES, 2011)

Com o desenvolvimento tecnológico, principalmente com o advento da internet, o direito à informação passou a ser protegido, tendo em vista que um consumidor bem informado pode atuar no mercado de maneira mais consciente, o que traduz se em maior equilíbrio nas relações de consumo. O direito à informação clara, precisa e ostensiva tornou-se um dos pilares do direito do consumidor e um dos direitos mais importantes na sociedade atual. (GARCIA, 2015)

No Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor tem o dever de prestar informações a respeito dos seus produtos ou serviços aos consumidores, pois é o sujeito que mais conhece do produto ou serviço que está ofertando. O desequilíbrio nas relações de consumo surge dessa desigualdade de informação dos consumidores em relação aos fornecedores. (GARCIA, 2015)

Nesse contexto, o princípio da informação se torna bastante relevante para diminuir a vulnerabilidade dos consumidores, tornando a relação de consumo mais igualitária. Desse modo, A informação também é considerada um direito básico do consumidor, conforme descrito no artigo 6º do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III
– a informação adequada e clara so re os diferentes

produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço (...)

Nos artigos 30 e 31 também há prerrogativa do fornecedor informar aos consumidores:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31: A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

Nessa era do consumo contemporâneo, o artigo 30 é de suma relevância, tendo em vista que a publicidade tem se tornado ferramenta fundamental utilizada pelos fornecedores de produtos e serviços para aumentar o consumo em grande escala, na medida em que atinge grande número de consumidores. A publicidade pode influenciar a vida em sociedade através de anúncios publicitários anunciados nos mais diversos meios de comunicação, ou seja, televisão, internet, rádio, jornais, revistas com uso ou não de personalidades artísticas. (PELIZZARI, VASCONCELOS, 2016)

Dentre os princípios fundamentais da Constituição Federal, relacionados ao Código de Defesa do Consumidor, o princípio da boa-fé e o princípio da informação são os que mais necessitam ser obedecidos nas relações de consumo, pois ao serem observados pelos fornecedores,

consequentemente, os outros princípios constitucionais serão plenamente atendidos.

Nos princípios da boa-fé e da transparência estão contidos os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade, da igualdade, da cidadania e da vulnerabilidade.

Cláudia Lima Marques apud Brandão, 2016 entende que a boa-fé é o princípio máximo orientador do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Assim, deve estar presente em todas as etapas da relação entre consumidores e fornecedores. Para a autora, estes princípios contêm ainda o dever da transparência previsto no *caput* do artigo 4º do CDC.

No Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor tem o dever de prestar informações a respeito dos seus produtos e serviços aos consumidores, pois é o ente da relação de consumo que mais conhece do produto ou serviço que está ofertando. O desequilíbrio nas relações de consumo surge dessa desigualdade de informação dos consumidores em relação aos fornecedores. (GARCIA, 2015)

O princípio da informação, no Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor tem o dever de informar a respeito dos seus produtos e serviços colocados no mercado de consumo. O referido código também prevê como deve ser a informação dos produtos e serviços em todas as fases da relação de consumo: pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.

A constitucionalização do direito do consumidor facilitou sua proteção, visto que a partir daí o Estado se fez presente no mercado de consumo, incentivando a criação da política nacional da relação de consumo. Anteriormente à Constituição Federal de 1988, a defesa do consumidor era realizada de maneira pontual, não existindo uma política nacional para defesa do consumidor.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre os princípios fundamentais da Constituição Federal, relacionados ao Código de Defesa do Consumidor, o princípio da boa-fé e o princípio da informação são os que mais se destacam em relação aos

direitos dos consumidores, pois ao serem observados os demais princípios constitucionais serão plenamente atendidos.

A constitucionalização do direito do consumidor facilitou sua proteção, visto que a partir daí o Estado se fez presente no mercado de consumo, incentivando a criação da política nacional da relação de consumo. Anteriormente à Constituição Federal de 1988, a defesa do consumidor era realizada de maneira pontual, não existindo uma política nacional para defesa do consumidor.

Sendo assim, os objetivos propostos nesse trabalho foram plenamente atendidos. Entanto, o tema não se esgota na presente pesquisa, sendo importante que seja dada continuidade aos estudos e ao aprofundamento da reflexão sobre os princípios constitucionais aplicáveis à defesa do consumidor e a sua efetividade.

As hipóteses levantadas no presente artigo se confirmaram, tendo em vista que existem princípios que serem observados, há o atendimento a outros princípios, mostrando que eles se interligam. A segunda hipótese, também se configurou ser verdadeira, pois a constitucionalização do direito do consumidor favorece a proteção do consumidor.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARES, Eduardo Octavio Teixeira. Princípio da informação no Código de Defesa do Consumidor. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 140, set 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15336&revista_caderno=10>. Acesso em março 2017.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. Dignidade da pessoa humana e cidadania: Princípios fundamentais e essenciais para o acesso à Justiça. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7538>. Acesso em abr 2017.

CHAGAS, Leonel Rodrigues. Os princípios e normas do direito do consumidor na Constituição Federal. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 jan. 2011. Disponível em: . Acesso em: 09 abr. 2017.

FRANÇA, Bruna Simões. O princípio da igualdade nas relações de consumo, a boa-fé objetiva e os crimes previstos do CDC. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17489&revista_caderno=10>. Acesso em abr 2017.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre direitos fundamentais e novas tecnologias da informação: entre o consumismo e a sustentabilidade no contexto da obra de Nicholas Georgescu-Roegen. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 140, set 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15347&revista_caderno=10>. Acesso em março 2017.

LOPES, Hálisson Rodrigo. O direito de informação do consumidor. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011, disponível em:

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PELIZZARI, Alessandro Mattarredona; VASCONCELOS, Rubens Vicente Rodrigues. A vulnerabilidade do consumidor perante o consumo contemporâneo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 146, mar 2016, disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?in_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=169418revista_caderno10. Acesso em abril 2017.

SIMÃO, Lucas Pinto. Fundamentos constitucionais do direito do consumidor. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 149, jun 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17370>. Acesso em abr 2017.

WIERZCHÓN, Silvana Aparecida; OLIVEIRA, Edenilson Carlos de; DAYEH, Munir Abel K. D.; FIGUEIRA, Gomer; GOTTEL, Eliana. Princípios gerais da defesa do consumidor e direitos básicos do consumidor. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2702&revista_caderno=10>. Acesso em abr 2017.