

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 834

(Ano IX)

(30/12/2017)

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](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLONISTA DA SEMANA



27/12/2017 Luiz Flávio Gomes

» [Condução coercitiva: do STF sai muita confusão jurídica](#)

### ARTIGOS

29/12/2017 Ana Carolina Torres Campos

» [Conformação constitucional dos regimes próprios de previdência em âmbito municipal](#)

29/12/2017 Kátia Cristina Alves de Oliveira

» [A Responsabilidade Civil do Empregador Decorrente ao Acidente do Trabalho](#)

29/12/2017 Rafael Dantas Carvalho de Mendonça

» [A responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance](#)

29/12/2017 Rafael Tawaraya Gualberto de Carvalho

» [Mutação constitucional](#)

28/12/2017 Ana Carolina Torres Campos

» [Medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha e alienação parental](#)

28/12/2017 Andre Borges Coelho de Miranda Freire

» [Contornando dois óbices à usucapião rural: os bens pertencentes a estatais e a usucapião reconhecida apenas como matéria de defesa](#)

28/12/2017 Deborah Maria de Vasconcelos Gomes Soares

» [Marco regulatório do terceiro setor e o princípio da transparência](#)

28/12/2017 Filipe Reis Caldas

» [Consumidor, peça sua nota fiscal! O risco da venda de mercadoria sem emissão de nota fiscal](#)

27/12/2017 Juliana Costa Barboza

» [O diálogo entre os sistemas jurídicos ocidentais e seus reflexos na formação do precedente judicial brasileiro](#)

27/12/2017 Deborah Maria de Vasconcelos Gomes Soares

» [Princípio constitucional da publicidade](#)

27/12/2017 Filipe Reis Caldas

» [O avanço da tecnologia e as novas concepções do Direito Tributário](#)

27/12/2017 Mayna Cavalcante Felix

» [O papel do magistrado na realização da justiça](#)

26/12/2017 Rafael Tawaraya Gualberto de Carvalho

» [O pensamento de John Rawls e as políticas de cotas raciais no Brasil](#)

26/12/2017 Juliana Costa Barboza

» [Uma análise epistemológica sobre a decisão jurídica e sua relevância para a ciência do direito](#)

26/12/2017 Mayna Cavalcante Felix

» [Rui Barbosa e a defesa do princípio da igualdade entre os Estados na Conferência da Paz de 1907](#)

26/12/2017 Andre Borges Coelho de Miranda Freire

» [Obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação no CPC/2015: paternalismo ou eficiência? Um breve paralelo com o processo do trabalho](#)

26/12/2017 Roberto Rodrigues de Moraes

» [IRPJ e as perdas no recebimento de créditos](#)

#### MONOGRAFIA

27/12/2017 Vinicius de Souza Castro

» [Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz da jurisprudência e dos princípios constitucionais.](#)

## CONDUÇÃO COERCITIVA: DO STF SAI MUITA CONFUSÃO JURÍDICA

**LUIZ FLÁVIO GOMES:** é professor e jurista, Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri e Mestre em Direito Penal pela USP. Exerce o cargo de Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Atuou nas funções de Delegado, Promotor de Justiça, Juiz de Direito e Advogado. Atualmente, dedica-se a ministrar palestras e aulas e a escrever livros e artigos sobre temas relevantes e atuais do cotidiano.

Um ministro do STF concedeu duas liminares no sentido de proibir a condução coercitiva de pessoas que entram na mira da Lava Jato. Meras liminares (que exprimem nada mais que a opinião de um único juiz).

O diretor-geral da Polícia Federal já aproveitou o embalo pró-impunidade reinante na nossa cleptocracia para dizer que vai seguir essas liminares, até que o Plenário da Corte resolva o assunto. Não há data para isso.

Nenhuma liminar dos ministros do STF tem efeito vinculante, ou seja, não se torna obrigatória no país. Se a Polícia não cumprir a ordem do juiz de primeiro grau, poderá ser penalmente responsabilizada. Se nada for feito contra o renitente, a Justiça se desmoraliza. A confusão jurídica está plantada.

Na Lava Jato já foram determinadas 225 conduções coercitivas. A lei sobre o assunto (Código de Processo Penal, art. 260) é clara: ela só

pode ser deferida depois que a pessoa é intimada e não comparece em juízo.

Na operação Lava Jato não se promove a intimação precedente. A condução coercitiva, com isso, é decretada de forma direta. Isso é que está sendo questionado.

O STF foi imaginado para gerar estabilidade jurídica. Hoje se transformou, no entanto, em virtude das confusas e frequentemente partidarizadas decisões monocráticas dos seus ministros, em fonte de intermináveis polêmicas.

Cada vez mais nossa Corte se iguala às congêneres latino-americanas e, sobretudo, bolivarianas.

Cada ministro (isoladamente) se transformou num “mini” Supremo. Em lugar de um, temos onze Supremos. Um batendo cabeça com o outro. Sua credibilidade está em xeque.

Há três anos o tema da condução coercitiva é objeto de grande controvérsia, que pegou fogo no dia em que um ex-presidente acabou sendo levado coercitivamente para prestar esclarecimentos sobre vários supostos delitos.

Claro que o STF já deveria ter discutido isso no Plenário. Há tempos duas ações diretas foram propostas, uma do PT e outra da OAB.

O STF vai enrolando as controvérsias até onde consegue. A restrição ao foro privilegiado já estava praticamente decidida, quando houve um suspeito pedido de vista. Lógica da “embromação” (que favorece a corrupção sistêmica vigente).

Sobre a condução coercitiva o legislador também já podia ter definido o tema. Persiste, no entanto, sua omissão. Daí a interferência do Judiciário. Esse ativismo judicial quando solicitado pelas partes não deslegitima a atuação da Corte. De qualquer modo, uma simples mudança na lei resolveria tudo.

A proibição da condução coercitiva não impedirá a polícia de investigar os delitos. Mas um efeito colateral poderá ser produzido: a decretação de mais prisões temporárias. Até aqui, já foram 111 na Lava Jato. Esse número tende a aumentar significativamente se o STF pôr fim à condução coercitiva direta.

## CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA EM ÂMBITO MUNICIPAL

**ANA CAROLINA TORRES CAMPOS:** Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

**RESUMO:** O presente estudo busca, com base no método bibliográfico, analisar a história e o desenvolvimento da previdência social no Brasil, em especial do regime próprio de previdência social e os desafios de sustentabilidade nele atualmente verificados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Previdência Social; Regime Próprio de Previdência Social; Custeio; Equilíbrio.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Breve análise histórica do direito à Previdência Social; 2. O caso da previdência social dos servidores públicos brasileiros: dos seus primeiros regimes à Constituição Federal de 1988; 3. A estruturação da previdência social dos servidores públicos e a sua expansão após a Constituição Federal de 1988; 4. A Emenda Constitucional nº 20/1998 e a urgência de um equilíbrio nas contas previdenciárias do funcionalismo público; 5. Conclusão; Referências.

---

### Introdução:

Trazida como um direito pela Constituição em vigor, a previdência social visa a evitar a indigência social, constituindo importante mecanismo de repartição de riquezas. No Brasil, o seu surgimento esteve vinculado ao propósito de serem conferidos atrativos ao funcionalismo estatal. Todavia, a construção histórica do que hoje se conhece por regime próprio de previdência no Brasil trouxe desafios de sustentabilidade que, hoje, demandam urgente solução e reflexão.

### 1. Breve análise histórica do direito à Previdência Social

Em formato mais próximo ao modelo contributivo atualmente em vigor, a Previdência Social - termo oriundo do latim *pre videre*, significando a busca pela antecipação das contingências sociais e a



composição das mesmas<sup>[1]</sup>, para impedir a indigência social - pode ter a sua história dividida em quatro principais fases, a experimental, a de consolidação, a de expansão e a de redefinição<sup>[2]</sup>.

O primeiro momento histórico aqui estudado remete ao modelo inaugurado por Otto von Bismarck na Alemanha em 1883<sup>[3]</sup>, centrado na capitalização individual dos segurados do sistema, à semelhança de um seguro individual<sup>[4]</sup>. Houve, ainda, nesta época, outras iniciativas legislativas em sentido semelhante por toda a Europa, a exemplo da Lei de Reparação a Acidentes de Trabalho, promulgada em 1907 na Inglaterra<sup>[5]</sup>.

Na fase de consolidação, segundo momento do histórico aqui relacionado, verifica-se a constitucionalização de direitos sociais e políticos, sendo vanguardista neste processo a Constituição Mexicana de 1917, seguida pela Constituição de Weimar, de 1919.

A expansão da Previdência Social, terceira etapa aqui estudada, deu-se após a Segunda Guerra Mundial, quando ganharam espaço as ideias do economista inglês John Maynard Keynes, que apregoava a necessidade de uma maior intervenção do Estado, a fim de assegurar a melhor distribuição de renda<sup>[6]</sup>. As propostas de Keynes foram aprofundadas na Inglaterra em 1944, com o Plano Beveridge, responsável por instituir um regime de repartição em que toda a sociedade contribui para a criação de um fundo previdenciário único, do qual são retiradas as prestações para aqueles que venham a ser atingidos por alguma das hipóteses de risco social, assim previstas na lei<sup>[7]</sup>.

Em decorrência deste processo, surgiram duas formas fundamentais de proteção social, uma firmada na ideia de capitalização individual - o modelo *bismarckiano* - e outra respaldada na repartição entre toda a sociedade dos custos previdenciários, o modelo *beveridgeano*.

A Previdência desenvolve-se, então, como mecanismo de proteção individual e social, refletindo o propósito estatal de tornar mais efetivo o amparo aos administrados e, com isso, eximir-se de reparar

danos futuros mais custosos ao bem comum<sup>[8]</sup>. Todo este desenvolvimento histórico retrata, por isso, uma mudança nas preocupações do Estado, que foi assumindo compromissos sociais, a ponto de se falar, hoje, na existência de uma Administração de prestação, em lugar do antigo modelo da Administração de agressão. De maneira mais enfática, vale, em breve síntese, explicar que o conceito de Administração de agressão remete à atuação marcadamente repressiva, policialesca, a qual, por longo período de tempo, marcou o agir do Estado. De outro lado, a perspectiva da Administração de prestação traz como norte para a ação estatal a promoção das condições materiais necessárias à garantia dos direitos dos cidadãos, em especial os direitos fundamentais sociais, em oposição às preocupações ostentadas pelo Poder Público no modelo anterior<sup>[9]</sup>.

De modo simultâneo à ampliação da previdência social enquanto atividade de incumbência essencialmente estatal, as crises econômicas, o decréscimo demográfico, a automação e o aumento nos gastos públicos<sup>[10]</sup> acenderam os questionamentos sobre os papéis assumidos pelo Estado nos sistemas públicos de previdência. Eis aí a crise que conduziu à fase atualmente vivenciada: a necessidade de redefinição da Previdência Social.

Deste modo, o momento atual tem sido caracterizado por reformulações nos sistemas previdenciários públicos existentes pelo mundo. Em virtude disso, verificam-se reformas estruturais, responsáveis por transformar os fundamentos do sistema, e reformas não estruturais, marcadas por iniciativas de caráter mais brando, com o propósito de apenas melhorar o complexo público de benefícios, fortalecendo-o financeiramente a longo prazo<sup>[11]</sup>. É, sobretudo, com ênfase nesta última espécie reformista, largamente verificada na realidade pátria, que será desenvolvido o presente trabalho.

Com o propósito de assegurar uma compreensão adequada sobre o tema, importa, por último, introduzir alguns aspectos da história da previdência social no Brasil, cuja peculiaridade é o fato de ter sido direito inicialmente conferido aos funcionários públicos graciosamente, e não aos empregados do setor privado por força de reclamos da classe

trabalhista, em processo diverso do ocorrido na maioria dos países ocidentais. Tal fato decorre da formação histórica diferenciada do país, pois, à época em que se consolidava a Primeira Revolução Industrial na Europa, o Brasil deixava de ser colônia, contando com uma economia arcaica, baseada no latifúndio e no trabalho escravo<sup>[12]</sup>. De tal modo, conforme será tratado adiante, o estudo sobre o desenvolvimento da previdência social brasileira inicia-se pela história dos regimes previdenciários dos servidores públicos.

Outrossim, vale à pena antecipar aqui que o histórico deste regime pode ser sistematizado em três principais etapas. O primeiro momento desta divisão remonta ao período anterior à Constituição Federal de 1988, quando a previdência dos servidores públicos era financiada exclusivamente pelo Estado. A promulgação da Constituição em vigor representou, por sua vez, um segundo período na história do regime previdenciário em estudo e, apenas com a Emenda Constitucional nº 20/1998, o momento atual, norteador pela instauração do equilíbrio financeiro e atuarial, iniciou-se<sup>[13]</sup>.

## **2. O caso da previdência social dos servidores públicos brasileiros: dos seus primeiros regimes à Constituição Federal de 1988**

Considerada a precedência histórica dos regimes previdenciários dos servidores públicos no país, importa ressaltar que, em semelhança a muitos países ocidentais, as primeiras formas de proteção social no Brasil possuíam caráter preponderantemente assistencial e beneficente. Deste modo, no período colonial, foram criadas as Santas Casas de Misericórdia, as Irmandades de Ordens Terceiras e, em 1785, estabeleceu-se o Plano de Beneficências dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha<sup>[14]</sup>.

No entanto, o mais antigo texto em matéria de previdência social do funcionalismo público foi o Decreto nº 01 de outubro de 1821, que concedeu aposentadoria aos mestres e professores após trinta anos de serviço, assegurando aos que continuassem em atividade um abono sobre um quarto dos seus ganhos. É necessário enfatizar que, nesta época, o Poder Público brasileiro, por força de iniciativas do marquês de

pombal no século anterior, havia concentrado a educação como incumbência sua, e não da Igreja Católica, como anteriormente ocorria, tratando-se, então, de serviço prestado pelo Estado e por alguns particulares<sup>[15]</sup>.

Dentro da perspectiva em estudo, a Constituição de 1824 previu os “socorros públicos”, de caráter assistencial bastante vago e escassa efetividade, porque não representavam um verdadeiro dever do Estado, mas apenas um esboço de futuro direito social<sup>[16]</sup>. Anos mais tarde, em 1888, o Decreto nº 9.912-A estabeleceu como sendo trinta anos de serviço e sessenta anos de idade os requisitos para a concessão de aposentadorias aos funcionários dos Correios, instituição pertencente ao Império, pois seus serviços eram considerados monopólio e responsabilidade deste<sup>[17]</sup>.

Dois anos depois, em 1890, o Decreto nº 221 concedeu aposentadoria aos empregados da Estrada de Ferro Central do Brasil, estendida aos demais ferroviários empregados do Estado pelo Decreto nº 565, de julho daquele mesmo ano. Em seguida, já no período republicano, a Constituição de 1891 previu a aposentadoria por invalidez aos servidores públicos e a Lei nº 217 de 1892 instituiu a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte aos operários do Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro<sup>[18]</sup>.

Os beneficiários dos planos de previdência acima descritos não contribuía no curso do período de atividade, verificando-se, então, a concessão graciosa de benefícios por parte do Estado. A respeito desta concessão de benefícios aos servidores públicos, apontam-se várias justificativas, em especial o investimento na formação de um corpo técnico mais especializado e leal para atuar junto à Administração<sup>[19]</sup>, bem como o histórico poder de organização dos servidores públicos. Outrossim, encontrando-se o país sem condições financeiras de conceder reajustes salariais ou de promover políticas de pessoal expressivas, a alternativa foi a ampliação das formas de amparo previdenciário aos seus servidores<sup>[20]</sup>.

Por sua importância para o estudo da previdência dos servidores públicos, importa, também, mencionar a Lei Eloy Chaves, de 1923<sup>[21]</sup>, que estabeleceu a criação da primeira Caixa de Aposentadorias e Pensões (CAP) para os trabalhadores de empresas ferroviárias existentes, mediante contribuições dos trabalhadores, das empresas do ramo e do Estado<sup>[22]</sup>. A novidade aí verificada decorreu do fato de que esta lei voltou-se principalmente aos empregados privados, sendo cada CAP organizada no âmbito das firmas e administrada por uma comissão composta por representantes dos empregadores e dos empregados, sob o formato da capitalização<sup>[23]</sup>. Aqui, é interessante observar a tendência na história previdenciária do Brasil, à semelhança de outros países subdesenvolvidos, de serem criados planos de previdência para o funcionalismo público e para os setores considerados fundamentais ao desenvolvimento do Estado, com a exclusão de outros grupos, em processo limitado e claramente elitista<sup>[24]</sup>.

Por força da crise de 1929 e de seus impactos na economia brasileira, no governo Vargas, o crescimento do mercado interno motivou a ampliação do sistema de caixas e pensões vigente, estendendo-o a outros setores trabalhistas da iniciativa privada e também ao funcionalismo público. Foi neste contexto a criação do Decreto nº 20.465 de 1931, que limitou os gastos das Caixas com assistência médica e serviços complementares e estendeu o regime da Lei Eloy Chaves aos trabalhadores que atuassem em áreas consideradas extensões da atuação estatal - como os serviços de água, esgoto e telégrafos - fossem eles da esfera funcional pública ou privada. Outras iniciativas legais também podem ser enquadradas neste contexto, com a criação de novos regimes previdenciários, a exemplo do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos (IAPM), criado em 1933, e do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Bancários (IAPB), criado em 1934<sup>[25]</sup>. A Constituição de 1934 merece ênfase aqui, por ter sido a responsável pela constitucionalização dos direitos sociais no país, sob forte influência da Constituição alemã de Weimar, de 1919<sup>[26]</sup>.

No particular da previdência social dos servidores públicos, vale destacar que, até meados de 1930, tais sistemas eram fragmentados nos

Estados e Municípios, apresentando configuração bastante heterogênea. A organização desses vários regimes previdenciários deu-se mais efetivamente no governo Vargas, com a extensão do regime da Lei Eloy Chaves para os funcionários públicos de setores considerados essenciais ao Estado brasileiro, conforme já mencionado aqui, e com o Decreto-lei nº 288 de 1938<sup>[27]</sup>, criador do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (IPASE). O referido instituto unificou os montepios e instituições menores de diversas categorias de funcionários públicos federais, incumbindo-lhe o repasse dos valores destinados pelo Tesouro Nacional, na condição de mero agente pagador<sup>[28]</sup>.

A Constituição de 1937, por sua vez, trouxe apenas uma referência tímida ao direito à previdência social, com a previsão de que a legislação do trabalho observaria como um de seus preceitos “a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidente do trabalho”<sup>[29]</sup>.

De outro lado, em 1945, o Decreto-lei nº 7.526 buscou a criação de um sistema único de previdência social para os trabalhadores da iniciativa privada, o Instituto de Serviços Sociais do Brasil, projeto que só veio a efetivar-se sessenta anos depois. De seu turno, a Constituição de 1946 trouxe normas sobre previdência no capítulo sobre os Direitos Sociais e foi a primeira Constituição brasileira a fazer uso da expressão “previdência social”.

Em paralelo, a Lei nº 1.711 de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - regulava o direito à aposentadoria dos ocupantes de cargos públicos federais na qualidade de benefício assistencial, vigendo até 1990. Dentro da perspectiva ora relacionada, é imprescindível perceber que, desde os primórdios, a aposentadoria dos servidores públicos da União e das demais unidades da federação independia de custeio, pois o servidor fazia jus a esse benefício em razão de seu vínculo funcional, e não por contribuir para ele<sup>[30]</sup>.

Até o ano de 1960, quando a Caixa de Aposentadorias e Pensões dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos (CAPFESP) tornou-se o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Ferroviários e Empregados

Públicos (IAPFESP), as CAPs continuaram existindo paralelamente aos IAPs<sup>[31]</sup>. Importa esclarecer que, sobretudo após as grandes guerras, a maioria das empresas ferroviárias brasileiras foi estatizada, de modo que os seus empregados tornaram-se, em grande parte, integrantes do funcionalismo estatal. Apenas para se ter uma ideia, em 1957, cerca de dois terços dos ferroviários eram empregados em empresas estatizadas pela União ou pelos Estados<sup>[32]</sup>.

Em 1960, foi criada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), responsável por ter uniformizado normas para o amparo dos segurados e dependentes dos vários Institutos existentes. A lei em estudo designou, pela primeira vez, a previdência dos servidores públicos como regime próprio de previdência social<sup>[33]</sup>, mas excluiu da cobertura previdenciária os trabalhadores rurais e os domésticos<sup>[34]</sup>.

Apenas em janeiro de 1967, com o Decreto-lei nº 72/1966, foram unificados todos IAPs referentes aos trabalhadores do setor privado, criando-se o Instituto Nacional de Seguridade Social (INPS), com os fortes argumentos do controle e da segurança nacional<sup>[35]</sup>. Tal criação, todavia, representou o inconveniente de implicar em uma confusão dos recursos dos institutos unificados, carreados para o Tesouro Nacional, com o orçamento do governo<sup>[36]</sup>.

De seu turno, tratando sobre matéria previdenciária geral, a Constituição de 1967 estabeleceu a criação do seguro-desemprego, que não existia até então; a Emenda Constitucional nº 01 de 1969, entretanto, não inovou em matéria previdenciária.

Nesta época, como resultado do desenvolvimento histórico ora analisado, um grande problema era a convivência entre diferentes regimes jurídicos no funcionalismo público, constituído por pessoas lá introduzidas por critérios meritocráticos e outras inseridas em razão de um clientelismo político ainda hoje preocupante<sup>[37]</sup>. Afinal, não existia efetiva organização ou unidade quanto ao regime jurídico a que se submetiam os trabalhadores do Estado.

Em agravamento a essa questão, no início da década de 1970, grande parte dos municípios brasileiros editou leis para disciplinar o regime jurídico de seus servidores públicos, mas manteve a maioria das suas contratações pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)[38], o que trará grandes repercussões com a instituição do regime jurídico único a partir da Constituição de 1988.

A extinção do IPASE ocorreu apenas em 1977, com a edição da Lei nº 6.439, mas isto não levou à uniformização entre a previdência dos servidores públicos e a previdência dos trabalhadores da iniciativa privada. O referido diploma legal teve por finalidade simplificar o sistema previdenciário brasileiro, instituindo o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), cujas atribuições e patrimônio eram repartidas entre o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) e o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS)[39].

Finalmente, importa relacionar a Emenda Constitucional nº 18 de 1981, que trouxe o direito à aposentadoria com proventos integrais dos docentes do funcionalismo público, estabelecendo como requisitos os períodos de contribuição de trinta anos de serviço para os professores e vinte e cinco anos de serviço para as professoras[40]. Até esta época, no entanto, não havia uniformidade quanto ao regime jurídico ao qual os funcionários do Estado seriam submetidos. Tal questão apenas veio a ser enfrentada em 1988 com a Constituição Federal vigente, consoante será analisado a seguir.

### **3. A estruturação da previdência social dos servidores públicos e a sua expansão após a Constituição Federal de 1988**

Na busca pela instauração do Estado de bem-estar social[41], a Constituição Federal de 1988 inaugurou o segundo momento do histórico aqui falado, repartindo, de maneira muito detalhada, a Seguridade Social em Saúde, Assistência e Previdência Social, todas compreendidas como direitos fundamentais de segunda geração. A Previdência Social foi, então,



dividida inicialmente em Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) e em Regime Geral de Previdência Social (RGPS) <sup>[42]</sup>.

De acordo com a estruturação em vigor no Brasil, a Previdência notabiliza-se por seu caráter eminentemente coletivo <sup>[43]</sup> e por sua compulsoriedade, integrando a Constituição não apenas em seu aspecto formal, mas materialmente, servindo à concreção de uma justiça social<sup>[44]</sup>. Por isso, a despeito da possibilidade de reformas as quais lhe assegurem um mínimo equilíbrio, segundo a lógica das reformas não estruturais tratadas anteriormente aqui, é direito que não pode ser extinto na sistemática pátria atual, entendimento adotado nesta monografia.

Conquanto tenha trazido muitas novidades, a Constituição de 1988, em sua redação originária, seguiu a tradição constitucional brasileira na matéria e apenas previu as condições de acesso aos benefícios de aposentadoria e pensão por morte, sem estabelecer os critérios a serem observados para a organização dos regimes próprios de previdência. Conforme adiante será demonstrado, a disciplina trazida pela atual Lei Maior quanto à previdência dos servidores públicos contribuiu bastante para a notável multiplicação desses regimes em todo o país.

Neste passo, importa observar a previsão do art.39 da Constituição, com a instituição do regime jurídico único para os servidores públicos, optando o ente federativo por aderir ao regime geral, ou por criar um regime próprio de previdência para os seus funcionários. Vale ressaltar, aqui, o fato de que integrar o regime geral, administrado, a partir de então, pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), implicava na obrigatoriedade de recolhimento das contribuições e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) dos servidores públicos ao referido Instituto, o que onerava em cerca de 30% a folha de salários. A instituição de um regime próprio de previdência traria, à época, mais duas grandes vantagens: a expectativa de transferência de recursos do INSS relativos à compensação financeira entre os regimes e a disponibilidade de recursos da folha de salários dos servidores para o ente instituidor<sup>[45]</sup>.

Houve, assim, a migração de muitos servidores do sistema de emprego para o de cargo público, integrando, agora, o regime próprio de

previdência<sup>[46]</sup>. Afinal, antes de 1988, não havia uma homogeneidade no regime jurídico adotado pelo funcionalismo público, de acordo com o histórico pormenorizado no item anterior. Inclusive, estima-se que, até a instituição do regime jurídico único, cerca de 80% dos servidores da União encontravam-se submetidos ao sistema de emprego, e não ao de cargo público<sup>[47]</sup>. Desta sorte, a efetivação de um enorme contingente de servidores nos regimes funcionais de entes das três esferas da federação gerou um considerável passivo atuarial<sup>[48]</sup>.

Outro incentivo à multiplicação dos regimes próprios foi a possibilidade de retenção, pelo INSS, do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), dos Estados e Municípios cujos servidores estivessem vinculados ao RGPS e que não recolhessem os valores devidos a esses regimes, a partir da Emenda Constitucional nº 03 de 1993<sup>[49]</sup>.

Em relação ao custeio dos regimes próprios de previdência, a regra original prevista no parágrafo primeiro do art.149 apenas possibilitava a instituição de sistemas previdenciários contributivos, o que foi implementado por alguns entes federativos, a exemplo da União, cujo regime próprio de previdência tornou-se contributivo com a edição da Lei nº 8.112 de 1990<sup>[50]</sup>. Todavia, foi apenas com a Emenda Constitucional nº 03 de 1993, que a contributividade dos servidores vinculados ao regime próprio de previdência da União tornou-se regra de implementação obrigatória<sup>[51]</sup>.

No que se refere à competência para legislar sobre a previdência social, a nova Constituição, no inciso XII do seu art.24, colocou-a como assunto de competência legislativa concorrente, incumbindo à União a edição de normas gerais a serem complementadas pelos Estados e Municípios<sup>[52]</sup>. É possível, também, compreender que tal fato representou, a princípio, uma grande vantagem para os entes federativos que instituísem regime próprio de previdência, pois conferiu-lhes maior liberdade na adequação dos seus regimes próprios de previdência às suas necessidades<sup>[53]</sup>.

Os fatores destacados até aqui foram decisivos para a expressiva multiplicação de regimes próprios de previdência logo após a Constituição de 1988. Neste sentido, dados recentes apontam que, no Brasil, cerca de 2.093 entes federados instituíram regimes próprios de previdência social: a União, todos os 26 Estados e o Distrito Federal, além de mais de 2.065 Municípios[54]. Inclusive, dados de 2014 apontam que a quantidade de pessoas seguradas dos regimes próprios de previdência no país já atingiu a marca de 9,6 milhões, das quais 2,96 milhões são seguradas de previdências próprias municipais[55].

No caso dos municípios, objeto de análise mais detida neste trabalho, é muito fácil vislumbrar as condições extremamente favoráveis à expansão dos regimes próprios de previdência social. Afinal, a princípio, tais regimes implicaram em expressiva disponibilidade de recursos, até porque a unificação de regimes implicava, no caso, na compensação dos valores vertidos ao INSS para o RPPS então instituído na localidade[56]. Para além disso, a própria escassez de recursos nos entes ora examinados é inegável e contribuiu muito para que os regimes próprios se tornassem alternativas vantajosas para a Administração Municipal.

Ademais, não existiu uma preocupação efetiva com a base atuarial dos regimes de previdência dos servidores públicos no país, até porque, como já foi visto linhas atrás, o sistema sequer era contributivo na redação original da Constituição. O referido impasse não foi solucionado em 1988 e, como era de se esperar, eclodiu com a constatação do preocupante desequilíbrio financeiro e atuarial nestes regimes[57], cuja solução foi buscada por diversas emendas à Constituição, a exemplo da Emenda nº 03/1993. Todavia, a reforma mais paradigmática foi instituída pela Emenda Constitucional nº 20/1998, pautada na busca pelo equilíbrio financeiro e atuarial das contas previdenciárias do funcionalismo público, que, por isso, inaugurou o terceiro momento do histórico em exame e será detalhada a seguir.

#### **4. A Emenda Constitucional nº 20/1998 e a urgência de um equilíbrio nas contas previdenciárias do funcionalismo público**

A Emenda Constitucional nº 20 de 1998 inaugurou o terceiro momento do histórico aqui estudado, trazendo uma série de medidas no sentido de diminuir os privilégios conferidos aos servidores públicos e, assim, consolidar financeira e atuarialmente estes regimes, com particular ênfase para a imposição do equilíbrio financeiro e atuarial aos regimes próprios de previdência[58].

Previamente, vale lembrar que a Emenda em apreço instituiu muitas outras alterações, como a vedação da percepção de mais de uma aposentadoria à conta do RPPS[59], a aplicação subsidiária ao regime próprio das regras do RGPS e a possibilidade de instituição de um regime de previdência complementar pelos entes federativos[60]. Outro aspecto relevante foi a previsão no inciso III da Constituição Federal de 1988, a partir daí, de uma idade mínima para a aposentadoria no serviço público, com a extinção do tempo ficto de contribuição e a mudança das condições de acesso ao sistema, que agora ocorreria por meio de critérios mais rígidos[61].

A possibilidade de constituição de um fundo previdenciário foi outra importante medida trazida pela Emenda Constitucional em tela, com a inserção do art.249 na Constituição Federal. Tais fundos visaram a assegurar o pagamento dos proventos de aposentadoria e pensão concedidos aos seus servidores e dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros[62]. Foram, por isso, essenciais para a formação, pelos regimes próprios de previdência, das reservas necessárias ao pagamento futuro dos benefícios previdenciários[63].

Para além das providências listadas acima e como respaldo para elas, o aspecto mais relevante da Emenda Constitucional nº 20/1998 foi a imposição do equilíbrio financeiro e atuarial aos regimes próprios de previdência. Isto significa, de maneira bem simples, a busca pela compatibilidade entre receitas e despesas presentes - o equilíbrio financeiro - e entre receitas e despesas futuras, o equilíbrio atuarial, voltando-se à sustentabilidade do regime durante todo o período de existência do Plano Previdenciário[64]. Desta sorte, o princípio em tela assumiu, cada vez mais, a posição de política pública, por materializar verdadeiro objetivo a nortear a atuação estatal para o enfrentamento do

problema político de déficit nas contas da previdência própria[65], e não apenas uma diretriz principiológica de menor força.

Ocorre que a imposição desta nova realidade não implicou unicamente na construção de uma nova estrutura previdenciária para o funcionalismo público brasileiro, mas, sobretudo, na desconstrução de modelos falhos, então consolidados na história nacional, processo norteado pela busca do equilíbrio em tela[66]. Fala-se, com isso, em uma tendência de aproximação entre os regimes jurídicos do RGPS e do RPPS, com a progressiva adoção de critérios mais rígidos e diminuição dos benefícios existentes neste último regime, o que foi, inclusive, reforçado por emendas constitucionais posteriores, a exemplo da Emenda Constitucional nº 41 de 2003[67].

A partir das informações trazidas linhas atrás, importa ressaltar que ponto de grande destaque dentre as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional em tela, sobretudo para a compreensão da análise proposta no quarto capítulo desta monografia, é o fato de que a diretriz do equilíbrio financeiro e atuarial, aliada à obrigatoriedade de avaliação atuarial anual nos regimes próprios de previdência introduzida pela Lei nº 9.717/1998, conforme adiante se verá neste trabalho[68], voltou-se à necessidade de aumento da contributividade de tais regimes previdenciários, a fim de deter o crescente déficit financeiro e atuarial então verificado[69]. Isto conduziu à passagem, em muitos regimes próprios de previdência, do sistema de repartição simples, conhecido por "pacto entre gerações"[70], no qual as contribuições dos atuais funcionários da Administração custeiam as aposentadorias e pensões já concedidas, para o de capitalização, em que as contribuições dos próprios servidores materializam reservas para gozo futuro do próprio segurado ou de seus dependentes[71].

As alternativas para contornar a defasagem financeira e atuarial das previdências próprias, de acordo com a legislação vigente, são de duas principais espécies: a criação de fundos de previdência complementar e a segregação de massas previdenciárias[72]. Quanto a esta última medida, adotada inclusive no regime próprio de previdência da capital

pernambucana, tem-se a possibilidade de sua implementação por meio de um corte na linha temporal das filiações ao regime previdenciário.

Em outras palavras, ocorre uma separação entre os beneficiários do sistema e suas respectivas contribuições segundo o marco temporal de sua filiação àquele sistema de previdência, que é dividido em dois fundos distintos, dos quais um será livre dos ônus passados e outro, o que contemplar os déficits pretéritos, embora seja financeiramente descompassado, será extinto a médio ou longo prazo. Com isso, elimina-se o déficit, com a consolidação de um regime previdenciário com inicial superávit financeiro que, com o transcurso do tempo, é balanceado e materializa equilíbrio atuarial a consolidar as contas previdenciárias futuras[73].

De todo modo, porque o problema do equilíbrio financeiro e atuarial do regime previdenciário dos servidores públicos não é exclusividade brasileira, tal caminho tem sido traçado mundialmente, com ricas informações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tanto no que pertine aos principais motivos para o desequilíbrio dos referidos regimes, como em relação à tendência acima discutida.

#### 5. Conclusão:

Em face do aqui exposto, verifica-se a necessidade de respostas para o déficit previdenciário em estudo. Isto encontra justificativas principalmente em virtude de a Constituição de 1988 ter colocado a previdência social na qualidade de direito da mais alta valia.

Faze-se, pois, imprescindível o debate sobre o tema, a fim de que sejam encontradas as melhores soluções, em respeito aos direitos do administrado e as contas públicas, que clamam por tratamento mais responsável.

#### Referências:

AFONSO, Luís Eduardo. **Uma estimativa dos aspectos distributivos da Previdência Social no Brasil**. São Paulo: Tese de Doutorado em Economia da USP, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano I, vol. 14, no. 58, p. 107-135, out./dez. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BATICH, Mariana. Previdência do Trabalhador: uma trajetória inesperada. São Paulo em Perspectiva. Vol.18, no 3, São Paulo, Jul/Set 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392004000300004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000300004). Acesso: 15 out. 2017.

BRASIL, Ministério do Emprego e da Previdência Social. **Anuário Estatístico da Previdência Social 2014**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/AEPS-2014.pdf>>. Acesso: 30 set. 2017.

BRASIL, Decreto nº 288 de 1938. Cria o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro - DF, 24 Fev. 1938. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-288-23-fevereiro-1938-350732-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em: 15 Out. 2017.

BRASIL, Lei nº 3.807 de Agosto de 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 05 Set. 1960. Disponível em: . Acesso em: 23 Out. 2017.

BRASIL, Constituição Federal de Outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 05 Out. 1988. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 Out. 2017.

BRAUN, Jean Jacques Dressel. Accountability Previdenciária. In: **Revista TCE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 9, no. 1 e 2, pp. 76-93, Rio de Janeiro, jan./dez. 2014.

CALDART, Paulo Roberto e Outros. **Alternativas para capitalização dos regimes próprios de previdência social: um estudo de caso para o Rio Grande do Sul**. Brasília: Escola de Administração Fazendária, 2011.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. Curitiba: Juruá, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

COSTA, Rafael Neubern Demarchi. **A situação dos regimes próprios de previdência social**. Disponível em: . Acesso em: 31 Ago. 2017.

CRUZ, Paulo Márcio. **Poder, Política, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

DE SOUZA, Dalvin Gabriel José. **Introdução à Ciência Atuarial Aplicada ao Regime Próprio de Previdência Social**.

DOS SANTOS, Rita de Cássia Bessa. **O discurso da “racionalidade econômica” e a racionalização na reforma da previdência**. São Paulo: Tese de doutorado em filosofia da USP, 2008.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As Três Economias Políticas do Welfare State. In: **Revista Lua Nova**. no. 24. São Paulo: set. 1991. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006)>. Acesso em: 26 set. 2017.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. Regimes Previdenciários nos Municípios: RGPS e RPPS. In: **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 25 de set. de 2007. Disponível em: . Acesso em 22 out. 2017.



IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A previdência social como direito fundamental.** Disponível em: < <http://www.impetus.com.br/noticia/download/21/a-previdencia-social-como-direito-fundamental>>. Acesso em: 23 Out.2017.

IMPÉRIO DO BRASIL, Decreto nº 9912-A de Março de 1888. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9912-a-26-marco-1888-542383-norma-pe.html> >. Acesso em: 23 Out. 2016.

MACIEL, Lizete Shizue Bomura; NETO, Alexandre Shigunov. A educação brasileira no período pombalino: uma análise histórica das reformas pombalinas no ensino. In: **Educação e Pesquisa**. Vol.32. no 3. São Paulo: Set.Dez. 2006. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-97022006000300003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022006000300003) >. Acesso em 15 out. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2013.

MESA-LARGO, Carmelo. **A reforma estrutural dos benefícios da seguridade social na América Latina: modelos, características, resultados e lições**. In: V. S. P. Coelho (Org.), A reforma da previdência social na América Latina. São Paulo: Editora FGV, 2003.

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Previdência dos Servidores Públicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

NOGUEIRA, Naron Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado**. Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012.

NOGUEIRA, Naron Gutierre. O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado. In: **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano XIX, v. 81, n.4, pp. 75-91, out.nov.dez.2011.

NUNES, Ivanil. Expansão e crise das ferrovias brasileiras nas primeiras décadas do século XX. In: **America Latina en la Historia Económica**, vol.23, n.3, Set. 2016. Disponível: . Acesso em 15 out. 2017.

PERNAMBUCO, Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Relatório Contas de Governo - Previdência**. Disponível em: .pdf. Acesso em 15 out.2017.

PINHEIRO, Vinícius Carvalho. **Reforma de la seguridad social y federalismo: el caso brasileño**. In: SEMINÁRIO REGIONAL DE POLÍTICA FISCAL. Brasília: ESAF, 1999.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à lei dos benefícios da previdência social**. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, Delúbio Gomes Pereira da. **Regime de Previdência Social dos Servidores Públicos no Brasil: Perspectivas**. São Paulo: LTR, 2003.

SILVA, Raphael K. Cunha. **Segregação de Massa - Uma visão prática**. Disponível:  
[http://www.referenciagr.com.br/documentos/segragacao\\_massa.pdf](http://www.referenciagr.com.br/documentos/segragacao_massa.pdf).  
Acesso: 17 out.2017.

#### NOTAS:

<sup>[1]</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2013. P.287.

<sup>[2]</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Poder, Política, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. P.231.

<sup>[3]</sup> CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. Curitiba: Juruá, 2012. p.34.

[4] AFONSO, Luís Eduardo. **Uma estimativa dos aspectos distributivos da Previdência Social no Brasil**. São Paulo: Tese de Doutorado em Economia da USP, 2003. P.23.

[5] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P.42.

[6] CRUZ, Paulo Márcio. **Poder, Política, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. P.233.

[7] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P.44.

[8] IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social como direito fundamental. Disponível em: < <http://www.impetus.com.br/noticia/download/21/a-previdencia-social-como-direito-fundamental>>. Acesso em: 23 Out.2017. P.11.

[9] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano I, vol. 14, no. 58, p. 107-135, out./dez. 2014. P. 113

[10] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P.44.

[11] MESA-LARGO, Carmelo. **A reforma estrutural dos benefícios da seguridade social na América Latina: modelos, características, resultados e lições**. In: V. S. P. Coelho (Org.), **A reforma da previdência social na América Latina**. São Paulo: Editora FGV, 2003. P.30.

[12] ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à lei dos benefícios da previdência social**. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2003. p.45.

[13] NOGUEIRA, Naron Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado.** Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012. P.137.

[14] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P.68.

[15] MACIEL, Lizete Shizue Bomura; NETO, Alexandre Shigunov. A educação brasileira no período pombalino: uma análise histórica das reformas pombalinas no ensino. In: **Educação e Pesquisa.** Vol.32. no 3. São Paulo: Set.Dez. 2006. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-97022006000300003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022006000300003) >. Acesso em 15 out. 2017.

[16] NOGUEIRA, Naron Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado.** Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012. P.40.

[17] IMPÉRIO DO BRASIL, Decreto nº 9912-A de Março de 1888. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9912-a-26-marco-1888-542383-norma-pe.html> >. Acesso em: 23 Out. 2016. Art.1º.

[18] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P.68.

[19] ESPING-ANDERSEN, Gosta. As Três Economias Políticas do Welfare State. In: **Revista Lua Nova.** no. 24. São Paulo: set. 1991. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006)>. Acesso em: 26 set. 2017.

[20] CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos.** Curitiba: Juruá, 2012. P.42.

[21] NOGUEIRA, Narlon Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado.** Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012. P.37.

[22] LOPEZ, Felix Garcia e Outros. Conquistas, desafios e perspectivas da previdência social no Brasil vinte anos após a promulgação da Constituição de 1988. In: RIBEIRO, José Aparecido (Editor). **Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise.** Brasília: IPEA, pp. 39-94, 2008. P.45.

[23] AFONSO, Luís Eduardo. **Uma estimativa dos aspectos distributivos da Previdência Social no Brasil.** São Paulo: Tese de Doutorado em Economia da USP, 2003. P.18.

[24] AFONSO, Luís Eduardo. **Uma estimativa dos aspectos distributivos da Previdência Social no Brasil.** São Paulo: Tese de Doutorado em Economia da USP, 2003. P.9.

[25] AFONSO, Luís Eduardo. **Uma estimativa dos aspectos distributivos da Previdência Social no Brasil.** São Paulo: Tese de Doutorado em Economia da USP, 2003. PP. 12-13.

[26] NOGUEIRA, Narlon Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado.** Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012.. P.44.

[27] NOGUEIRA, Narlon Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado.** Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012. P.112.

[28] BRASIL, Decreto nº 288 de 1938. Cria o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro - DF, 24 Fev. 1938. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-288->

23-fevereiro-1938-350732-publicacaooriginal-1-pe.html >. Acesso em: 15 Out. 2017. Art.6º

[29] NOGUEIRA, Naron Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado**. Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012. P.44.

[30] CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. Curitiba: Juruá, 2012. P.49

[31] NOGUEIRA, Naron Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado**. Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012. P.44

[32] NUNES, Ivanil. Expansão e crise das ferrovias brasileiras nas primeiras décadas do século XX. In: **America Latina en la Historia Económica**, vol.23, n.3, Set. 2016. Disponível: . Acesso em 15 out. 2017.

[33] BRASIL, Lei nº 3.807 de Agosto de 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 05 Set. 1960. Disponível em: . Acesso em: 23 Out. 2017. Art.3º, I.

[34] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P.71.

[35] BATICH, Mariana. Previdência do Trabalhador: uma trajetória inesperada. São Paulo em Perspectiva. Vol.18, no 3, São Paulo, Jul/Set 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392004000300004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000300004). Acesso: 15 out. 2017.

[36] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P.72.

[37] NOGUEIRA, Naron Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado.** Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012. P.54.

[38] NOGUEIRA, Naron Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado.** Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012. P.114 - 121

[39] NOGUEIRA, Naron Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado.** Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012. P.54.

[40] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P.73.

[41] DOS SANTOS, Rita de Cássia Bessa. **O discurso da “racionalidade econômica” e a racionalização na reforma da previdência.** São Paulo: Tese de doutorado em filosofia da USP, 2008. P. 78.

[42] IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. P. 4.

[43] BRASIL, Constituição Federal de Outubro de 1988. **Diário Oficial da União,** Brasília - DF, 05 Out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 Out. 2017. Art.201.

[44] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P.61, 62.

[45] PINHEIRO, Vinícius Carvalho. **Reforma de la seguridad social y federalismo: el caso brasileño.** In: SEMINÁRIO REGIONAL DE POLÍTICA FISCAL. Brasília: ESAF, 1999. P.249.

[46] CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos.** Curitiba: Juruá, 2012. P.51.

[47] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2004. PP. 242-243.

[48] SILVA, Delúbio Gomes Pereira da. **Regime de Previdência Social dos Servidores Públicos no Brasil: Perspectivas.** São Paulo: LTR, 2003. PP. 23-24.

[49] NOGUEIRA, Naron Gutierrez. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado.** Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012.P.126.

[50] BRASIL, Constituição Federal de Outubro de 1988. **Diário Oficial da União,** Brasília - DF, 05 Out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 Out. 2017. Art.57.

[51] BRASIL, Emenda Constitucional n.º 3 de Março de 1993. **Diário Oficial da União,** Brasília - DF, 18 Mar. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm)>. Acesso em: 23 Out. 2017. Art. 1º.

[52] BRASIL, Constituição Federal de Outubro de 1988. **Diário Oficial da União,** Brasília - DF, 05 Out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 Out. 2017. Art.24.

[53] FELIPE, Jorge Franklin Alves. Regimes Previdenciários nos Municípios: RGPS e RPPS. In: **Universo Jurídico,** Juiz de Fora, ano XI, 25 de set. de 2007. Disponível em: Acesso em 22 out. 2017.



[54] COSTA, Rafael Neubern Demarchi. **A situação dos regimes próprios de previdência social**. Disponível em: . Acesso em: 31 Ago. 2017.

[55] BRASIL, Ministério do Emprego e da Previdência Social. **Anuário Estatístico da Previdência Social 2014**. Disponível em:< <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/AEPS-2014.pdf>>. Acesso: 30 set. 2017. P.782.

[56] BRASIL, Ministério do Emprego e da Previdência Social. **Anuário Estatístico da Previdência Social 2014**. Disponível em:< <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/AEPS-2014.pdf>>. Acesso: 30 set. 2017. P.779.

[57] CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. Curitiba: Juruá, 2012. P.50.

[58] BRASIL, Constituição Federal de Outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 05 Out. 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 Out. 2016. Art.201.

[59] Ressalvadas aquelas decorrentes de cargos acumuláveis, especificadas no art.37, XVI, da Constituição Federal de 1988.

[60] BRASIL, Constituição Federal de Outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 05 Out. 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 Out. 2016. Art.40, §§14-16.

[61] NOGUEIRA, Narlon Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado**. Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012.. P.151.

[62] NOGUEIRA, Narlon Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado**. Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012. P.155.

[63] NOGUEIRA, Naron Gutierre. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado.** Coleção Previdência Social. Vol.34. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012. P.153.

[64] DE SOUZA, Dalvin Gabriel José. **Introdução à Ciência Atuarial Aplicada ao Regime Próprio de Previdência Social.** P.3.

[65] BRAUN, Jean Jacques Dressel. Accountability Previdenciária. In: **Revista TCE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 9, no. 1 e 2, pp. 76-93, Rio de Janeiro, jan./dez. 2014. P.79.

[66] NOGUEIRA, Naron Gutierre. O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado. In: **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano XIX, v. 81, n.4, pp. 75-91, out.nov.dez.2011. P.83.

[67] NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Previdência dos Servidores Públicos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006. PP.203-208.

[68] Cf. P.40.

[69] PERNAMBUCO, Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Relatório Contas de Governo - Previdência.** Disponível em: .pdf. Acesso em 15 out.2017. P.5

[70] NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Previdência dos Servidores Públicos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006. PP.95-103.

[71] PERNAMBUCO, Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Relatório Contas de Governo - Previdência.** Disponível: <http://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/relatoriocontasgoverno/355/12-previdencia.pdf>. Acesso em 15 out.2017. P.5.

[72] SILVA, Raphael K. Cunha. **Segregação de Massa - Uma visão prática.** Disponível: [http://www.referenciagr.com.br/documentos/segragacao\\_massa.pdf](http://www.referenciagr.com.br/documentos/segragacao_massa.pdf). Acesso: 17 out.2017.

[73] CALDART, Paulo Roberto e Outros. **Alternativas para capitalização dos regimes próprios de previdência social: um estudo de caso para o Rio Grande do Sul**. Brasília: Escola de Administração Fazendária, 2011. P.11.

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DECORRENTE AO ACIDENTE DO TRABALHO**

**KÁTIA CRISTINA ALVES DE OLIVEIRA:** Graduada em Recursos Humanos, Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processual, Consultora em Recursos Humanos, Sócia e Proprietária da Empresa Exacty Auditoria & Consultoria em Recursos Humanos, Autora do livro: Levante-se, torne-se um profissional, Edição 2014, Editora Anjo Produções.

**RONILSON DE SOUZA LUIZ**  
(Orientador).

**Resumo:** Objetivo deste artigo tem por finalidade orientar empregadores sobre suas responsabilidades civis em consequência ao acidente do trabalho, bem como, apresentar de forma simples com base nos artigos da Consolidações das Leis Trabalhistas, Constituição Federal e Código Civil as obrigações do empregador em virtude dos riscos que poderão surgir durante as atividades laborais devido à falta de prevenção e segurança no trabalho. Apresentarei de forma clara e objetiva as indenizações que por lei é devido ao empregado decorrente do acidente do trabalho mediante a extensão do dano causado sendo; dano material e/ou material e até se obter o direito de requerer os dois ao mesmo tempo de acordo com a gravidade da lesão.

**Palavras chaves:** acidente do trabalho. Dano material e dano moral. Responsabilidade civil do empregador. Pensão vitalícia. Direito do trabalhador. (Mauricio Godinho Delgado 2012).

**Summary:** The purpose of this article is to guide employers about their civil responsibility in consequence of the accident at work, as well as to present in a simple way based on the articles of the Consolidations of Labor Laws, Federal Constitution and Civil Code the employer's obligations in virtue of the risks that might arise during the labor activities due to lack of prevention of occupational safety. I will present in a clear and objective way the indemnities that by law is due to the employee resulting of the accident at work by the extension of the damage caused being ; material and/or moral damage and even obtain the right to request both at the same time according to the severity of the injury.

**Key words:** work accident. Material and moral damage. Employer's civil responsibility. Ifetime allowance. Worker is right. (Mauricio Godinho Delgado 2012).

## **Introdução**

Pensando na história do direito do trabalho, em meados do século XII, idade média, os trabalhadores naquela época até os tempos de 1943 trabalhavam em busca de sobrevivência e sob pressão, eram obrigados a exercer suas atividades em troca de moradia e alimento, por sua vez quando houvesse acidente do trabalho, o mesmo era substituído e assim não sendo mais útil ao mercado de trabalho.

Já com a constituição da “CLT” Consolidação das Leis Trabalhistas, conforme decreto de 5.452 de 01 de maio de 1943, sancionada pelo presidente da época Getúlio Vargas, foram criadas leis ao trabalhador cujo objetivo em proporcionar aos trabalhadores segurança, direito, conforto e bem-estar.

Nos dias atuais grande parte dos empregadores ainda admitem empregados sem ao menos iniciar de forma correta e preventiva a contratação, incluindo-se exames admissionais contendo exames complementares, a fim de se obter a certeza de que o candidato estará apto a exercer a função, além da falta da prevenção da segurança e implantação da medicina no trabalho, cuja prevenção tem por finalidade evitar acidentes do trabalho e doenças ocupacionais desencadeadas, desta forma, afetando a qualidade de vida do trabalhador e assim gerando custos e indenizações para a empresa, uma vez que o empregador se torna o único e exclusivo responsável por todo dano causado por seu empregado conforme prevê o Código Civil (art. 927), “quem causar dano a outrem deverá indenizar a vítima pelos danos materiais e/ou morais sofridos por este”.

Este comportamento dos empresários é bem comum pelo simples fato de ambos não se sentirem os responsáveis pela causa do acidente do trabalho e, tampouco, não obtendo o conhecimento da responsabilidade civil de suas obrigações da condenação ao pagamento de indenização por dano moral ou material ao empregado acidentado.

**Mas afinal o que é essa responsabilidade civil?**

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais. 1

Portanto a responsabilidade civil é a obrigação de indenizar o dano que uma pessoa causa a outra, seja qual for o dano causado. Contudo o empregador acredita que tal acidente tenha sido causado devido à falta de prudência do empregado, entretanto seria inviável imaginar que o empregado tivesse o propósito de provocar o acidente sob pena de permanecer inválido ou incapacitado de retornar ao mercado de trabalho, prejudicando-se desta forma o sustento da sua família e descartando sua própria qualidade de vida pessoal e profissional.

Dentro do Direito Civil a lei é clara ao que se refere das obrigações da responsabilidade civil do empregador, entre outros danos causados.

O Direito Civil é a atividade primordial do direito privado, trata-se de um conjunto de normas jurídicas (regras e princípios) que regulam as relações jurídicas entre as pessoas, sejam estas naturais ou jurídicas. 2

### Vejamos o que diz o Código Civil da Responsabilidade do Empregador **Da Obrigação de Indenizar**

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

---

1 No Direito Romano, para se fixar a *stipulatio*, fazia-se mister o pronunciamento dos termos *dare mihi spondes? Spondeo* era o que devia responder aquele que se responsabilizava pela obrigação (vide Maria Helena Diniz, ob. Cit., p. 29). Sobre a matéria, vale a pena conferir o excelente Direito Romano, de José Carlos Moreira Alves (6. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998 v. II, p. 139-140)

1

2 Maiores informações disponíveis no site: <https://conceito.de/direito-civil>

Desta forma a obrigação da responsabilidade civil é reparar o dano que tenha sido causado, sendo que sem o dano não há em que se falar em reparação, pois a indenização só existe quando houver o dano, seja ele moral e/ou material.

Ainda assim a Lei nos retrata em outros artigos do Direito Civil, Direito do Trabalho e a Constituição Federal a responsabilidade do empregador quando o assunto se relata quanto aos riscos do acidente do trabalho sendo;

### **Dos Atos Ilícitos**

#### *Artigos extraídos do Código do Direito Civil*

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

### **Da Obrigação do Empregador no Direito do Trabalho**

#### *Artigos extraídos da CLT “Consolidação das Leis Trabalhistas”*

**Art. 2º** - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

**Art. 157** - Cabe às empresas:

I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

**Art. 158** - Cabe aos empregados:

I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;

II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:

- a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;
- b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

### **Dos Direitos Sociais**

*Artigo extraído da Constituição Federal*

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

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Nota-se que por intermédio destes artigos citados, além de outros que possivelmente devem existir a respeito da responsabilidade do empregador, este por sua vez deverá se responsabilizar por todo dano causado junto ao empregado, vale ressaltar que a falta de prevenção e a segurança no trabalho poderá de tal forma acarretar acidentes do trabalho.

#### **Mas afinal o que caracteriza o acidente do trabalho?**

O art. 19 da Lei de Benefício da Previdência Social n. 8.213/91 traz a seguinte informação; “acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”.

Ressaltando que todo assunto relacionado ao acidente do trabalho não está previsto no direito civil, e sim na legislação previdenciária, o que se trata no Direito Civil é a responsabilidade do empregador quando há danos, de tal maneira podemos citar que o acidente do trabalho gera o dano, portanto o empregado tem por direito ser indenizado pelo empregador durante todo período necessário.



Há dois tipos de acidente do trabalho; acidente típico e o acidente atípico.

O *acidente típico* é considerado o tipo de acidente mais comum causado dentro da empresa durante a jornada de trabalho causando lesão corporal, perfuração funcional, invalidez ou morte.

Já o *acidente atípico* está relacionado às doenças ocupacionais e doenças do trabalho que decorre em virtude das atividades laborativas. Existem outros tipos de doenças correlacionados a doença atípica sendo elas; ato de agressão, sabotagem praticado por colega de trabalho ou terceiros; desabamento, inundação, incêndio, contaminação acidental durante o trabalho, entre outras fatalidades.

Tanto o acidente típico, bem como, o acidente atípico deverá ser analisado o nexos causal. O nexos de causalidade é o vínculo fático que liga o efeito a causa, ou seja, é a comprovação de que houve dano efetivo, motivado por ação, voluntária, negligência, ou imprudência daquele que causou o dano, pois o nexos tem por finalidade avaliar a seqüela e verificar se a mesma houve a relação com trabalho, uma vez que houve o acidente e o mesmo foram avaliados não há o que se discutir, o nexos é incontestável, e, portanto é obrigação do empregador indenizar o empregado pelos danos causados, seja ele dano moral e/ou dano material.

Um exemplo da doença ocupacional é a “depressão”, nos dias atuais são inúmeros os empregados que sofrem com a depressão ao laborar suas atividades, vale ressaltar que não são todos os trabalhadores que estão sujeitos a pressão no trabalho, nem todo estresse no trabalho causa a depressão, e, contudo, se torna um assunto complexo e exigem cuidados do perito ao diagnosticar a depressão em doença ocupacional.

Outro ponto relevante se refere à importância da elaboração de laudos elaborados pela Medicina do Trabalho antes da empresa iniciar suas atividades.

### **Principais laudos**

PPRA “Programa de Prevenção de Riscos Ambientais” – Através deste laudo serão analisados os riscos no ambiente de trabalho a fim de evitar acidentes do trabalho e doenças ocupacionais.

PCMSO “Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional” – Por meio de diagnósticos serão avaliados a saúde do trabalhador, desta forma esclarecendo dúvidas se o mesmo está apto a exercer tal atividade.

LTCAT “Laudo Técnico das Condições do Ambiente do Trabalho” – Documento que visa reportar as condições do meio ambiente de trabalho do empregado, sendo obrigatório para todas as empresas, regulamentado pela previdência social.

Entre outros que se agregam a cada atividade exercida, vejamos o que diz o Art. 160 CLT;

Nenhum estabelecimento poderá iniciar suas atividades sem prévia inspeção e aprovação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho.<sup>3</sup>

Na contratação é obrigatório o empregador solicitar exames admissionais a fim de avaliar a qualidade de vida do empregado, da mesma forma que deverá realizar exames periódicos durante seu período de trabalho, de mudança de função, do retorno ao trabalho e quando sair por afastamento seja ele por auxílio doença, auxílio acidente do trabalho ou auxílio maternidade. Quanto ao exame demissional este deverá ser realizado antes do término do contrato de trabalho para se obter a certeza de que o empregado poderá retomar suas atividades em outro estabelecimento. Contudo caso o exame médico periódico tenha sido realizado no período de até 135 (cento e trinta cinco) dias para as empresas de grau de risco I e II, ou até 90 (noventa) dias para empresas de grau de risco III e IV não há necessidade de refazer o exame demissional, uma vez que o mesmo se encontra dentro do prazo de validade<sup>4</sup>.

Todas as empresas devem providenciar a elaboração de um laudo PCMSO, independente do seu número de empregados e grau de risco relacionado à atividade

---

<sup>3</sup> (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977). Acesso em 18/11/2017.

<sup>4</sup> Grau de risco da empresa encontra-se disponível na NR 04 Quadro I/ Acesso em 20/11/2017.

econômica. Vale ressaltar que os custos relacionados aos exames médicos deverão ser custeados pelo empregador conforme prevê o Art. 168 da CLT.

Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

I - na admissão;

II - na demissão;

III - periodicamente.

§ 1º - O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames:

a) por ocasião da demissão;

b) complementares.

§ 2º - Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer.

§ 3º - O Ministério do Trabalho estabelecerá, de acordo com o risco da atividade e o tempo de exposição, a periodicidade dos exames médicos.

§ 4º - O empregador manterá, no estabelecimento, o material necessário à prestação de primeiros socorros médicos, de acordo com o risco da atividade.

§ 5º - O resultado dos exames médicos inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica.

Enquanto que o colaborador, por sua vez, possui a obrigação de comparecer no local na data e no horário previsto para efetuar o exame. Na hipótese do empregado não for aprovado no exame demissional o mesmo não poderá ser demitido, conforme já mencionado anteriormente sobre a responsabilidade civil do empregador, pois a justiça do trabalho entende que a empresa é a única e exclusiva

responsável por qualquer quadro clínico desenvolvido pelo empregado durante suas atividades laborais. Desta forma, o médico deverá orientar a empresa e o empregado sobre quais procedimentos deverão ser adotados para resolver os problemas de saúde diagnosticado nos exames, e somente após o tratamento e a comprovação da aptidão de retornar as atividades que o contrato de trabalho poderá ser encerrado.

Todavia a responsabilidade sempre será do empregador, e a forma de se precaver dos riscos que poderão surgir durante as atividades laborativas se baseia sobre a prevenção dos riscos e acidentes do trabalho. Maiores índices dos empregadores admitem empregados sem ao menos iniciar de forma correta e preventiva o processo seletivo, incluindo-se exames admissionais contendo exames complementares, digamos que boa parte dos empregadores contratam pessoas em caráter de urgência sem ao menos haver um cronograma de tempo e planejamento de ação. De fato, o planejamento de ação se destina não somente para a captação do empregado que apresenta e atribui o perfil desejado, bem como, dispor da qualidade de vida para o trabalho, ou seja, apto a exercer a função.

Em razão, o empregador é o único responsável pelos riscos que de tal forma poderão surgir no dia a dia durante as atividades laboradas, o empregador se torna responsável desde o momento da contratação, sendo de sua obrigação em orientar cada empregado sobre suas tarefas, deveres, segurança e disciplina no trabalho, pois a falta de conhecimento de ambas as partes poderá a qualquer momento causar o acidente do trabalho, uma vez que não há segurança e medicina do trabalho implantada na empresa.

Uma prévia observação se refere a NR 01 – “ordem de serviço”. Poucos empregadores possuem o conhecimento da importância deste documento, este documento é elaborado pela medicina do trabalho junto com os demais laudos já citado anteriormente, por sua vez este documento contém esclarecimentos individuais para cada empregado, contendo informações quanto a função a ser exercida, bem como, riscos apresentados.

Por meio desta ordem de serviço o empregador estará de forma clara e objetiva orientando o empregado de tais procedimentos que deverão ser adotados durante as atividades laborais. Estas orientações são apresentadas na integração

após a finalização do processo seletivo e o início da contratação, após todo esse processo o empregado estará de forma segura e orientada a laborar suas atividades.

Ainda assim não descaracteriza a responsabilidade civil do empregador diante ao acidente do trabalho, porém o protege em casos de fiscalizações e processos judiciais, vale ressaltar que mesmo que o empregador forneça estrutura adequada, segurança e prevenção no trabalho na hipótese de acidente do trabalho o mesmo deverá se responsabilizar por todo dano causado ao empregado seja ele dano moral e/ou material, porém com argumentos que justifique a segurança no trabalho, podendo ser realizado perícias a fim de se obter se de fato houve imprudência no trabalho pelo empregado, desta forma revertendo e descaracterizando a responsabilidade civil do empregador uma vez que comprovado e sentenciado pelo tribunal da justiça do trabalho que houve a imprudência do empregado.

#### **Mas afinal qual a diferença entre dano moral e material?**

O dano é justamente a lesão ao patrimônio da pessoa, sendo dano moral ou dano material. O código civil em 1916 já previa a obrigação do direito da indenização da vítima, porém não previa exatamente os danos morais e sim os danos materiais. Já a Constituição Federal de 1988 já previa as obrigações das indenizações tanto dos danos materiais, bem como, o direito de requerer o dano moral. Por volta de 2003 Código Civil Art. 186 passou a fazer uma previsão expressa de indenização exclusiva por dano moral, cujo fundamento é a lesão do patrimônio jurídico da pessoa protegido.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

E, contudo, os critérios para se auferir especificamente o dano relacionado ao acidente do trabalho os valores das indenizações de dano moral e material são diferentes pois para cada tipo de dano é avaliado de fato o prejuízo causado vejamos;

#### **Dano Moral e Dano Material**

Não há uma regra para se calcular o valor do dano moral, se tratando de acidente do trabalho é inviável de se chegar a um valor quantificado, pois é preciso compreender a situação do dano causado, não é uma simples ocorrência que vai gerar indenização. Portanto, é preciso existir prejuízo, e se existe prejuízo a primeira característica é analisar a extensão do dano, ou seja, a gravidade do acidente.

Ex: Empregado perdeu as duas vistas, ou seja, perdeu totalmente a visão decorrente de um acidente do trabalho, nessa circunstância podemos visualizar de forma clara e objetiva o acidente do trabalho e a proporção do dano, o empregado perdeu a capacidade laborativa 100%, além da perda de sua vida social, portanto quanto valeria esse dano? Qual seria o valor da moral? Qual valor de sua dignidade e prejuízo? Para se chegar nesse valor é preciso que a justiça estabeleça dois critérios na avaliação a fim de se calcular o valor indenizatório do dano moral sendo;

- Analisar a extensão da gravidade do dano causado, realizar uma reflexão acerca de quanto esse dano foi desfavorável a vítima na vida social e profissional.

- Punir a empresa para que a mesma a partir deste dado momento passe a investir em prevenção e segurança no trabalho.

Vale ressaltar que para se chegar ao valor o juiz não terá como base somente o dano causado, a proporcionalidade da indenização gera em torno do porte da empresa, fica inviável o juiz condenar uma empresa de pequeno porte ou microempresa no valor de dois milhões, de tal forma a empresa não terá como pagar este valor indenizatório, mas poderá de alguma forma afetar os bens pessoais, nesse aspecto certamente o empregador terá problemas para o resto da vida.

O acidente por si só além de gerar diversos efeitos que geram direitos ao trabalhador que é vítima de acidente de trabalho tem previsto na legislação trabalhista, previdenciário e constituição federal uma série de direitos garantido para sua proteção.

O primeiro direito que podemos citar como um dever é a obrigação da empresa quando ocorre um acidente de trabalho elaborar o documento CAT “Comunicação de Acidente de Trabalho”, através desse documento que o empregado terá o direito de solicitar junto ao órgão do INSS “Instituto Nacional do Seguro Social” o auxílio acidentário. Este documento deverá ser emitido

imediatamente, prazo máximo de até um dia útil após o acidente, na hipótese de a empresa não emitir o documento ou omitir o documento, estará sujeito a fiscalização, além de prejudicar o empregado no que diz respeito ao direito do auxílio acidentário, se acaso o mesmo permanecer por mais de quinze dias afastado mediante orientações médicas.

Importante salientar que a emissão do documento da CAT poderá ser emitida por terceiros sendo eles; “pronto socorro, sindicato, empregado que sofreu o acidente, dependentes, medicina do trabalho, ou seja, qualquer pessoa que dispõe do conhecimento para abertura do documento poderá emitir, desde que o mesmo seja realizado de forma correta. No entanto a negligência da empresa causará punições conforme prevê artigo 22 da lei 8.213/99, vejamos.

**Art. 22.**

A empresa ou o empregador doméstico deverão comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social.<sup>5</sup>

§ 1º Da comunicação a que se refere este artigo receberão cópia fiel o acidentado ou seus dependentes, bem como, o sindicato a que corresponda a sua categoria.

§ 2º Na falta de comunicação por parte da empresa, podem formalizá-la o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública, não prevalecendo nestes casos o prazo previsto neste artigo.

---

<sup>5</sup> (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015). Acesso em 01/12/2017.

§ 3º A comunicação a que se refere o § 2º não exime a empresa de responsabilidade pela falta do cumprimento do disposto neste artigo.

Segundo direito adquirido do trabalhador diante ao acidente do trabalho se refere a estabilidade de emprego de doze meses após o retorno ao trabalho, o mesmo somente terá direito a essa estabilidade se de fato se manter afastado por mais de quinze dias ao trabalho. Se houver demissão durante o período de estabilidade, a empresa terá por obrigação em indenizar o empregado por todos os reflexos garantido na lei, pois o auxílio acidentário é um benefício de natureza indenizatória, ou seja, ele serve para suprir uma redução da condição de trabalho desse trabalhador que foi acometido de um acidente do trabalho ou até mesmo estar acometido de uma doença ocupacional que se desencadeou durante suas atividades laborativas.

Destaca-se, em caso do empregado receber alta do INSS, mas, a sua recuperação deixa sequelas que incapacita de forma parcial para exercer a mesma atividade que exercia antes, o empregador deverá designar o trabalhador para outra função.

Terceiro aspecto adquirido é o direito do FGTS “Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”, ou seja, o empregador tem por dever e obrigação em permanecer recolhendo as guias de FGTS durante todo o período em que o empregado estiver afastado por acidente do trabalho. Vale ressaltar que o afastamento por doença ocupacional também reflete nos mesmos direitos e obrigações do acidente do trabalho. Para maior clareza o afastamento por auxílio doença não possui os mesmos direitos do auxílio acidentário, o empregado não tem estabilidade e após o retorno ao trabalho e apto a exercer novamente suas funções cotidianas poderá ser demitido, salvo se houver estabilidade mínima em convenção coletiva da categoria, pois durante o período do afastamento por auxílio doença o contrato permanece suspenso.

Importante ressaltar que os códigos de afastamento são diferentes sendo, Código B31 para auxílio doença e B91 para auxílio acidentário e doença ocupacional, este por sua vez tanto o empregado, bem como, o empregador deverá



estar atento a solicitação do benefício junto ao INSS para que o mesmo obtenha o direito de receber auxílio de forma correta.

E, contudo, o dano material diferente do dano moral, podemos dizer que se trata de uma indenização mais concreta, isto é, todo prejuízo causado em decorrência do acidente do trabalho deverá ser indenizado.

Ex; Um trabalhador sofreu um acidente de trabalho e, contudo, haverá custos com medicamentos, desta forma o empregador deverá arcar com todos os custos necessários para a recuperação do trabalhador. O dano material tem muito a ver com ressarcimento, dessa forma o valor da indenização se torna mais objetiva ao se comparar com o dano moral, obtendo-se assim o direito do trabalhador no recebimento da pensão vitalícia, considerando-se que a força de trabalho é um bem material que aufere lucro, portanto a capacidade laborativa tem um valor objetivo, então diante ao acidente do trabalho é preciso pensar nas consequências causadas.

Então como forma de reparar o dano, nada mais justo, que a empresa seja condenada a indenizar o trabalhador por uma pensão vitalícia, ou seja, requerer todos os direitos previstos na convenção coletiva, sendo salário e benefícios.

Existe uma grande diferença no direito do auxílio acidentário e pensão vitalícia, pois a pensão vitalícia é determinada de acordo com o dano sofrido e pelo grau de redução da capacidade laborativa do trabalhador, já o auxílio acidentário como já citado anteriormente é um benefício fornecido pelo INSS sendo que o empregado paga o seguro do INSS uma vez que o mesmo é descontado em folha de pagamento, já a pensão vitalícia é provenientes de uma ação civil, ela é acumulável com o auxílio acidente, se tornando duas coisas diversas que se complementam, pois nada justifica o fato do trabalhador receber o auxílio acidentário que não poderá requerer a pensão vitalícia “auxílio civil” da empresa a título de dano material sentenciada por ação trabalhista. Vejamos uma ementa de pensão mensal vitalícia.

Deverá o empregador (a) ser condenada ao pagamento de pensão mensal vitalícia, no valor do último salário percebido pelo reclamante “empregado”, posto que, o comprometimento físico do autor limita sua capacidade laboral, nos precisos termos do artigo 950 do Código Civil.

**Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRABALHO. LESÕES CORPORAIS LEVES.** O dano, como pressuposto da indenização civil, pode ser conceituado como toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos como o patrimônio, corpo, vida, saúde, honra e bem-estar. Se não há prejuízo ou lesão, logicamente não há o que reparar. A partir dessa diretriz, tem-se que não é todo acidente de trabalho que gera direito à indenização para a vítima, ainda que perfeitamente caracterizados o nexo causal e a culpa patronal do empregador. O ressarcimento só ocorrerá se o acidente causar algum tipo de dano ao empregado<sup>6</sup>

Portanto, o pagamento das parcelas decorrentes do seguro acidentário não exclui a indenização devida pelo empregador, pois o empregado tem por direito em alegar que não dispõe de nenhum valor financeiro para aquisição de medicamentos, além de outras verbas a fim de custear remédios e tratamentos médicos até o momento do restabelecimento profissional para o desempenho de seu ofício.

Assim finalizo este artigo com objetivo de orientar empresas de suas obrigações e deveres diante a responsabilidade civil do empregador, a prevenção e implantação da segurança e medicina do trabalho poderá de tal forma contribuir com o bem estar e qualidade de vida de todos que compõe o quadro de colaboradores da organização, estando estes sujeitos a acidentes do trabalho a qualquer tempo que estiver a disposição da empresa. “Uma empresa com acidentes zero só depende de atitudes e reponsabilidades”.

## **Conclusão**

Desta forma finalizo este artigo com fundamentos importantes sobre as obrigações e deveres do empregador, bem como, os direitos do empregado. A justiça é clara e objetiva “quem causar dano a outrem deverá indenizar a vítima pelos danos materiais e/ou morais sofridos por este”. Portanto as empresas precisam se conscientizar na importância da prevenção da segurança no trabalho e a

---

6(TRT18, RO - 0001639-51.2011.5.18.0128, Rel. KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE, 1ª TURMA, 19/09/2012) TRT-18 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 00016395120115180128 GO 0001639-51.2011.5.18.0128 (TRT-18) Data de publicação: 19/09/2012

implantação da medicina do trabalho a fim de se precaver das doenças ocupacionais e os riscos de acidentes decorrentes a falta de orientação e proteção. Acidentes não acontecer por acaso e sim por negligência, agir com segurança é se interagir com a qualidade de vida, pois amanhã pode ser tarde!

### **Referências Bibliográfica**

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2006

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade**

**mecum Rideel**. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

HERTZ, Jacinto Costa. **Resumo histórico**. Acidente do Trabalho. Disponível em: <<http://www.acidentedotrabalho.adv.br/resumo/01.htm>>. Acesso em: 18/11/2017.

MELO, Raimundo Simão de. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 2008.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

#### **ANEXO I – Brasil é o 4<sup>a</sup> lugar no mundo em acidentes de trabalho.**

Segundo a OIT (Organização Internacional do Trabalho), o Brasil é o 4<sup>o</sup> colocado no ranking mundial de mortes por acidentes de trabalho, ficando atrás somente da China, EUA e Rússia. Os 4.948.000 incidentes da pesquisa do IBGE significam 13.744 acidentes por dia, 572 acidentes por hora. A Previdência Social também afirma que morreram no Brasil em 2013 2.797 trabalhadores devido a ocorrências no trabalho. Estes números são maiores do que os de mortos pela polícia no mesmo ano, que chegam há 2.212 pessoas segundo a oitava edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Se já é reconhecido que o Brasil vive uma verdadeira guerra civil protagonizada pela polícia contra a população negra e pobre, as estatísticas de acidentes de trabalho revelam a mesma realidade no mundo do trabalho, vivemos uma “guerra civil” pela patronal contra a classe trabalhadora.

#### **ANEXO II – Dados de acidentes de trabalho por faixa etária**

<b>Faixa Etária (anos)</b>	<b>PNS</b>
<b>Total</b>	<b>4.948.000</b>
18 a 29	1.676.000
30 a 39	1.417.000
40 a 59	1.572.000
60 anos ou mais	283.000

**Fonte: IBGE ( 2013) e MPS (2013).**

ANEXO III – Dados de acidentes do trabalho por atividades

Ramo da Economia	Quantidade
<b>Agropecuária</b>	23.440
<b>Indústria</b>	308.816
-Extrativa	7.139
-Indústria de transformação	222.473
--Produtos alimentícios e bebidas	52.846
--Produtos têxteis e artigos de	21.446
--Fabricação de papel e celulose	5.648
--Petróleo, biocombustíveis e coque	7.451
--Produtos químicos	8.251
--Artigos de borracha e material	14.349
--Produtos minerais não metálicos	12.806
--Metalurgia	10.439
--Fabricação de produtos de metal	17.803
--Fabricação de equipamentos eletrônicos e ópticos	3.057
--Fabricação de máquinas e	20.074
--Fabricação de veículos e equipamentos de transporte	25.605
--Outras indústrias de	22.698
-Serviços de utilidade pública (água, gás, eletricidade)	17.315
-Construção	61.889
<b>Serviços</b>	360.207
-Comércio e reparação de veículos automotores	99.583
-Transporte, armazenagem e	56.851
-Alojamento e alimentação	21.023
-Comunicações	3.995
-Serviços de tecnologia da	1.897
-Atividades financeiras	11.751
-Atividades Imobiliárias	1.400
-Serviços prestados principalmente a empresas	48.856
-Administração pública, defesa e seguridade social	22.996
-Educação	9.493
-Saúde e serviços sociais	70.602
-Artes, cultura, esporte e recreação	2.069
-Outros Serviços	9.691
<b>Total</b>	<b>717.911</b>

**ANEXO IV – Dados de acidentes do trabalho por Estados e Capitais**

<b>Brasil</b>	<b>4.948.000</b>
Rondônia	45.000
Acre	15.000
Amazonas	88.000
Roraima	13.000
Pará	319.000
Amapá	15.000
Tocantins	35.000
Maranhão	195.000
Piauí	73.000
Ceará	194.000
Rio Grande do Norte	69.000
Paraíba	79.000
Pernambuco	203.000
Alagoas	63.000
Sergipe	48.000
Bahia	358.000
Minas Gerais	575.000
Espírito Santo	63.000
Rio de Janeiro	257.000
São Paulo	903.000
Paraná	395.000
Santa Catarina	218.000
Rio Grande do Sul	294.000
Mato Grosso do Sul	69.000
Mato Grosso	102.000
Goiás	185.000
Distrito Federal	74.000

Fonte: IBGE ( 2013) e MPS (2013).

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA PERDA DE UMA CHANCE**

**RAFAEL DANTAS CARVALHO DE MENDONÇA:**  
Advogado. Graduado pela Universidade de Fortaleza.

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 garante o direito de reparação civil plena de danos causados injustamente aos indivíduos. Diante de tal perspectiva, a Responsabilidade Civil no Direito brasileiro vem ampliando o estudo acerca das espécies de danos considerados indenizáveis. Dentre os novos tipos de danos analisados pelos estudiosos da Responsabilidade Civil encontra-se o dano decorrente da perda de uma chance, originalmente concebido pela doutrina alienígena. A denominada teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance vem sendo amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátrias, todavia, verifica-se que em tal âmbito está ocorrendo grande divergência em relação à aplicação e classificação da responsabilização por perda de uma chance. Desta forma, através do presente artigo, tendo por base uma pesquisa da doutrina e jurisprudência pátrias, será tecida uma análise de tais pontos.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Responsabilidade Civil. Perda de uma chance. Histórico. Natureza jurídica.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento histórico. 3. A responsabilidade civil por perda de uma chance no direito brasileiro. 4. A perda de uma chance como dano certo e determinado. 5. A natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance. 6 Conclusão. 7. Referências.

---

### **1. Introdução**

Conforme entendimento consolidado na doutrina especializada, o instituto da responsabilidade civil é composto por quatro pressupostos indispensáveis, sem os quais inexistente o dever de indenizar: conduta, culpa, dano e nexo causal.

Todavia, existem situações onde a análise dos pressupostos da responsabilidade civil encontra certa dificuldade. Casos em que se verifica um determinado prejuízo para a vítima, entretanto, não se consegue vislumbrar, a partir de uma análise sumária, o dano certo e determinado, o que, por si só, inviabilizaria qualquer tipo de ressarcimento.

Diante de danos certos, porém não acolhidos pela concepção clássica da responsabilidade civil, a doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido de expandir as espécies de danos considerados indenizáveis. Nesse sentido (VIEGAS *et al*, 2012, p.28):

De fato, novas espécies de dano vêm sendo tuteladas pela doutrina e jurisprudência em razão da aparição de novos interesses. Atualmente já se consideram outras formas de danos ressarcíveis, desatrelando-se do pensamento da configuração do dano na perda patrimonial diretamente perceptível, para se reconhecer outras formas de dano, como, por exemplo, o dano decorrente da perda de uma chance.

Nesse cenário, com o desiderato de solucionar tal problemática, a jurisprudência e a doutrina começaram a repensar os elementos da responsabilidade civil, criando a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*), por meio da qual se traz para o campo do ilícito, segundo Daniela Pinto de Carvalho (2011, p. 307), as condutas que minam as chances, sérias e reais, de evitar um dano ou gerar um benefício, as quais as vítimas faziam jus.

No presente artigo, tratar-se-á de responsabilidade civil pela perda de uma chance, especificamente a respeito de sua evolução histórica, aplicação no direito pátrio, natureza jurídica e pressupostos de aplicação, utilizando-se como base tanto a percepção da doutrina comparada, como da doutrina pátria.

## 2. Desenvolvimento histórico



Consoante Sérgio Savi (2012, p. 2), durante muito tempo, o dano decorrente da perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito, pois não era possível afirmar com clareza que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida. Ignorava-se, assim, a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, qual seja, o dano da perda da oportunidade (chance) de obter a vantagem esperada.

Expondo o cenário anterior à aceitação da teoria da perda de uma chance (VIEGAS *et al*, 2012, p. 31):

Por muito tempo o Direito ignorou a possibilidade de se responsabilizar o autor do dano que gerou a perda de uma oportunidade ou de evitar um prejuízo a outrem argumentando que aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza, a ponto de propiciar uma reparação, igualmente à postura da doutrina, os Tribunais costumavam exigir, por parte da vítima que alegasse a perda de uma chance, prova inequívoca de que, se não fosse o evento danoso, a vítima teria conseguido o resultado que se diz interrompido.

Todavia, a partir de estudos desenvolvidos na França, conforme indica Sérgio Savi (2012, p. 3), em vez de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final esperado, nascendo, desta maneira, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da oportunidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem que não pôde se realizar.

Dessa forma, para solucionar a inicial incompatibilidade da reparação da chance com os pressupostos da responsabilidade civil, na teoria da perda de uma chance, criou-se o entendimento de que o dano será a chance perdida e não o resultado final. O resultado final não poderá ser imputado ao agente causador do dano, pois este depende de um processo aleatório onde outros fatores poderão determinar sua

ocorrência ou não (GONDIM, 2005, p. 23). Assim, o que se imputa ao agente é a perda da chance, da oportunidade de obtenção do resultado favorável ou de se evitar um prejuízo.

Destarte, através do pioneirismo francês durante o término do século XIX e início do século XX, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Nessa linha, a Corte de Cassação, na França, começou a conceder indenizações em casos de perda de uma chance, sendo o primeiro caso datado de 17 de julho de 1889, quando, conforme afirma Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 10-11), a citada corte “aceitara conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento”.

Apesar de tal decisão ser apontada como a primeira a aplicar a teoria da perda de uma chance pelo mencionado autor, Flávio da Costa Higa (2012, p. 17) afirma que tal entendimento está equivocado, pois a decisão de 17 de julho de 1889 foi proferida pela *Chambre de Requetes*, antiga divisão da Corte de Cassação Francesa que não tinha competência para a concessão de indenizações. Desta maneira, o mencionado autor atribui a primogenitura da jurisprudência francesa a julgado prolatado pela Corte de Cassação em 1932 (HIGA, 2012, p. 22):

[...] Tratava-se do caso de um notário, Sr. Grimaldi, provocou um duplo prejuízo a seus então clientes, o casal Marnier, em consequência de suas falhas e de sua conduta dolosa, que fez com que eles perdessem a chance de adquirir o imóvel que desejavam e, ainda por cima, tivessem de arcar com o pagamento de despesas de diversos atos notariais completamente inúteis.

No sistema da *Common Law*, o primeiro caso de aplicação (*leading case*) da teoria deu-se na Inglaterra em 1911, com o caso *Chaplin v. Hicks*. Em tal caso, conforme aduz Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 11), a autora era uma das 50 finalistas de um concurso de beleza conduzido pelo rei, o qual impediu a autora de participar da fase final do concurso que

consistia em uma apresentação perante um júri, onde concorreria a doze prêmios distintos.

O nome da autora, Sra. Chaplin apareceu em primeiro lugar no seu distrito, recebendo conseqüentemente uma carta para comparecer à fase final do concurso, que se realizaria no *Aldwich Theatre*, em Londres, às dezesseis horas do dia 6 de janeiro de 1909. Todavia, conforme Flávio da Costa Higa (2012, p. 31) a carta foi remetida para o endereço errado e posteriormente encaminhada à *Dundee*, onde a autora residia, tendo esta recebido a correspondência apenas no dia da fase final, retirando-lhe todas as chances de participar do concurso e concorrer a um dos doze prêmios. Um dos juízes de apelação argumentou que, diante da “doutrina das probabilidades” (loss of a chance doctrine), a autora teria vinte e cinco por cento de chances de ganhar um dos prêmios (SILVA, 2009, p. 11), concedendo, pois, indenização no valor de cem libras.

Retornando à análise da responsabilidade civil por perda de uma chance nos países que adotam o sistema da *Civil Law*, a partir do crescente avanço da doutrina e jurisprudências francesas acerca do tema, a análise da chance perdida expandiu-se por toda a Europa, com destaque para a Itália, sendo importante destacar, inicialmente, a doutrina desenvolvida por Adriano De Cupis.

De Cupis é apontado por Sérgio Savi (2012, p. 10) como o responsável pelo início da correta aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance pelo Direito Italiano, pregando a existência de um dano independente do resultado final e enquadrando a chance perdida no conceito de dano emergente e não como lucro cessante.

Nessa linha, Sérgio Savi (2012, p. 11) reconhece que o grande prestígio de De Cupis está no fato de ter enquadrado a chance perdida como uma espécie de dano emergente, o que afastaria possíveis objeções acerca da incerteza do dano. Desta forma, é a lição de Adriano De Cupis (*apud* SAVI, 2012, p. 11):

A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu

garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.

O suscitado autor italiano ainda foi responsável pela ideia de que apenas as chances sérias e reais podem ser indenizáveis, excluindo-se as chances pouco prováveis, que se traduziam em mera expectativa e, além disso, difundiu o entendimento de que a chance perdida terá sempre valor menor que a vitória futura (SAVI, 2012, p. 11).

Após a fundamental contribuição de De Cupis, Maurizio Bocchiola, professor da *Università di Milano*, em 1976, publicou o artigo intitulado: “*Perdita di una chance e certezza del danno*”. Sérgio Savi (2012, p. 18-19) argumenta que o citado autor foi responsável por estabelecer premissas de fundamental importância para a teoria da perda de uma chance, atribuindo a esta um valor econômico, definindo que o dano oriundo da chance perdida é certo, uma vez que “a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente”; e classificou a chance perdida como um dano presente, pois “a chance, quase sempre, é perdida no mesmo momento em que se verifica o fato danoso”. Ademais, Bocchiola, adotando entendimento de Piero Calamandrei, trouxe a ideia de estatística para a responsabilidade civil por perda de uma chance conforme ensina Sérgio Savi (2012, p. 22).

Assim, a doutrina italiana firmou entendimento de que o dano decorrente da chance perdida é uma espécie de dano emergente, uma vez que a chance está incluída no patrimônio da vítima no momento da conduta danosa e esta chance possui um valor financeiro.

Destaca Dalvaney Araújo (2010, p. 263) que a doutrina desenvolvida nos países da *Common Law* desenvolveram sua doutrina no sentido de classificar o dano advindo da perda da chance como um dano autônomo, independente das espécies clássicas de dano. A mencionada autora afirma ainda que parcela da doutrina estadunidense coloca a perda de

uma chance, em casos da seara médica, na perspectiva da causalidade parcial, devendo a conduta do agente lesador ser considerada tão somente causa parcial para a perda da vantagem esperada pela vítima.

A formação doutrinária alienígena não é totalmente convergente, o que também será verificado ao se analisar a aplicação da teoria no Direito Brasileiro.

### **3. A responsabilidade civil por perda de uma chance no direito brasileiro**

Assim como visto até o presente momento, a teoria da perda de uma chance, influenciada no âmbito da *Civil Law* pela doutrina francesa e italiana, configura-se, em linhas gerais, na possibilidade de se obter indenização em decorrência da perda da oportunidade de se alcançar determinado resultado favorável ou de se evitar determinado prejuízo. Todavia, conforme apontado, a chance deve ser séria, viável e considerável para que seja considerada como indenizável.

No Brasil, a adoção da responsabilidade civil baseada na perda de uma chance é relativamente nova e, tendo em vista que o Código Civil de 2002 nada prevê acerca da chance perdida, seu estudo ficou a cargo da doutrina e jurisprudência (VIEGAS *et al*, 2012, p.34). Entretanto, apesar da lei civil vigente ser omissa acerca da reparação das chances perdidas, traz, por outro lado, conforme salienta Glenda Gonçalves Gondim (2005, p. 25), um dos princípios fundamentais da responsabilidade civil, qual seja, o *neminem laedere*, referindo-se à necessidade de indenização às lesões sofridas por qualquer indivíduo.

Nesse cenário, diante do recente estudo da mencionada teoria em âmbito nacional, há divergência em sua aplicação: parcela da doutrina classifica a chance perdida como lucro cessante; outra como dano emergente; outra como dano exclusivamente moral; e outra como uma espécie autônoma de dano.

Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 324), ao enfrentar a teoria da perda de uma chance aponta que o fenômeno não se amolda aos danos

emergentes nem aos lucros cessantes, devendo, pois, a perda de uma chance ser classificada como uma terceira espécie de indenização.

Maria Helena Diniz, por sua vez, classifica a perda de uma chance como lucros cessantes, afirmando que (DINIZ, 2012, p. 86):

Trata-se não só de um eventual benefício perdido, como também da *perda da chance*, de oportunidade ou de expectativa [...]. Logo, ao se admitir indenização por lucros cessantes, procurar-se-á, em razão de juízo de probabilidade, averiguar a perda de uma chance ou de oportunidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos.

Tal posicionamento deve ser desde já rechaçado, pois não se pode confundir a perda de uma chance com lucros cessantes, uma vez que neste caso será indenizado a totalidade dos lucros razoavelmente esperados, enquanto que no caso de chance perdida, indeniza-se a chance em si considerada, valor este que sempre será menor do que o valor total do benefício final. Ademais, Gilberto Andressa Júnior (*apud* CARVALHO, 2011, p. 308):

A chance perdida, diga-se de passagem, jamais poderá ser confundida com os lucros cessantes, haja vista que estes somente se concretizam no momento dos fatos, enquanto a chance preexiste.

Sérgio Savi (2012, p. 60), ao seguir a orientação da doutrina italiana, diz que, em regra, a perda de uma chance gera um dano material, enquadrado como espécie de dano emergente, todavia, poderá também ser classificado como um agregador do dano moral. O que não pode ocorrer, segundo o mencionado autor, é o dano causado pela perda de uma chance ser entendido como um dano de ordem exclusivamente moral. Nessa linha, são as palavras do citado autor:

Em conclusão, haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano

moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral, já que, presentes os requisitos descritos neste livro, a perda de uma chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente.

Para Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 106-107), analisando a doutrina francesa e estadunidense, afirma que a responsabilidade civil por perda de uma chance encontra-se dividida em duas partes: ora é utilizada como uma categoria de dano específico, independentemente do dano final; ora é utilizada como recurso à causalidade parcial, hipótese em que se verifica a perda da vantagem esperada. A segunda espécie aplica-se, na maioria das vezes, à seara médica, da seguinte maneira (SILVA, 2009, p. 107):

Porém, quando o processo aleatório chegou até o final, como costuma acontecer na seara médica, a noção de causalidade parcial e chamada a depor. Neste último caso, a conduta do agente apenas retira algumas chances de a vítima auferir a vantagem esperada, fazendo com que esta ainda possa ser alcançada.

Sérgio Novais Dias (*apud* SAVI, 2012, p. 43), em sua clássica obra sobre a responsabilidade civil do advogado, entende, diferentemente dos posicionamentos até agora expostos, que a chance perdida teria apenas valor extrapatrimonial.

Por fim, existe posicionamento de Flávio da Costa Higa (2012, p. 81) que, após criticar os mais diversos posicionamentos adotados pela doutrina pátria, afirma que a perda de uma chance possui, em verdade,

característica de “situação lesiva”, que pode gerar todas as espécies de reparação por responsabilidade civil previstas no ordenamento.

Acerca da formação jurisprudencial dos tribunais nacionais, segundo estudo de Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 194), é inegável a primazia do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na aplicação consciente da teoria ora analisada, através de acórdãos prolatados pelo então desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Tal pioneirismo, ainda de acordo com o suscitado autor, deu-se em virtude de palestra proferida pelo professor François Chabas, em 23 de maio de 1990, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, intitulada *“La perte d’une chance em droit français”*.

O protagonismo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ocorreu logo no início da década de 1990 e foi expresso por duas decisões, a primeira datada de 12 de junho de 1990, em que foram expostos os pressupostos da teoria, para, com isso, afastar sua aplicação no caso concreto e, a segunda, por decisão datada de 29 de agosto do mesmo ano, onde foi acolhida a teoria e concedida indenização com base nela.

A segunda decisão, onde primeiramente fora aplicado de fato a teoria em tribunal nacional, ocorreu, segundo Flávio da Costa Higa (2012, p. 48-50), no caso Juchem contra Noé (Apelação Cível nº 591064837), onde o primeiro, antigo advogado da segunda, havia ajuizado, em 14 de agosto de 1975, ação em face do antigo INPS (hoje INSS), visando obter pensão por falecimento do seu cônjuge. Não obstante esta ação tivesse sido efetivamente proposta, não fora recebida por nenhuma das Varas Cíveis da Comarca, uma vez que os autos foram extraviados, sem culpa identificada, porém com a subsequente inércia do advogado, que nem sequer informou sua cliente acerca do ocorrido.

Flávio da Costa Higa (2012, p. 49-50), ao analisar o mencionado julgado, destaca o seguinte trecho do voto do relator:

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo.



Como ensinou o Prof. François Chabas: “Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance de tentar alcançá-la” (“La perte d’une chance em droit français”, conferência na Faculdade de Direito da UFRGS, 23.5.90). Por isso, não impressiona o argumento longamente expendido nas razões de recurso sobre a impossibilidade jurídica de a autora ver reconhecido seu direito à pensão previdenciária pela morte do marido, uma vez que este não era segurado do Instituto. O argumento tem dois defeitos: em primeiro, mostra que o réu está agindo contra os próprios atos, isto é, tendo proposto ação fundada na alegação de um certo direito, não pode justificar sua omissão de informar e de diligenciar, lembrando a inexistência desse mesmo direito. A ninguém é dado “venire contra factum proprium”; em segundo, porque a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda da chance, dentro do instituto da responsabilidade civil.

Após as duas decisões pioneiras do tribunal gaúcho, lento foi o acolhimento da doutrina pelos demais tribunais nacionais. Atualmente, conforme constatado por Sérgio Savi (2012, p. 47), nos tribunais brasileiros existem dezenas de decisões a respeito do assunto em praticamente todos os Tribunais de Justiça do país, como por exemplo:

Mandato. Responsabilidade civil. Falhas na prestação de serviços advocatícios. Perda de uma chance. Indenização. Dano moral. Se em virtude de falhas na prestação dos serviços advocatícios ocorreu a prescrição da pretensão de ex-cliente, responde o advogado pela frustração decorrente da perda de uma chance. Recurso parcialmente provido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível nº

0036977-42.2009.8.26.0562 SP, Relator Desembargador Cesar Lacerda, 28ª Câmara de Direito Privado, julgado em 31/07/2012, DJE 01/08/2012).

APELAÇÃO CIVIL. ENSINO PARTICULAR. DEMORA NA ENTREGA DE DOCUMENTOS PARA PROVIDENCIAR A TRANSFERENCIA DA PARTE AUTORA. PERDA DE CHANCE DE TRANSFERENCIA DE UNIVERSIDADE. DESIDIA DA UNIVERSIDADE. DANOS MORAIS DEVIDOS. A hipótese dos autos configura evidente caso de perda de uma chance, pois a negligência e o descaso da demandada ocasionaram a perda da possibilidade de transferência do curso frequentado pela autora para a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Agora, para um novo ingresso, a demandante terá que se submeter a vestibular, cuja aprovação é incerta. [...]. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70046823233 RS, Relator Desembargador Romeu Marques Ribeiro Filho, Quinta Câmara Cível, julgado em 29/02/2012, DJE 06/03/2012).

Todavia, a formação jurisprudencial dos tribunais nacionais, provavelmente influenciada pela divergente formação doutrinária, acabou por externar julgados com as mais diferentes formas de abordagem da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, consoante destacado por Sérgio Savi (2012, p. 47):

Alguns julgados entendem que a perda da chance deva ser considerada uma modalidade de dano moral ou, em outras palavras, que seria capaz apenas de gerar um dano de natureza extrapatrimonial. Por outro lado, há farta jurisprudência reconhecendo a possibilidade da perda de uma chance gerar danos de natureza patrimonial. Nestes casos, os tribunais, na maioria

das vezes, entendem que estaríamos diante de hipóteses de lucro cessante. Raramente encontramos julgados entendendo que a perda de chance, quando gera dano material, deva ser tratada como modalidade de dano emergente.

A partir da análise da situação da doutrina e jurisprudência nacionais acerca da teoria da perda de uma chance, verifica-se que sua aceitação já é majoritária. Todavia, doutrina e jurisprudência mostram-se bastante divergentes em relação à forma de classificação da perda de uma chance.

#### **4. A perda de uma chance como dano certo e determinado**

Consoante já destacado, durante muito tempo o dano decorrente da perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, de acordo com palavras de Sérgio Savi (2012, p. 2), foi ignorado pelo Direito, pois não era possível afirmar com clareza que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida.

Para os adeptos de tal corrente, como inexistente possibilidade de se determinar qual seria o resultado final, não se cogita a existência de dano pela perda da chance, pois esta recai na seara do dano hipotético, eventual. Ignorava-se, pois, a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, qual seja, o dano advindo da perda da oportunidade (chance) de obter aquela vantagem. Em outras palavras, a teoria não poderia ser aceita, pois esta violaria o requisito da certeza do dano, gerando a inaceitável indenização de danos meramente hipotéticos, não revestidos da indispensável característica da certeza.

Atualmente ainda existe posicionamento na doutrina nacional que refuta a aplicação da teoria da perda de uma chance sob a justificativa de se tratar de dano incerto, meramente hipotético e, portanto, não indenizável. Trata-se do posicionamento de Rui Stoco (2007, p. 512), segundo o qual a aplicação da teoria da perda de uma chance, em casos de responsabilidade civil de advogado, é inaceitável, pois, para o mencionado autor, “admitir a possibilidade de o cliente obter reparação

por perda de uma chance é o mesmo que aceitar ou presumir que essa chance de ver a ação julgada conduzirá, obrigatoriamente, a uma decisão favorável a ele”.

De fato, a problemática da certeza é essencial para o correto entendimento da teoria da perda de uma chance, pois o processo aleatório em que a vítima se encontrava foi interrompido antes de chegar ao seu fim, tendo o ofensor fulminado todas as chances da vítima. Nessa linha (VIEGAS *et al*, 2012, p. 38):

Não há como se saber se, tendo o advogado recorrido, a decisão seria favorável; ou se, tendo o participante concorrido, sairia vitorioso do certame. O que se tem presente é somente a probabilidade de ocorrência do resultado esperado, baseando-se em uma “suposição legítima do futuro”.

Destarte, diante de tal situação, é evidente que, ao se analisar a teoria da perda de uma chance como a perda do resultado final, chega-se a uma conclusão de que o dano é incerto, pois impossível seria prever a ocorrência ou não do resultado final, sendo, portanto, indemonstrável.

O que realmente existe, conforme trecho supracitado, é a chance, a probabilidade de ocorrência do resultado final. Com isso, as teorias que afastavam a aplicação da teoria da perda de uma chance restaram superadas na medida em que se trocou o elemento analisado. Assim analisa Flávio da Costa Higa (2012, p. 58):

Os argumentos que vergastavam o acolhimento da perda de uma chance restaram superados, na medida em que continham equívocos na premissa e no elemento cronológico a ser examinado. Isso porque, quando eles investigaram a propalada “certeza” do prejuízo na perda de uma chance, lançaram seus olhares para um futuro hipotético (*v.g.*: o êxito no recurso cuja interposição foi negligenciada, a vitória do jóquei no páreo que não pode ocorrer etc.), quando deveriam ter operado um

deslocamento temporal em suas análises, para mirar um passado certo, no qual constava um chance que já compunha a esfera de bens – patrimoniais ou extrapatrimoniais – da “vítima” e que poderia ser valorada, sendo, portanto, passível de indenização, ainda que de cunho exclusivamente moral, como se verá mais adiante.

Essa constatação não é nova, pois Maurizio Bocchiola, em obra publicada em 1976, já havia averiguado em suas pesquisas que o problema da certeza do dano é superado a partir do momento em que se passa a analisar a existência da chance perdida (SAVI, 2012, p. 18-19):

Para defender a indenização das chances perdidas no direito italiano, Bocchiola analisa alguns julgados de outros países que a admitem e chega às seguintes conclusões: (i) nestes casos, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, isto é, faz-se distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo; (ii) segundo esta perspectiva, com o termo chance não se indica uma vantagem possível e, conseqüentemente, um dano eventual, mas a possibilidade ou a probabilidade de um resultado favorável; e (iii), ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente; perdida a chance, o dano é, portanto, certo.

No dano decorrente da perda de uma chance, é certa a existência da própria chance, entidade passível de valoração econômica e, conseqüentemente, juridicamente tutelada. A indenização corresponde, desta forma, à chance (certa), e não ao resultado esperado (incerto).

A chance perdida pode ser classificada como um dano certo. Todavia, não será toda e qualquer chance perdida que será indenizável. Nessa esteira, Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 138) defende que as chances devem ser sérias e reais, sendo de suma importância o estabelecimento de limites rigorosos quanto à seriedade das chances, pois, do contrário, indenizar-se-ia a chance perdida ainda que esta representasse uma “simples esperança subjetiva”.

O aspecto da realidade das chances, consoante Flávio da Costa Higa (2012, p. 84), deve ser analisado sob o prisma objetivo: ou existe chance, mesmo que mínima, sendo esta, portanto, real; ou não existe chance alguma, afastando-se assim o aspecto da realidade. Para ilustrar o requisito, o mencionado autor cita o seguinte exemplo (HIGA, 2012, p. 84):

Jacques Boré, em feliz ilustração, exemplificou com a hipótese de um doente terminal, vítima de um câncer incurável, que possui a esperança subjetiva, quiçá por motivos religiosos, em sua cura; entretanto, do ponto de vista médico, ele não dispõe de chance real de debelar a doença. Isso significa que, embora a manutenção de expectativas favoráveis possa desempenhar uma importante função sob o aspecto psicológico, para o jurista, a mera esperança subjetiva é um conceito vazio de utilidade prática.

O aspecto da seriedade da chance perdida, por outro lado, diz respeito a uma probabilidade palpável, devendo ser afastada a chance de possibilidade diminuta, que seja meramente especulativa. Nesse sentido (ARAÚJO, 2010, p. 262):

Portanto, por meio de estatística e cálculos de probabilidade, é possível avaliar se a chance era de fato séria, não se tratando de mera hipótese de perda de uma simples expectativa. Esclarece Venosa (2004) que, se a possibilidade frustrada é vaga ou

meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. Isso porque a “chance” deve ser avaliada quando existe certo grau de probabilidade, como no caso de um cavalo obter vitórias em um determinado torneio ou de um recurso não interposto ser bem-sucedido. O julgador deverá estabelecer se a possibilidade perdida constitui uma probabilidade concreta, já que a oportunidade, como elemento indenizável, implica a perda ou frustração de uma expectativa ou probabilidade (VENOSA, 2004, p. 245).

Nesse ponto, entra em ação o tão celebrado auxílio das estatísticas e probabilidades, que, consoante Sérgio Savi (2012, p. 2), tornou possível determinar, com aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que inicialmente parecia entregue à própria sorte, a ponto de poder considerá-lo um valor normal, dotado de autonomia em relação ao resultado final a que as chances correspondiam.

Com isso, de acordo com o grau de probabilidade que determinada chance tinha de se concretizar, esta poderá ser considerada séria ou não. Contudo, surge a seguinte indagação: existe um percentual de probabilidade mínimo para uma chance ser considerada séria e, portanto, indenizável?

Sérgio Savi (2012, p. 65), adotando a doutrina italiana, a partir das lições de Bocchiola, entende que para a chance ser considerada séria deve ter percentual de probabilidade superior a 50% (cinquenta por cento) de vir a se concretizar. Nessa linha são as palavras do suscitado autor:

Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito

no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente.

O supracitado posicionamento também é adotado por Sergio Cavalieri Filho (2009, p. 75), que afirma que a chance perdida somente será indenizável se “houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis”.

Esse posicionamento é severamente criticado por Flávio da Costa Higa (2012, p. 86-87), que afirma que a adoção de tal critério é totalmente sem fundamento, além de ser “infeliz” pela ideia de ter tabelado o conceito de seriedade. De acordo com o autor, o legislador, ao trazer a ideia de seriedade do dano, optou por uma redação a partir de cláusula aberta, não cabendo ao intérprete, desta maneira, “desvirtuá-la, preenchendo, em juízo prévio e abstrato” tal conceito.

Dizendo que não há como assegurar que uma chance com probabilidade de 40% (quarenta por cento), ou até menor, de se concretizar não seja séria, o mencionado autor (HIGA, 2012, p. 90) propõe, utilizando-se da lógica hegeliana, que a ideia de seriedade deve ser analisada, caso a caso: “quando o intérprete alcançar a ‘medida’, o quanto qualitativo, que é o momento, averiguando concretamente, em que a soma de determinada quantidade de chances [...] tem o condão de comutar-se em algo juridicamente tutelável”. Assim, defendendo que a seriedade da chance não pode ter valor fixado, afirma o autor (HIGA, 2012, p. 92):

É nesse requinte que o hermeneuta deve investigar a seriedade da chance: do ponto exato em que uma determinada quantidade deixa de ser algo amorfo e destituído de valor, para, transmudando a sua qualidade, transformar-se em algo sério, merecedor de tutela jurisdicional segundo a teoria das chances perdidas.



Assim, a doutrina de Flávio da Costa Higa traz a ideia de que fixação do percentual mínimo de probabilidade para que uma chance seja considerada séria acaba por limitar a aplicação da teoria da perda de uma chance, devendo, pois, o aspecto da seriedade ser analisado diante de cada caso concreto.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Recurso Especial nº 788.459-59, proferiu decisão que concedeu indenização por perda de uma chance mesmo após concluir que, no caso analisado, a probabilidade do resultado esperado se concretizar era de apenas 25% (vinte e cinco por cento), o que demonstra que o pretório adota entendimento contrário à limitação de 50% (cinquenta por cento) proposta por Sérgio Savi e Sergio Cavalieri Filho.

### **5. A natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance**

Matéria não pacífica no direito brasileiro diz respeito à natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance. Alguns doutrinadores o classificam como dano exclusivamente extrapatrimonial, outros o classificam como dano material, dividindo-se, nesta última hipótese, em classificar a perda da chance como sendo dano emergente ou lucro cessante.

Diante da inquestionável divergência, tanto doutrinária, quanto jurisprudencial, acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, faz-se necessário tecer uma rápida análise acerca da correta forma de classificação de sua natureza jurídica.

Cabe ser refutada por completo a corrente que classifica a chance perdida como lucro cessante, pois, conforme já destacado alhures, neste caso será indenizado a totalidade dos lucros razoavelmente esperados, por enquanto que no caso de chance perdida, indeniza-se a chance em si considerada, valor este que sempre será menor do que o valor total do benefício final não alcançado:

No caso de lucro cessante, se tem certeza que a vítima teria um ganho futuro, só não se sabe de quanto seria exatamente este ganho. Por outro lado, na perda de uma chance, não se tem certeza que o indivíduo auferiria o lucro, mas justamente o que se pretende indenizar não é a perda do lucro esperável, e sim a perda da oportunidade de conseguir este lucro. (VIEGAS *et al*, 2012, p. 35)

Diante da divergência acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, faz-se necessário tecer uma rápida análise acerca da mais correta forma de classificação de sua natureza jurídica. Sérgio Savi (2012, 122), foi um dos que melhor sistematizou a natureza jurídica da chance perdida, classificando-a como dano material, enquadrando-se como dano emergente:

Ao inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial).

Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da vitória futura que restou frustrada, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que deixou de existir.

O mencionado autor também entende que, em determinados casos, a chance perdida poderá, além de ser dano emergente, caracterizar-se como um “agregador do dano moral”, mas nunca poderá ser um dano exclusivamente moral (SAVI, p. 60):

Em conclusão, haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral, já que, presentes os requisitos descritos neste livro, a perda de uma chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente.

O pensamento de Sérgio Savi, acima exposto, é criticado por Flávio da Costa Higa (2012, p. 80-81), que salienta que o entendimento da perda da chance exclusivamente como desdobramento do dano material causa uma crise sistêmica, uma vez que encontra dificuldade de justificar a perda de uma chance quando o evento danoso acarreta prejuízos exclusivamente na esfera imaterial. Flávio da Costa Higa (2012, p. 123) menciona os seguintes exemplos onde a chance perdida acarreta dano exclusivamente moral:

Imagine-se, e.g., o caso de um trabalhador que deseja anular judicialmente uma advertência escrita aplicada pelo seu empregador, sob alegação de “desídia”, e recebe um sentença desfavorável, porém baseada em fundamentos frágeis, cuja probabilidade de reforma seja grande, mas fique totalmente obstada pela interposição de recurso ordinário intempestivo. Ora, não há conteúdo econômico imediato na pretensão do trabalhador, mas a frustração da expectativa de ver reexaminada a sua causa e, por conseguinte, possibilitado o

cancelamento da advertência que lhe fora aplicada gera uma lesão exclusivamente moral.

Geneviève Viney, por sua vez, informa que a Corte de Cassação admite que, em caso de morte, as vítimas de dano por ricochete podem se prevalecer de uma indenização por dano moral resultante da perda de uma chance de sobrevivência da vítima direta. Observe-se, neste caso, que, desde que os parentes não dependam economicamente do *de cuius*, a perda de uma chance, decorrente de erro médico, que provoca o falecimento, não acarreta senão um forte abalo moral, indiscutivelmente indenizável. Aliás, abstraindo eventuais pudores do caso, a morte do pai, por exemplo, pode acarretar, até mesmo, aumento patrimonial imediato do filho, em virtude do recebimento da herança.

Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 215), também analisando a possibilidade da perda da chance acarretar dano de ordem exclusivamente extrapatrimonial, menciona o seguinte exemplo:

Bom exemplo poderia ser encontrado em uma demanda judicial em que a pretensão do autor fosse pela recuperação da guarda de um dos filhos, na qual a decisão prolatada em primeiro grau, desfavorável ao autor, possuiisse boa chance de ser revertida em instância superior. Nessas hipóteses, caso o advogado perdesse o prazo para interpor o recurso de apelação, a chance perdida pelo autor teria natureza de dano moral, já que o bem perseguido pelo autor da demanda não possui valor patrimonial

Nessa linha, Glenda Gonçalves Gondim (2010, p. 65) expõe que a natureza jurídica da perda da chance dependerá da natureza do dano final, da vantagem a qual a chance corresponde. Desta maneira, a

suscitada autora aduz que: "o conteúdo econômico da chance será variável de acordo com o resultado final, pois se esse era patrimonial, assim o será a chance e da mesma forma, quando se tratar de dano extrapatrimonial". Com isso, na hipótese do dano final ser patrimonial, a autora afasta a possibilidade de se considerar a perda da chance como lucro cessante, uma vez que este está relacionado "a um ganho futuro que não será obtido em razão da conduta de um terceiro" (GONDIM, 2010, p. 125), por enquanto que aquela corresponde "verba com caráter de atualidade" (GONDIM, 2010, p. 128), posto que antes da conduta do agente ofensor a probabilidade de se alcançar uma situação futura mais vantajosa já existia. Em outras palavras, quando considerada dano material, será dano emergente.

Assim, a supracitada autora entende que se deve criar uma relação de simetria entre o dano decorrente da chance perdida e o dano final. Desta forma, caso o resultado final for de natureza patrimonial, o dano decorrente da perda da chance terá natureza jurídica de dano material, na qualidade de dano emergente. Mas se, por outro lado, o dano final for de natureza extrapatrimonial, assim o será o decorrente da chance perdida.

## **6. Conclusão**

Por meio do presente trabalho, concluiu-se que o posicionamento mais correto acerca da natureza jurídica da chance perdida é aquele que cria uma relação de simetria entre o dano decorrente da chance perdida e o dano final. Assim, caso o resultado final for de natureza patrimonial, o dano decorrente da perda da chance terá natureza jurídica de dano material, na qualidade de dano emergente. Mas se, por outro lado, o dano final for de natureza extrapatrimonial, assim o será o decorrente da chance perdida.

Ademais, concluiu-se que a chance perdida pode ser classificada como um dano certo e determinado, pois na teoria da perda de uma chance não será analisada a perda do resultado final esperado, mas, por outro lado, a chance, que já fazia parte do patrimônio da vítima antes da prática do ato danoso.

Em suma, o que se deve indenizar não é a perda da vantagem em si, mas a perda da probabilidade de conseguir a vantagem esperada. Como, por exemplo, quando o advogado deixa de recorrer, tirando da esfera jurídica de seu cliente a chance de obter situação jurídica mais favorável, a indenização é devida não pelo fato de o cliente perder a disputa, mas porque nem mesmo teve a oportunidade de disputar através de análise do recurso por uma instância superior.

Além disso, para que a perda da chance seja considerada como dano certo, concluiu-se que as chances perdidas devem ser sérias e reais, não podendo representar possibilidade meramente hipotética, devendo, por outro lado, ser uma chance considerável. Verificou-se, ainda, que não é salutar o estabelecimento de probabilidade mínima para que a chance seja considerada séria, assim como faz a doutrina italiana, pois a ideia de fixação do percentual mínimo de probabilidade acaba por limitar ao extremo a aplicação da teoria da perda de uma chance, devendo, pois, o aspecto da seriedade ser analisado diante de cada caso concreto.

Por fim, com o presente artigo se evidencia a importância da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, fundamental para que seja indenizada toda espécie de dano injusto, pois é inegável que a chance possui um valor relevante. Não aceitar a responsabilização civil por perda de uma chance caracteriza, pois, ofensa ao princípio geral do Direito que diz que a ninguém se deve lesar.

## 7. Referências

ARAÚJO, Dalvaney. A responsabilidade civil advinda da perda de uma chance. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 15, p. 260 – 267, jul. / dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 788.459**. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível em: Acesso em: 11 nov. 2017.

CARVALHO, Daniela Pinto de Carvalho. Thomas Kuhn e o novo paradigma da responsabilidade civil em busca da reparação da perda de uma chance. **Ciência Jurídica** - Ad Litteras et Verba, Brasília, ano XXV, v. 158, p. 292 – 313, mar. / abr. 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 7.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Curitiba, mar. 2010. Disponível em: . Acesso em: 04 out. 2012.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade Civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 849, p. 11 – 36, 2005.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil: a perda de uma chance no direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70046823233**. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Romeu Marques Ribeiro Filho. Julgamento: 29 de fevereiro de 2012. Disponível em: Acesso em: 06 dez. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n.º 0036977-42.2009.8.26.0562**. 28ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Cesar Lacerda. Julgamento: 31 de julho de 2012. Disponível em: Acesso em: 06 dez. 2017.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. V. 4.

VIEGAS, Cláudia Maria de Almeida Rabelo Viegas; SILVA, Carlos Brandão Ildfonso; RABELO, César Leandro de Almeida. A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance nas Relações Jurídicas Cíveis e do Trabalho. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 24, n. 277, jul. 2012.



## MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

**RAFAEL TAWARAYA GUALBERTO DE CARVALHO:** Advogado da União. Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; Especialista em Direito Constitucional pela Damásio Educacional; Especializando-se em Direito Processual pela PUC-Minas (EAD).

**RESUMO:** As normas são produto da atividade exegética; logo, é possível que um mesmo texto seja interpretado de modo diferente em contextos históricos distintos, em se tratando de normas constitucionais, o fenômeno chama-se mutação constitucional.

**PALAVRAS CHAVE:** Mutação Constitucional. Interpretação. Texto. Norma.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 – CONCEITO. 2 – LIMITES À MUTAÇÃO. 3 – A INTERPRETAÇÃO E A MUTAÇÃO. 4 - MEIOS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO. 4.1 Interpretação. 4.2 Costume. 4.3 Mudança da Percepção do Direito. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

### INTRODUÇÃO

A Constituição possui normas jurídicas cuja plasticidade permite que a cada geração haja uma releitura destas. Não que isso ocorra com data marcada, pois no dia a dia é possível dizer que a Carta modifica-se de modo lento e gradual e por vezes imperceptível, até que chegada a hora se revele em outra face.

C. Foulanges possui texto clássico (A Cidade Antiga) que trabalha com a diferença entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos<sup>[1]</sup>. Percebamos que há duas concepções de liberdade, mas há uma só palavra. Eis o poder, mudar de sentido sem mudar de forma. Cada palavra tem um dom genético de

mimetismo, adaptando-se ao contexto em que é interpretada. Por contexto, entendemo-lo em sua acepção lata, abarcando o histórico, o social, o político, até mesmo o utente da linguagem.

Nos quatro primeiros artigos da Carta há inúmeros termos que possuem tal poder mimético: *soberania popular, democracia, dignidade da pessoa humana, desenvolvimento nacional, soberania nacional* ... Não só esses, mas inúmeros outros termos deste escol animam todo o texto constitucional. Daí fica fácil perceber que pode a Constituição mudar de sentido, sem que as palavras sejam alteradas. Eis o fenômeno que passaremos a estudar e que se nomina de Mutação Constitucional.

Este texto tem enorme influência das lições de Luís Roberto Barroso, por meio da leitura de sua obra. Aproveita-se a oportunidade de consagrar a estima e respeito deste incipiente estudioso que vê nas obras deste autor fonte constante de pesquisa e leitura.

#### 1 – CONCEITO

Por mutação constitucional entende-se a mudança *informal* da Carta, opondo-se à sua mudança formal, que estudamos como Poder Constituinte Derivado Reformador, de que surgem as emendas e revisões.

Se pela reforma formal atrelamos o conceito de Poder Derivado (apesar de todas as críticas a este termo), à reforma informal anexamos a noção de Poder Constituinte Difuso (*Georges Burdeau*). Tal conceito advém da ideia de que o Poder Constituinte, de que é titular o povo, continua presente no cotidiano das práticas institucionais e sociais, ainda que despercebido; há tão somente um estado de latência, que não significa anestesia ou sono. Eis o fundamento de validade da mutação. Ressalte-se que o fato de muitas vezes a mutação advir de instâncias do poder não macula tal fundamento, pois em virtude do art. 1º, p.u., da CF, adotamos um modelo de democracia representativa, que muitos classificam de semi-direta, por termos as figuras do plebiscito, referendo e iniciativa popular.

*“A conclusão a que se chega é a de que além do poder constituinte originário e do poder de reforma*

*constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Essa terceira via já foi denominada por célebre publicista francês “poder constituinte difuso”, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais.”<sup>[2]</sup>*

Georges Burdeau traz a seguinte lição:

*“Há um exercício quotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. (...) Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse poder constituinte difuso, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registro de arquivo.”<sup>[3]</sup>*

George Jellinek já havia notado tal distinção entre reforma e mutação, tanto que possui obra intitulada *Reforma e Mutação da Constituição* (1906). Note-se, a coisa é mais antiga do que a noção de Neoconstitucionalismo, de que adiante nos ocuparemos em tomo próprio.

## 2 – LIMITES À MUTAÇÃO

Defendemos, com base em boa doutrina (Konrad Hesse), que Realidade e Normatividade se intermedeiam de tal modo que há uma recíproca influência de uma sobre a outra. Daí a atenção para o fato de os textos não estarem descolados da

realidade, prometendo o impossível; daí a necessidade de acreditar na força que possui a norma de influenciar a realidade, a mudança social, operando no microcosmo da mudança dos comportamentos. A mutação constitucional passeia nessa tensão entre realidade e normatividade.

*“ ... o Direito influencia a realidade e sofre influência desta. A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais de poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato.”<sup>[4]</sup>*

A mutação opera-se seja pela via dos órgãos oficiais, seja pelas práticas políticas e sociais que passam a ser aceitas, produzindo-se consenso sobre elas, ainda que implícito. Eis as mudanças de paradigmas.

Contudo, não é ilimitado o poder constituinte difuso. Isso, pois sua legitimidade e sua operabilidade firmam-se sobre dois pilares do constitucionalismo contemporâneo: a **rigidez constitucional** e a **plasticidade de suas normas**.

A abertura semântica de muitos dos conceitos desenhados na Constituição já por nós foi tratada no início desse artigo. Tratam-se daqueles termos de estrutura aberta ao pensamento em diferentes tempos e espaços, tal como a liberdade. Pela rigidez constitucional, há limites a essa abertura semântica, fincada na estabilidade na ordem constitucional, pautada pela segurança jurídica. A legitimidade deste poder difuso reside em respeitar a identidade constitucional e preservar a democracia (mola propulsora de nossa Carta).

Além dos fundamentos de legitimidade, há de se analisar limites ao poder constituinte difuso, pautados em dois outros pilares: **a) as possibilidades semânticas do relato da norma; e b) a preservação dos princípios fundamentais**.

Toda estrutura linguística possui seu encadeamento lógico, de tal sorte que negar algo sempre será a negativa de

alguma coisa, jamais a permissão. Aqui residem as normas proibitivas. Estas, por impossibilidade lógico-semântica, não podem ser interpretadas em inverso do inicialmente pretendido, transformando o negativo em positivo. É legítimo limitar o alcance, mas muitas vezes o sentido não pode ser modificável, por questões de lógica. Exemplo: dizer que aos militares é vedado o sindicalismo e a greve (art. 142, §3º, IV), não comporta dizer que podem eles, se quiserem, criar sindicatos militares e fazer greves parciais; fere a lógica, dado que o sentido da norma é a vedação. Contudo, entendemos que nada impede que normas preceptivas, em alguns casos possam ser interpretadas como normas permissivas, dado que o sentido é o mesmo (um fazer), mudando-se somente a clave da obrigatoriedade para a faculdade, abrindo-se uma exceção à regra. Mutações não podem ferir as possibilidades semânticas do texto, caso se queira inverter os sinais normativos, é mister convocar o Poder Reformador.

Os princípios fundamentais são a pedra fundamental do Direito, pois estes têm a eficácia irradiante aos demais setores da Constituição e do andar normativo infraconstitucional. Estes dão a identidade da Carta, logo, devem ser preservados, sendo os limites que se baseiam na legitimidade do poder constituinte difuso. A identidade da Constituição há de ser preservada, mormente nos seus pilares axiológicos, os princípios fundamentais, os direitos fundamentais e as cláusulas pétreas. Se se quiser mudar a essência da Constituição, há se tirar o Constituinte Originário de sua latência. Isso, pode o povo fazer quando lhe aprover e juntar forças suficientes para o proceder.

O Direito é meio de mudança social; contudo, não é por ele que se operam as revoluções, por isso os limites às reformas formais e informais. Não se pode interpretar que as cláusulas pétreas deixaram de ser pétreas. O art. 60, §4º<sup>[5]</sup>, pode ser interpretado no sentido de se permitir a reforma das cláusulas pétreas, a fim de acrescer direitos individuais, por exemplo, como já foi feito com a Emenda Constitucional nº 45. Jamais a palavra abolir poderá ser interpretada no sentido de ser permitida a supressão temporária de direitos individuais, por exemplo, fora do contexto do

Estado de Sítio ou do Estado de Defesa (vide artigos 136 e 137). Isso é inviável. Há limites para este poder informal, assim como os há para o formal. Todos fincados nos seus parâmetros de legitimidade, quais sejam: **a identidade constitucional e a preservação da democracia.**

### 3 – A INTERPRETAÇÃO E A MUTAÇÃO

Tradicionalmente define-se que interpretar é determinar ou extrair o sentido e alcance de uma norma. De modo mais arrojado, alguns autores entendem que interpretar é construir a norma, daí porque se diferencia enunciado normativo de norma. A fórmula seria mais ou menos esta: *enunciado (texto) + interpretação = norma.*

*Kelsen* de há muito já o vira. Para este autor o texto da norma era a moldura possível que comportaria diversas pinturas em seu interior. *Barroso* nos traduz a ideia dizendo que o enunciado normativo nos fornece parâmetros, mas o sentido, as valorações as escolhas dentre os elementos possíveis de interpretação, quem o faz é o intérprete.

Apesar de haver instâncias oficiais de interpretação constitucional, havendo um órgão guardião, somos do entendimento de que a Constituição pode ser e é interpretada por toda a sociedade. É um texto aberto à participação democrática de diversas comunidades, possibilitando, pois, a sua modificação de modo paulatino, não somente pelas instituições oficiais de poder. A antropologia política defende ser possível a política existir sem o Estado, nós aqui pegando este gancho, pensamos que a interpretação da Carta independe do Estado ou mesmo de juristas. Eis umas das faces da democracia pluralista brasileira.

Tendo em conta isso, vemos que a mutação constitucional atua mediante o interpretar de suas normas. Interpretar é de fato construir as possibilidades normativas. A CF/88, após promulgada passou a sofrer correntes de interpretação das mais variadas, em que a doutrina qualifica como *interpretação construtiva e interpretação evolutiva.*

Vejamos o que diz o eminente Ministro L. R. Barroso sobre o tema:

“A interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição ... Já a interpretação evolutiva se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipada à época. ... A diferença essencial entre uma e outra é está em que na interpretação construtiva a norma alcançará situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; ao passo que na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento.

“A mutação constitucional por via da interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional, quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito.”<sup>[6]</sup>(destaques nossos)

O renomado autor entende que a mutação pode operar mudança de sentido da norma.

Data máxima vênia, entendemos que a mutação deve ser tratada de modo diferente em se tratando de regras ou princípios. Vejamos.

Cita-se a mutação pela qual se operou o foro por prerrogativa de função, art. 102, I, b, da CF/88, mais a súmula 394<sup>[7]</sup> do STF, esta superada em face da mudança de interpretação constitucional. Trata-se aqui de uma REGRA que estabelece que membros de poder, tais quais os parlamentares,

serão julgados pelo STF, nos crimes comuns, por exemplo. Dantes imaginava-se que uma vez banhado por tal prerrogativa, sempre se estaria, de modo que cessado o mandato, não se cessava a tal garantia. Eis o alcance da súmula 394 do STF. Repare que falamos alcance e não sentido, uma vez que este (sentido) é claro: dotar alguns membros de poder de certas prerrogativas *ratione muneris*. **O que o STF fez foi estabelecer o alcance da norma:** “somente os titulares de cargo de poder ou também os ex-membros?” eis foi a questão. Optou-se por restringir o alcance da norma, de modo que o dito “foro privilegiado” alcance somente os titulares de cargos e não mais os ex-membros; mantendo-se o sentido, pois, como dissemos acima, há limites lógico-semânticos para se operar a mutação, de modo que um sentido positivo, estabelecido numa regra, não poderá inverter de polo (virar norma negativa). Assim, o foro por prerrogativa de função, hoje, após a mutação, alcança somente os parlamentares efetivos e não os ex-parlamentares, restringindo-se, pois, o alcance da norma. Não pode o STF entender que o dito foro *ratione muneris* é vedado pela Constituição, dado que ela é clara nesse sentido. A única possibilidade diante do atual texto é limitar o alcance da norma.

Também convém lembrar que no plano da interpretação administrativa o CNJ editou Resolução (nº.7), **vedando o nepotismo no judiciário e na administração pública em geral, com base no PRINCÍPIO da moralidade (art. 37, da CF)**. A resolução foi declarada constitucional pelo STF, ADC-MC 12, e gerou a súmula vinculante de nº13. A exegese é a de que nomear para cargos em comissão parentes até o 3º grau civil é inconstitucional, pois viola a moralidade administrativa, além de violar a igualdade e impessoalidade. Tal vedação abarca a troca de favores, o chamado nepotismo cruzado, em que um titular de gabinete nomeia parente de outro, a fim de que este faça o mesmo. Isso fortalece nossa incipiente democracia, estabelecendo diferenças entre o público e o privado, entre o local de trabalho e nossas casas. **O que dantes era tolerado, passou a ser vedado, mudando-se a direção, o sentido com que antes se interpretava a norma do art. 37 da CF.** Mister frisar que esta é



princípio e não regra. Os princípios possuem em sua estrutura maior plasticidade, possuindo conteúdos abertos. Eles indicam fins, sem, contudo, indicarem os meios; opostamente às regras. Por isso é possível falar que nos princípios há mudança de sentido operada pela mutação constitucional. Foi o caso em tela. Veda-se hoje o que dantes era tolerado ou mesmo permitido. Talvez fosse comum ouvir o seguinte: “*mas meu sobrinho é qualificado estudou no estrangeiro!*” Hoje, independentemente da qualificação do sobrinho, o fato é que este não pode trabalhar no gabinete de seu tio, ocupando cargos comissionados ou de confiança, sem antes ingressar na Administração Pública por meio de concurso para cargos efetivos.

Percebe-se que no plano da mutação é mister fazer duas distinções: a que ocorre sobre as regras e a que recais sobre os princípios. Sobre as regras a mutação é mais restrita, dado que estas, por sua natureza estrutural, estabelecem os meios que são norteados pelos princípios informadores de seu escopo. Em relação aos princípios, como não há caminhos predeterminados na norma, havendo somente a indicação do fim, é possível chegar-se ao mesmo resultado por caminhos diferentes. Em linguagem jocosa dizemos: ao Japão é possível chegar, partindo-se do Brasil, seja cruzando o Atlântico, seja cruzando o Pacífico.

Desta feita, as noções sobre interpretação evolutiva e construtiva, entendemos ser aplicadas às regras, pois elas atingem o alcance da norma, não sua direção, seu sentido. Aos princípios, por sua natureza propositadamente aberta, não há se falar em tais categorias, tal como se fala para com as regras, pois a cada interpretação destes pode-se dizer que se os constrói e se os evolui, sendo esta a sua natureza. Isso, pois há neles um núcleo intangível, que a todos nós conviventes do mesmo *ethos* social, é perceptível. Nós sabemos que torturar uma criança para ensiná-la é repugnante e fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o da proporcionalidade. Contudo, se se falar que torturar um preso de guerra para falar do paradeiro do inimigo, em tempo de guerra, fere estes princípios, é possível encontrar vozes opostas. Eis um dissenso moral razoável, pois pessoas bem intencionadas e cultas

podem produzir diferentes sentidos à norma da dignidade e da proporcionalidade para casos como esse. Há nos princípios um núcleo intangível e uma zona de penumbra em constante instabilidade, que se nos amostra a cada caso extremo como o imaginado linhas atrás (preso de guerra).

Por estas razões defendemos que a mutação opera-se de modo diferente para as regras e princípios. Naquelas não se pode mudar o sentido lógico-semântico da norma (tornar o proibido em permitido ou preceptivo e vice-versa). O que se muda é o alcance dantes dado a certa norma, como no caso da prerrogativa *ratione muneris*. Nada impede que uma reforma formal mude o seu sentido, com respaldo no organismo constitucional, observados os limites ao poder de reforma. Quanto aos princípios, por não possuírem caminhos pré-determinados, é mister documentar que os sentidos podem mudar pela mutação constitucional, dado que sua estrutura normativa permite isso. A vedação ao nepotismo (súmula vinculante nº 13) é exemplo clássico, pois aquilo que antes era tolerado, *nomeação de parentes*, passou a ser proibido, com base na leitura de um mesmo princípio, o da moralidade. Em suma: a mutação tem como objeto para as regras o alcance, para os princípios o sentido e alcance.

#### 4 – MEIOS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

##### 4.1 Interpretação

Vimos que a ferramenta da mutação é a interpretação. Esta pode operar-se via administrativa, v.g., a resolução nº.7 do CNJ, pode operar-se via jurisdicional, sobretudo pelo STF, v.g, a superação da súmula 394 da casa, ou ainda, pode operar-se via legislativa.

Nesta há comentários a fazer.

Ao legislador conferiu o constituinte o poder de desenvolver e concretizar a Carta, regulamentando suas normas. Uma norma pode abarcar mais de uma leitura válida possível e o legislador pode escolher dentre uma delas. Tal escolha é constitucional, embasada pelo art. 2º da CF.

É possível que o Legislativo opte por regulamentar determinada norma constitucional em sentido ou com alcance

diverso da que foi dada por uma interpretação judicial, ainda que do STF. Isso, pois cabe ao legislador realizar as escolhas políticas. Cabe ao judiciário um exercício de autocontenção e respeito à atividade do legislador.

O tema é controverso, tanto que na ADI 2797, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence já lavrou ideia oposta, dizendo que a lei ordinária não pode opor-se ao que decidido pelo STF ao interpretar a CF. A questão de fundo era a prerrogativa de foro por função. Declarou-se a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02, no ponto em que se restabelecia a prerrogativa de função nos termos da súmula 394 do STF, que fora superada.

Barroso critica a posição do STF, pois ao seu ver houve certo desrespeito às atribuições constitucionais do Legislador. Não houve a chamada autocontenção do judiciário. Eis os problemas que enfrenta o juiz no seu mister constitucional, eis a dificuldade contramajoritária.<sup>[8]</sup>

Há argumentos fortes para os dois lados (a favor e contrário), para se defender o foro por prerrogativa de função, tanto que já fora tema sumulado. O fato de o legislador ter optado por uma opção possível, ainda que polêmica, merece ser respeitada. Isso, pois não se trata de inconstitucionalidade flagrante. Em casos como este há o judiciário se contentar com o seu papel institucional, contendo-se. Não queremos uma república de juizes. A república é antes do povo e de acordo com a Constituição, o povo exerce o Poder por meio dos representantes que são os membros do Legislativo e do Executivo, eleitos diretamente.

#### 4.2 Costumes

Outro meio pelo qual se opera a mutação é a dos costumes. Há três modalidades de costume. O *praeter legem* (preenche lacunas), o *contra legem* (é oposto ao sentido lógico-semântico do texto) e o *secundum legem* (de acordo com o sentido lógico-semântico do texto).

Entendemos que os costumes *contra legem* não podem ser tolerados, pois ferem a força normativa da constituição. Isso, pois a mutação, sobretudo em relação às regras, possui seus limites, residentes nas possibilidades lógico-semânticas do texto.

Ademais, os outros são comuns, dado que textos não podem prever tudo.

Alguns exemplos. Pode o Chefe do executivo negar aplicação de lei que considere inconstitucional (isso não está escrito em lugar nenhum). Outro caso é o voto de liderança no Parlamento, sem submissão da matéria ao plenário, tal prática tem por escopo acelerar o processo legislativo, podendo ser enquadrado como *praeter legem*.

#### 4.3 Mudança da Percepção do Direito

A realidade e o direito estão sempre em tensão. Logo, mudanças fáticas podem fazer operar mudanças informais do texto constitucional.

Um grupo determinado pode precisar hoje de ações afirmativas, mas no amanhã, não mais. Tal mudança pode mudar o sentido de se interpretar o princípio da igualdade para esses grupos.

*“ ... o Supremo Tribunal Federal reconhece a influência da realidade na determinação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição. E, a contrario sensu, admitiu que a mudança da situação de fato pode conduzir à inconstitucionalidade de norma anteriormente válida. Citam-se a seguir dois precedentes. A corte entendeu que a regra legal que assegura aos defensores públicos a contagem em dobro dos prazo processuais deve ser considerada constitucional até que as Defensorias Públicas dos Estados venham a alcanças o nível de organização do Ministério Público. Em outra hipótese, o STF considerou que o art. 68 do Código de Processo Penal ainda era constitucional, admitindo que o Ministério Público advogasse em favor da parte necessitada para pleitear reparação civil por danos decorrentes de ato criminoso, até que a Defensoria Pública viesse a ser regularmente instalada em cada Estado.”*<sup>[9]</sup>

## CONCLUSÃO

Os limites do nosso mundo são os de nossa linguagem (*Wittgenstein*). Com efeito, os limites do que é o Direito, enquanto ciência, são dados pela interpretação, pelo sentido e alcance das normas num dado tempo e espaço. Um mesmo texto a depender do país em que interpretado pode ter interpretações diferentes.

Neste artigo, investigou-se a mudança de interpretação de normas constitucionais, o que implica a permanência do espaço, mas a mudança no tempo. Viu-se que mesmo sem se alterar a estrutura formal dos dispositivos da Constituição, o resultado normativo da atividade exegética pode ser diferente no transcorrer do tempo.

Ademais, pode-se defender que a mutação opera com intensidade diferente em se tratando de regras e de princípios, ambos espécimes do gênero norma jurídica. Para aquelas, devido à alta densidade normativa, dado que o sentido da norma (vedar, permitir, proibir) já está delimitado pelo Constituinte, há menos espaço para a mutação. Uma regra proibitiva não pode ser interpretada como permissiva. Em se tratando de princípios, a situação muda. Como estas normas possuem menor densidade normativa, embora maior carga axiológica, há mais espaços para a exegese. A vedação ao nepotismo é grande exemplo, pois num passado não tão distante era prática tolerada, hoje vedada. O princípio aplicado é o mesmo, o da moralidade, embora o resultado seja diferente, quando da concretização desta norma.

Fato é que os dispositivos constitucionais, meros textos, ganham vida com a intensa atividade interpretativa, não só dos órgãos formais, como é o Supremo Tribunal Federal, mas também pela sociedade, que acaba por influenciar os órgãos representativos. Assim, é correto entender que a Constituição continua aberta à exploração dos diversos sentidos e alcances que seus textos podem alcançar. Destarte, esse poder constituinte difuso é grande contribuidor para a manutenção da atualização e vigência da Constituição, dado que seu potencial normativo ganha ferramentas, para, através da atividade exegética, explorar toda a potencialidade do texto constitucional.

Os *costumes e a mudança da percepção* do direito também são elementos de auxílio da mutação constitucional. Entretanto, acabam sendo também itens auxiliares à interpretação, dado que estes acabam desembocando na mutação por meio da interpretação dos dispositivos constitucionais. A interpretação é, portanto, a chave para a ocorrência deste fenômeno – a mutação –, fato que expressa a verdade ínsita ao pensamento de *Wittgenstein*, pois a linguagem é o limite de nossos mundos. Assim, à medida que construímos significados aos signos (texto) da constituição por meio da linguagem, atualizamos o seu texto, ainda que influenciados por mudanças de costumes ou mudança do senso de justo.

Observados os limites da mutação, esta é um grande instrumento de concretização e vigência do potencial normativo da Constituição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12. ed. Malheiros. 2011.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010.*

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009.*

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. 26. ed. Malheiros. 2010.*

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição e Direito Constitucional Positivo. Ed. Del Rey. 14ª edição. 2008.*

FUSTEL DE COULANGES, NUMA DENIS, 1830-1889. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da*

*Grécia e de Roma / Fustel de Coulanges; tradução Roberto Leal Ferreira. – São Paulo: Martin Claret, 2009. – (Coleção a obra-prima de cada autor ; 2)*

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

KELSEN, HANS, 1881-1973. *Teoria pura do direito / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. – 6ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)*

REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito / Miguel Reale. – 27. ed. ajustada ao novo código civil – São Paulo: Saraiva, 2002.*

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito / Lenio Luiz Streck. 8. ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.*

WITTGENSTEIN, Ludiwig. *Investigações filosóficas / Ludwig Wittgenstein; tradução de José Carlos Bruni. – 2. ed. – São Paulo: Abril Cultural, 1979.*

\_\_\_\_\_. *Tratacutus Logico-Philosophicus / Ludwig Wittgenstein; Tradução, apresentação e estudo introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos; [Introdução de Bertrand Russell]. – 3. ed. 2. Reimpr. – São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2010.*

#### **NOTAS:**

[1] A liberdade para os povos antigos – clássicos – consistia em participar da atividade política da polis. A liberdade para o homem moderno e pós-moderno consiste em não ter sua esfera de atividades turbada pela ação estatal.

[2] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010.p.128.*

[3] Burdeau, Georges, apud, BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010.p.128.*, nota de rodapé nº 15.

[4] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Op. Cit.*,p.127.

[5] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

[6] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Op. Cit.*,p.133.

[7] Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

[8] Pode ser assim sintetizada tal dificuldade: Como explicar que uma minoria anule a decisão de uma maioria? Os fundamentos da resposta positiva residem na defesa da democracia, na preservação dos direitos fundamentais das minorias e preservação da identidade constitucional.

[9] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Op. Cit.*,p.139

## **MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA E ALIENAÇÃO PARENTAL**

**ANA CAROLINA TORRES CAMPOS:**  
Advogada. Bacharela em Direito pela  
Universidade Federal de Pernambuco -  
UFPE.

**RESUMO:** O presente estudo busca analisar as implicações das medidas cautelares da Lei Maria da Penha - conhecidas por medidas protetivas -



quanto ao assunto alienação parental. Com isto, procura levantar questionamentos sobre o assunto, em âmbito jurídico e também no tocante ao relacionamento afetivo das partes envolvidas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei Maria da Penha; Alienação parental; Medidas Cautelares.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Tutela familiar e alienação parental; 2. Entre as medidas protetivas de urgência e a alienação parental: uma reflexão necessária; 3. Conclusão; Referências.

---

### **Introdução:**

A tutela aos hipossuficientes trazida pela Constituição vigente, juntamente com instrumentos protetivos da mulher, em especial a Lei Maria da Penha, trouxeram novos contornos ao direito de família. Com base nesta essencial consideração, o presente trabalho abordará brevemente o tema da alienação parental e das medidas cautelares da Lei Maria da Penha.

#### **1. Tutela familiar e alienação parental:**

Quando se fala a respeito da Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006, logo se afigura o intuito protetivo às mulheres, marca da referida lei, já proclamado pela Constituição Federal de 1988, sobretudo em seu artigo 226, como um dos principais compromissos da ordem constitucional instaurada, concretizado em 2006.

Também a Constituição realçou a proteção à família, notadamente às crianças e aos adolescentes, nos artigos 226 e 227, facetas da nova compreensão do direito de família pátrio, envolvido pelos laços da afetividade. No sentido de resguardar a família, vários diplomas normativos foram editados, norteados, agora, pelos princípios do melhor interesse da criança - calcado na centralidade dos interesses e desenvolvimento do menor sobre os interesses dos pais, o que, inclusive, contribuiu para o conceito de poder familiar em lugar de pátrio poder<sup>[1]</sup> -

e da convivência familiar, buscando o desenvolvimento mais saudável possível para os infantes.

Justamente em tal contexto, formulou-se a ideia de *alienação parental* ou *parentalidade agressiva*, entendida como a falsa percepção incutida na criança ou adolescente, geralmente por familiares, um dos genitores, ou quem detenha a guarda do menor, a respeito do outro genitor, levando-a a rejeitar tal pessoa, ou mesmo a anulando do seu convívio afetivo<sup>[2]</sup>. A Lei 12.318/2010, Lei da Alienação Parental, veio para coibir este abuso, propósito buscado preventivamente pela recente Lei de Guarda Compartilhada, Lei 13.058/2014.

Não raro, a percepção que embasa a alienação parental relaciona-se a um falso abuso sexual que teria a criança sofrido de seu genitor, dentre muitas outras inverdades prejudiciais ao desenvolvimento infantil. Todavia, faz-se necessário refletir sobre a hipótese de ser a pessoa que supostamente sofreu a agressão do genitor de seu filho a própria mãe do menor, caso de incontestada aplicação da Lei Maria da Penha, voltada à violência doméstica e familiar contra a mulher.

## **2. Entre as medidas protetivas de urgência e a alienação parental: uma reflexão necessária**

O assunto da alienação parental desponta, sobretudo, no caso de serem requeridas medidas protetivas de urgência em favor da genitora, providências cautelares de natureza extrapenal discriminadas nos arts.18 a 24 da Lei 11.340/2006, protegendo-a do convívio, em tese, danoso do agressor, o que resultará de pedido seu na própria delegacia de polícia, ou mesmo de pedido formulado do Ministério Público.

A cautelaridade trazida pelo mencionado diploma defronta-se, não poucas vezes, com os interesses reputados imprescindíveis pelo direito de família ao bom desenvolvimento dos filhos, sobretudo em face do inciso IV do art.22 do mencionado diploma, o que, no caso concreto, demanda profundas reflexões, a fim de que não se resvale em injustiças, cuja potencialidade é de prejudicar, muitas vezes de modo irreversível, vidas inteiras. Eis, aí, também, outro impasse trazido pela Lei: o juiz decidirá nos moldes de seus artigos 22, 23 e 24, muitas vezes, sem acesso a prova

alguma, inclusive por ser isto difícil em face do delito praticado, designando audiência de justificação para a oitiva da vítima, apenas caso não se sinta apto a decidir de logo<sup>[3]</sup>.

Embora se faça necessária a proteção aos hipossuficientes – e sem descuidar da situação de vulnerabilidade e violência em que foi colocada a mulher no curso da história - , o Direito Penal deve preocupar-se, sempre, com o mínimo, no sentido de interpretar restritivamente as condutas que possam limitar a liberdade das pessoas, buscando menores prejuízos a elas. No entanto, tal mister deve, indubitavelmente, conjugarse com a necessidade de coibir condutas atentatórias à incolumidade dos indivíduos - sobretudo àqueles que figurarem do lado, por assim dizer, mais fraco - e à vivência social saudável. Semelhante discussão merece relevo, principalmente em virtude de não serem poucos os relatos de perigos suportados por uma mulher por conta da convivência com seu agressor, mesmo se restrita aos interesses dos filhos<sup>[4]</sup>. Consoante elucidou Maria Berenice Dias, ao proclamar a contribuição da Lei 11.340/2006:

*A sociedade está dando à Justiça mais uma chance de reverter este desastre que fizemos. Não podemos decepcionar novamente todos, principalmente essas mulheres violadas e violentadas do Brasil, que a única coisa que estão esperando de nós é uma atitude positiva com relação à lei<sup>[5]</sup>*

Não é tolerável que a vida e a integridade física e moral de uma mulher corram verdadeiro perigo, em razão de não se adotar uma medida protetiva de urgência. É importante, pois, lembrar que as medidas cautelares decorrem da fumaça do bom direito, a cognição sumária e superficial sobre a existência do direito, conjugada ao perigo da demora, a verossimilhança do perigo para a tutela do direito, possuindo caráter transitório e, sobretudo, excepcional, até que o Estado-juiz finalmente decida sobre sua concessão<sup>[6]</sup>. Isto, consoante dispõe o art.18 da Lei Maria da Penha, deve ocorrer em até 48 horas. Devem, pois, ser concedidas em se observando tais requisitos, notadamente no concernente à proteção

dos vulneráveis e no âmbito do direito penal, porque lida com bens jurídicos do mais elevado valor.

Assinala-se, entretanto, no particular da Lei Maria da Penha, que, conforme se dá com boa parte das medidas cautelares, poderá o juiz decidir de logo, em razão mesmo da urgência da medida. Outrossim, a provisoriedade materializa outra característica inarredável das providências cautelares, que exigem, por isso, decisão judicial ulterior fundamentada, devendo permanecer apenas enquanto perdurar a situação fática que lhes motivou.

Para além disso, é pressuposto legal da alienação parental que a percepção inculcada no menor seja falsa.

Ademais, imperativo dos relacionamentos familiares é que se tenha o filho como ente separado do relacionamento de seus genitores, sempre que assim seja possível, a fim de resguardar-lhe o direito à convivência paterno-filial em sua maior amplitude.

Impõe-se, pois, a ponderação de valores e interesses, a fim de que a controversa questão seja resolvida da maneira mais adequada e justa possível. De um lado da balança, o desenvolvimento afetivo das crianças e adolescentes, filhos, e, portanto, partes distintas da relação de seus pais não ser interrompido, ainda que transitoriamente. De outro, a incolumidade física e psíquica de uma mulher, bens jurídicos cuja proteção é imperativa.

A questão é por demais tormentosa; afigura-se, contudo, mais seguro pender na maioria das vezes, ao menos em um primeiro momento, para o segundo lado, com a grande ressalva de que uma medida cautelar não possui caráter de definitividade, demandando solução judicial célere, justa e conjugada aos interesses do direito de família, sempre que a convivência do pai com os filhos não for atentatória à vida e à higidez da mãe. Neste ínterim, vale repisar, faz-se imprescindível a apreciação judicial do caso concreto. Conforme pontua precisamente Nilo Batista a respeito da Lei 11.340/2006,

*Certamente o setor mais criativo e elogiável da lei reside nas medidas protetivas de urgência (arts.22,23 e 24). Ali estão desenhadas diversas providências que podem, no mínimo, assegurar níveis suportáveis no encaminhamento de soluções para conflitos domésticos, até patrimoniais. O perigo está potencialmente, aqui, num abusivo emprego penal das medidas protetivas de urgência, que estão amplamente legitimadas enquanto coerção direta. Mas a supervisão de visitas aos filhos (art.22, IV) pode ser abusivamente manejada como pena sempre que, a despeito da agressão contra a mãe, a relação do agressor com seus filhos não estiver afetada<sup>[7]</sup>. (Grifou-se).*

Proferida, então, a decisão judicial final no processo, abarcando a medida protetiva de urgência, se for apurado que a declaração de ocorrência da agressão foi inverídica, realizada com o mero intuito de afastar o filho da convivência de seu genitor, cabe a responsabilização da mãe por litigância de má-fé, conforme seja cabível, aspecto que deve ser observado em sua inteireza, por força das disposições do novo Código de Processo Civil, que, ao coibir veementemente este comportamento, deve impactar o processo penal<sup>[8]</sup>.

### **3. Conclusão:**

Diante de tudo quanto foi exposto no presente trabalho, percebe-se a necessidade de o magistrado sempre observar as garantias processuais da ampla defesa e do contraditório, a despeito de, em sede cautelar, ser este geralmente diferido. Assim, mesmo no caso de Lei a resguardar interesses de hipossuficientes, na qualidade de pontos de partida para a sua decisão, os fatos devem ser analisados integralmente, a fim de que a prestação jurisdicional cumpra devidamente o seu papel e não prejudique vidas inteiras. No caso, a suspensão de visitas aos filhos, por ostentar efeitos mais sérios, dentre outras medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha carregadas desta gravidade, é medida a ser aplicada em último caso.

Ressalte-se, aqui, todavia, não ser possível, de modo algum, defender que a aplicação de tais medidas importe, por si só, em alienação parental perpetrada pela mulher supostamente agredida contra os filhos do casal. Fazê-lo seria afrontar a necessidade de proteção aos que porventura se encontrem ameaçados em sua integridade física e mental, além de agredir, de frente, todo o ordenamento jurídico, que, conforme já delineado aqui, não apenas protege a formação da pessoa dos filhos, mas também resguarda a incolumidade da mulher, interesses profundamente relacionados.

### **Referências:**

BATISTA, Nilo. **E só Carolina não viu – violência doméstica e políticas criminais no Brasil**. (2008). In: *Jornal do Conselho Regional de Psicologia*, 5 - p.12. Disponível em: <http://www.crprj.org.br/publicacoes/jornal/jornal17-nilobatista.pdf>. Acesso em 16/12/2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 291815/ DF. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. DJe 22/04/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=aliena%E7%E3o+parental++e+lei+maria+da+penha&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 16/12/2017.

DIAS, Maria Berenice. **Aspectos Cíveis e Processuais da Lei 11.340/06**. PP. 9-10.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. PP. 545 -550.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. P.75.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.174.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A má-fé no Processo Penal em harmonia com o novo CPC**. Disponível em:

<http://genjuridico.com.br/2015/04/10/a-ma-fe-no-processo-penal-em-harmonia-com-o-novo-cpc/>. Acesso em: 16/12/2017

### NOTAS:

[1] LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. P.75.

[2] DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. PP. 545 -550.

[3] DIAS, Maria Berenice. **Aspectos Cíveis e Processuais da Lei 11.340/06**. P.6.

[4] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 291815/ DF. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. DJe 22/04/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=aliena%E7%E3o+parental++e+lei+maria+da+penha&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 16/12/2017.

[5] DIAS, Maria Berenice. **Aspectos Cíveis e Processuais da Lei 11.340/06**. PP. 9-10.

[6] LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.174.

[7] BATISTA, Nilo. **E só Carolina não viu – violência doméstica e políticas criminais no Brasil**. (2008). In: *Jornal do Conselho Regional de Psicologia*, 5 - p.12. Disponível em: <http://www.crprj.org.br/publicacoes/jornal/jornal17-nilobatista.pdf>. Acesso em 16/12/2017.

[8] NUCCI, Guilherme de Souza. **A má-fé no Processo Penal em harmonia com o novo CPC**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/04/10/a-ma-fe-no-processo-penal-em-harmonia-com-o-novo-cpc/>. Acesso em: 16/12/2017.

## **CONTORNANDO DOIS ÓBICES À USUCAPIÃO RURAL: OS BENS PERTENCENTES A ESTATAIS E A USUCAPIÃO RECONHECIDA APENAS COMO MATÉRIA DE DEFESA**

**ANDRE BORGES COELHO DE MIRANDA FREIRE:**

Advogado. Graduado do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB.

**RESUMO:** O presente artigo trata da usucapião especial rural sob dois aspectos. Primeiramente, pelas lentes da famosa distinção entre estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividades econômicas, estuda-se a possibilidade de usucapir bens rurais de estatais, concluindo pela restrita vedação aos casos em que efetivamente o bem esteja afetado ao serviço público. Em seguida, argumenta-se pela possibilidade de registro de sentença de ação em que a usucapião rural foi reconhecida como matéria de defesa apenas, por relevantes razões sociais e de economia processual.

**Palavras-chave:** usucapião especial rural; empresas estatais; matéria de defesa; registro de sentença.

**SUMÁRIO:** **1.** Introdução; **2.** Usucapião rural de imóvel de titularidade de empresa estatal; **3** Entendimento originário resultante do cotejo do art. 191, § único da CF com o art. 98 e ss. do código civil; **4** Reviravolta gerada pelo Supremo Tribunal Federal e a repercussão sobre a imprescritibilidade de bens de certas estatais; **5** Do retorno à situação referida em 2, por razões diversas; **6.** Usucapião constitucional rural como matéria de defesa; **7.** Conclusão; **8.** Referências.

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo trata de duas importantes questões envolvendo a usucapião rural: a possibilidade de usucapir bem rural de titularidade de empresa estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista) e os efeitos do reconhecimento da usucapião rural alegada como matéria de defesa.

Quanto à primeira questão o que se estudará são os efeitos do reconhecimento atual do Supremo Tribunal Federal de que certas empresas estatais, mesmo gozando de personalidade jurídica de direito



privado, teriam o mesmo tratamento dispensado à Fazenda Pública, sobre a possibilidade de usucapir bens rurais de titularidade dessas empresas.

No que se refere ao segundo ponto, quer-se estudar as consequências do julgamento de improcedência de uma reivindicatória ou possessória por força do reconhecimento da usucapião.

Mais precisamente, perquire-se se é uma sentença desse tipo título de propriedade suficiente, inclusive passível de registro, o que se tentará responder à luz do princípio da função social da propriedade rural e também do novo regramento do novel Código de Processo Civil sobre o instituto da coisa julgada.

O percurso dar-se-á nos seguintes passos. Primeiramente, responder-se-á à primeira questão, trazendo à colação jurisprudência sobre a usucapião de bens de estatais antes e depois da emblemática assentada do STF sobre a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT).

Já na resposta à segunda questão, será analisada principalmente com respeito principalmente à usucapião rural constitucional prevista no art. 182, em cotejo com o disciplinamento da coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015.

## 2. USUCAPIÃO RURAL DE IMÓVEL DE TITULARIDADE DE EMPRESA ESTATAL

No presente tópico, estuda-se o tratamento jurídico dos imóveis pertencentes a empresas estatais, no Código Civil e na Constituição e na jurisprudência do passado e do presente, com o objetivo de responder à questão posta na introdução.

### 3. ENTENDIMENTO ORIGINÁRIO RESULTANTE DO COTEJO DO ART. 191, §ÚNICO DA CF COM O ART. 98 E SS. DO CÓDIGO CIVIL

Impende primeiramente, apresentar brevemente o panorama legislativo sobre o tema. Em primeiro lugar, a dicção constitucional, ei-la:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de **imóvel rural** ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, **área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.**

Parágrafo único. **Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.**

Depois disso, deve-se buscar no ordenamento a definição de bem público, que se encontra no Código Civil, *in litteris*:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; **todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.**

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto

de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Assim, até certo ponto, era o tratamento jurídico da questão bastante simples. Se determinado bem fosse titularizado por empresa estatal, ou seja, empresa pública ou sociedade de economia mista, seria bem privado, simplesmente porque pertencente a pessoa jurídica de direito privado e, assim, passível de usucapião rural. Isso porque o art. 98 do Código Civil emprega definição meramente subjetiva de bem público, importando a natureza jurídica *a priori* formal da pessoa.

Representativamente desse entendimento, o seguinte aresto do TRF-1ª Região:

USUCAPIÃO. IMÓVEL URBANO DE PROPRIEDADE DE EMPRESA PÚBLICA. NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. AQUISIÇÃO POR USUCAPIÃO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CARÊNCIA DE AÇÃO. 1. **"Tendo as empresas públicas natureza jurídica de direito privado, regendo-se pelas normas comuns às demais empresas privadas (art. 173, parágrafo 1º - CF), os seus bens não estão imunes à aquisição por usucapião"**

(AC 93.01.31311-1/MG, Rel. Desembargador Federal OLINDO MENEZES, Terceira Turma, DJ de 01/07/1998, p.119). 2. Assim sendo, **não se aplica aos bens de empresa pública a vedação** contida nos artigos 183, § 3º e **191, parágrafo único, da Carta Magna**. 3. Afastada a carência de ação reconhecida (C.P.C., art. 267, VI), não é possível prosseguir no

juízo de mérito, na forma do § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, uma vez que a questão não é exclusivamente de direito, porquanto depende da análise de provas documentais e testemunhais produzidas nos autos. 4. Apelação a que se dá provimento em parte." (TRF - PRIMEIRA REGIÃO, APELAÇÃO CIVEL - 200237000013947, SEXTA TURMA Data da decisão: 21/2/2005)

Portanto, não era necessária análise muito acurada da questão. Sendo empresa estatal e, conseqüentemente, a personalidade jurídica de direito privado, seus bens **não** seriam imprescritíveis, não se aplicando, segundo o acórdão o § único do art. 191, da CF, referido acima.

#### 4. REVIRAVOLTA GERADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A REPERCUSSÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DE BENS DE CERTAS ESTATAIS

Segundo jurisprudência atual do STF e entendimento de parte da doutrina, a exploração de atividade econômica por parte do Estado não se confunde com a prestação de serviços públicos. É o que se extrai, por exemplo, do julgamento da ADPF 46, por parte do Supremo Tribunal Federal, no qual se fez diferenciação clara entre os dois institutos: "A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito" (STF, 2009).

Portanto, quando o Estado atua diretamente no domínio econômico, o faz de assumindo duas facetas – ou explora atividade econômica em sentido estrito, ou presta serviços públicos. A referida distinção é embasada em firme construção jurisprudencial acerca do tema, pautada em acurada análise sistemática da Constituição e, embora cercada de controvérsias, amparada, integral ou parcialmente, pela melhor doutrina.

Essa premissa serve de base para a compreensão de uma cisão existente entre as empresas estatais, divisão essa crucial para o entendimento e a aplicação do art. 173, da CF.

De um lado, emergem as empresas estatais exploradoras de atividade econômica (em sentido estrito), sujeitas com maior veemência ao regime de direito privado – exceto, obviamente, as já citadas normas de direito públicos incidentes sobre elas, em decorrência do controle da pessoa federativa a que estiverem subordinadas – e sob o regime previsto pelo art. 173 da ordem econômica constitucional. A elas se refere o § 1º do citado artigo, ao limitar o âmbito de sua incidência às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Por outro viés, têm-se as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, submetidas a um regime de direito privado mais mitigado, com a incidência de normas de direito público que vão muito além daquelas decorrentes do controle do capital pelo Estado – seus bens são considerados públicos, pois que afetados a atividade de interesse público (a despeito do que diz o art. 98 do Código Civil) e elas se sujeitariam ao regime dos precatórios para pagamento de suas dívidas, por se equipararem à fazenda pública.

Embora alvo de muita controvérsia, a citada cisão na classificação das empresas estatais encontra respaldo em ampla jurisprudência da Colenda Corte:

“Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. (...). As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (...). **O § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.**” (ADI 1.642, rel. min.

Eros Grau, julgamento em 3-4-2008, Plenário, DJE de 19-9-2008.) No mesmo sentido: ARE 689.588-AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 27-11-2012, Primeira Turma, DJE de 13-2-2012.

“Assim, não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais **que explorem serviços públicos a restrição contida no art. 173, § 1º, da CF, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado** (CF, artigo 173, § 2º).” (RE 220.906, voto do rel. min. Maurício Corrêa, julgamento em 16-11-2000, Plenário, DJ de 14-11-2002.) Vide: RE 596.729-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-10-2010, Primeira Turma, DJE de 10-11-2010.

José dos Santos Carvalho Filho, entretanto, alerta para um ponto específico, que nos parece não sempre observado pela jurisprudência: não é rígida nem perfeitamente delimitável a fronteira entre prestação de serviço público e a exploração de atividade econômica em sentido estrito – empresas estatais que prestem serviço público que também pode ser prestado por particulares - em regime de concorrência com delegatárias desse mesmo serviço, por exemplo –, deveriam ser consideradas no segundo grupo, dado que, em verdade, são pessoas estatais que participam diretamente da atividade econômica em concorrência com particulares (CARVALHO FILHO, 2015).

Diz o citado doutrinador: “se essas entidades executam serviços públicos em regime de competição com empresas privadas, tais serviços, mesmo caracterizando-se como serviços públicos, guardam bastante aproximação com as atividades econômicas em sentido estrito, de modo que nenhuma justificativa

razoável se poderia invocar para que lhes sejam outorgadas situações de privilégio, não extensíveis às demais empresas privadas (...).”.

A redação do art. 173, § 1º, da Constituição não ajuda na solução da dúvida, uma vez que estabelece estarem a ele sujeitas as empresas estatais que explorem atividade econômica em exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens *ou de prestação de serviços*, não se precisando se a referência se faz à exploração de atividade econômica em sentido amplo, englobando a prestação de serviços, ou à exploração de atividade econômica em sentido estrito, e ainda que se conclua pela segunda afirmação, se da atividade econômica em sentido estrito estão excluídos todos os serviços públicos ou somente aqueles revestidos de caráter público típico (serviços públicos não econômicos, também chamados de serviços públicos típicos).

Fato é que firme jurisprudência do STF se limita à seguinte distinção, conforme julgado supratranscrito: somente as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica (em sentido estrito) se submetem ao regime constitucional referente à atuação direta do Estado na economia, previsto no art. 173 da Carta Magna.

A primeira consequência disso é a submissão, das mencionadas pessoas jurídicas, a um regime de igualdade com as empresas privadas, notadamente quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Nesse sentido, tem-se a ausência de privilégios processuais (prazos em dobro para contestar e recorrer atribuídos à Fazenda pública; reexame necessário), civis (impenhorabilidade e **imprescritibilidade dos bens, *rectius* impossibilidade de terem seus bens afetados usucapidos**), tributários (imunidades), fiscais ou comerciais.

Nesse contexto, emergem conclusões exemplares da jurisprudência, em aplicação concreta do disposto no art. 173, § 1º, II, da CF. Em primeiro lugar, apresentam-se alguns julgados do STF a respeito dessa situação:

**“Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (ELETRONORTE) não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição).” (RE 599.628, rel. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 25-5-2011, Plenário, DJE de 17-10-2011, com repercussão geral.)**

**"Esta Corte orientou-se no sentido de que as disposições constitucionais que regem os atos administrativos não podem ser invocadas para estender aos funcionários de sociedade de economia mista, que seguem a CLT, uma estabilidade aplicável somente aos servidores públicos, estes sim submetidos a uma relação de direito administrativo. A aplicação das normas de dispensa trabalhista aos empregados de pessoas jurídicas de direito privado está em consonância com o disposto no § 1º do art. 173 da Lei Maior, sem ofensa ao art. 37, caput e II, da Carta Federal." (AI 468.580-AgR, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 13-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-2-2006.)**

Merece destaque para o presente artigo julgado em que o STJ considerou sujeitos a usucapião os bens de sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica (REsp 647.357-MG, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, julg. Em 19.09.2006)

Nem todos, entretanto, segundo o já citado José dos Santos Carvalho Filho, concordam com a visão do STF, pois “se o Estado se despiu de sua potestade para atuar no campo econômico, não deveria ser merecedor da benesse de estarem as



peças que criou para esse fim excluídas do processo falimentar. Desse modo, se justificável a exclusão dessas entidades quando prestadoras de serviços públicos, não há justificativa plausível para descartar também as que explorem atividade meramente econômica”.

Após essa orientação do STF, passou, portanto, a jurisprudência a rejeitar a possibilidade de usucapião de bens pertencentes a empresas estatais prestadoras de serviços públicos, já que equiparadas à Fazenda Pública. Nesse sentido, representativo o seguinte precedente do TRF-2ª Região, *ad litteram*:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA PROFERIDA NOS TERMOS DO ART. [285-A](#) DO [CPC](#). INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS RÉUS. NULIDADE. **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. BENS PÚBLICOS. USUCAPIÃO. IMPOSSIBILIDADE.**

(...)

- Ademais, o deslinde da controvérsia trazida a exame, passa pela análise da natureza jurídica dos bens das empresas públicas, como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ora Apelante, tendo em vista que, **se forem considerados bens públicos, submetem-se ao regime jurídico da imprescritibilidade, ao passo que, se detiverem a natureza privada, podem ser adquiridos por usucapião.**

- O conceito de bem público foi estabelecido pelo art. [98](#) do [Código Civil](#), que dispõe: são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

- Também são considerados bens públicos aqueles que, embora não pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, estejam afetados à prestação de um serviço público. Com relação às empresas públicas, cuja natureza jurídica é de direito privado, há duas situações distintas, uma vez que essas entidades estatais podem ser prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica.

- Os bens das empresas públicas prestadoras de serviço público e que estejam afetados a essa finalidade são considerados bens públicos. Já os bens das estatais exploradoras de atividade econômica são bens privados, pois, atuando nessa qualidade, sujeitam-se ao regramento previsto no art. 173, da Carta Magna, que determina, em seu § 1º, II, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 220.906/DF, declarou a impenhorabilidade de bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tendo em vista que a atividade econômica precípua da ECT está direcionada à prestação de serviço público de caráter essencial à coletividade.

- No caso, **a área objeto da presente demanda deve ser considerada bem público, na medida em que pertence à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que, apesar de constituída como Empresa Pública Federal, possui natureza tipicamente pública, por prestar serviço público sujeito à responsabilidade exclusiva da Administração Direta, restando, por conseguinte,**

**insuscetível de aquisição por usucapião, conforme, aliás, prevê expressamente a Constituição Federal (art. 183, § 3º e art. 191, Parágrafo único).**

- Recurso de apelação parcialmente provido para anular a sentença.

Vê-se que o precedente é interessante, pois, embora colocando dois requisitos para vedar a usucapião de bens de empresa pública (pertencer a empresa pública prestadora de serviço público + afetação ao serviço público), acaba por decidir em abstrato, contentando-se com o suposto de que se cuida da empresa pública federal considerada pelo STF como prestadora de serviço público.

Não há qualquer menção efetiva à circunstância de os bens em questão estarem afetados ao serviço público, mesmo porque se afigura altamente improvável que um bem esteja afetado ao serviço público e, ao mesmo tempo, seja usucapido, pois se cuida de circunstâncias, à primeira vista, excludentes.

## 5.DO RETORNO À SITUAÇÃO REFERIDA EM 2, POR RAZÕES DIVERSAS

Já se viu que é pacífico hoje que há empresas estatais consideradas de regime equiparado à Fazenda Pública, o que se refletiria na consequente imprescritibilidade de seus bens.

Entretanto, nossa posição pessoal é de que não basta ser a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. É necessário, adicionalmente, que haja verdadeira afetação ao serviço público por ela prestado, para que se evite a usucapião.

E, ao fim e ao cabo, essa afetação não se verificará, em regra, se ocorrer o preenchimento dos requisitos da usucapião rural.

No sentido aqui defendido, encontra-se o seguinte precedente do TRF-5ª Região, *in litteris*:

EMENTA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EMBRAPA. EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. REGIME JURÍDICO HÍBRIDO. GLEBAS OCUPADAS PELOS RÉUS NÃO AFETADAS A FINALIDADE PÚBLICA. USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL. ART. 191 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUISITOS. OBSERVÂNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.1. Apelo de sentença que julgou improcedente o pedido da Embrapa que objetiva a reintegração na posse de uma área de terra denominada "Estação Experimental de João Pessoa", por ter reconhecido que os réus faziam jus à aquisição do domínio das respectivas glebas, por força da usucapião constitucional rural, nos moldes do art. 191 da CF.2. "As Empresas Estatais - Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista - são dotadas de personalidade jurídica de direito privado e possuem regime híbrido, isto é, predominará o público ou o privado a depender da finalidade da estatal - se prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica". (STJ, RESP 200602256610, Rel Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, 02/08/2010)3. **Não obstante a Embrapa seja uma empresa pública prestadora de serviço público (atividade de pesquisa agropecuária), verifica-se que os bens a que se reporta a inicial não eram afetados a essa finalidade, mesmo porque se tratam de modestas glebas (a maior de 2 hectares) ocupadas desde os idos de 1970 e 1980 que não interferem na utilização do restante do imóvel para o fim**

**que se destina, já que o bem "Estação Experimental de João Pessoa" possui uma área de 200 hectares, não, havendo, pois, a descontinuidade da prestação do serviço público, razão pela qual as glebas ocupadas pelos demandados não são consideradas bens públicos porque não são afetadas a finalidade pública, sendo, portanto, passíveis de aquisição por usucapião especial rural.** 4.

Presentes os requisitos constantes no art. 191 da CF, a saber, a) não ser o possuidor proprietário de imóvel rural ou urbano; b) demonstrar o exercício da posse por um período ininterrupto de 5 anos; c) tratar-se de área em zona rural não superior a 50 hectares; d) que o possuidor tenha tornado a terra produtiva; e e) não se tratar o imóvel de bem público, é de ser reconhecida a aquisição do domínio das glebas aos réus, por força da usucapião especial constitucional rural. 5. Apelação improvida para manter a sentença de improcedência da ação de reintegração de posse. AC Nº 451570/PB (A-02) ACÓRDÃO. Vistos, etc. Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do Relatório, Voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Recife, 23 de novembro de 2010. (Data de julgamento)

A tese afirmada, bastante razoável, é que, cuidando-se de pessoa jurídica de direito privado, o reconhecimento da prestação do serviço público não tem o condão de tornar seus bens públicos automaticamente, devendo havendo verificação individual de afetação.

Tem-se a impressão de que essa tese equivale a retornar à situação descrita no ponto 2.1, de modo que é, em linha de princípio, possível a usucapião de bens pertencentes a estatais, pois que formalmente pessoas jurídicas de direito privado, porquanto altamente improvável que, ao mesmo tempo, seja o bem afetado ao serviço público e usucapido.

Diz-se altamente improvável e não impossível, pois se encontrou na pesquisa jurisprudencial um caso em que se verificou a coexistência das duas situações, quais sejam, usucapião e afetação ao serviço público, senão vejamos:

**APELAÇÃO CÍVEL - USUCAPIÃO DE IMÓVEL RURAL - BEM DESAPROPRIADO PELA CEMIG - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO - BEM EMPREGADO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - ÁREA DE SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO PERMANENTE - PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO - BEM NÃO INSUSCETÍVEL DE USUCAPIÃO - RECURSO NÃO PROVIDO.**

1. Os bens da Sociedade de Economia Mista prestadoras de serviço que estiverem afetados à consecução destes, não se sujeitam à mesma regra dos bens privados, mas dos públicos, não se sujeitando à ação de usucapião.

2. Disciplinado pelo [Código Florestal](#) que a área às margens de usina hidrelétrica é preservação permanente, está comprovada a destinação específica para a prestação de serviço público. (TJ-MG - Apelação Cível : AC 10431130011098001 MG)

No referido caso, como as Áreas de Preservação Permanente são efetivamente não-edificantes, não se pode dizer que, como parte do complexo hidroelétrico, a área não fosse afetada, de modo, aplicando-

se a orientação do STF de aceitar a existência de empresas estatais prestadoras de serviços públicas, na espécie, a usucapião ter-se-ia operado de fato sobre área afetada.

Cuida-se, entretanto, de situação muito excepcional, razão pela qual, pela coerência com a própria *ratio decidendi* das decisões do Pretório Excelso, não se deve aceitar publicação do regime jurídico de bens desafetados ao serviço público, conclusão a que se chega não só *a contrario sensu* do último precedente citado como diretamente pelo do TRF-5ª Região.

Sendo assim, volta-se mesmo ao regime original tratado em 2.1, pois, como, pelo art. 98 do Código Civil, são bens públicos os pertencentes a pessoas jurídicas de direito público, incluídos os desafetados (dominicais) do art. 99 do mesmo diploma, claro é que os bens de empresas estatais devem ser considerados privados, **desde que não se cuide de bens de titularidade de estatais prestadoras de serviço público e afetados à prestação do serviço público.**

## 6.USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL RURAL COMO MATÉRIA DE DEFESA

Discute-se aqui a possibilidade de o reconhecimento de usucapião rural alegada em defesa valer ou não como título de propriedade, na usucapião constitucional rural, ao que se responderá afirmativamente, com certas condicionantes e levando em consideração se tratar de importante dispositivo constitucional e a função social da propriedade rural.

O tema deve ser apreciado pelo cotejo, primeiramente, entre a lei 6.969/81 e a súmula 237 do STF.

A primeira, cronologicamente posterior à súmula, dita: “Art. 7º - A usucapião especial<sup>[1]</sup> poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis. ”

Prevê a súmula 237, editada em 1963, *in litteris*: “O usucapião<sup>[2]</sup> pode ser argüido em defesa”.

Vê-se que a previsão legal é mais benéfica e diz mais que a súmula. Essa última limita-se a permitir a arguição em sede de defesa, ao passo que a lei permite que aquilo que foi alegado como defesa, se for reconhecido pela sentença, valha como título (OPTIZ, 2014).

É maneira de garantir-se mais eficazmente a função social da propriedade rural e, inclusive, permitir sua livre circulação no mercado, através da regularidade no registro imobiliário que o registro da sentença permite.

Permite-se, assim, expressamente, que uma questão decidida incidentalmente transite em julgado, mesmo sem a ação declaratória incidental que era prevista pelo CPC de 1973<sup>[3]</sup>.

Ou seja, mesmo sob a égide da lei processual civil anterior, que não reconhecia a força de coisa julgada do reconhecimento por sentença da usucapião, havia previsão legal permitindo tal quanto à usucapião especial, o que deve ser estendido sem dúvida à usucapião constitucional rural, pois, como já dito acima, absorveu a primeira.

É de se notar que o novo CPC não mais previu essa ação declaratória incidental, permitindo, por outro lado, que certas questões prejudiciais transitem em julgado, conforme se depreende do seguinte dispositivo, *in verbis*:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;



II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

O reconhecimento da usucapião para julgar improcedente a reivindicatória é certamente uma questão prejudicial<sup>[4]</sup>, razão pela qual é possível, em tese, a incidência do novo preceptivo processual civil.

Os requisitos dos incisos I e III são provavelmente atendidos, pois, no primeiro caso, não se pode decidir o mérito sem resolver a questão da usucapião alegada em defesa e, no caso do inciso III, geralmente a competência do juízo engloba ambas as situações.

Pode-se questionar se o teor do inciso II é atendido, pois é sabido que a ação de usucapião é complexa e depende da oitiva do Ministério Público, de proprietários confinantes e da publicação de editais.

Por essa razão, só pode incidir o dispositivo, afora a situação da usucapião especial tratada acima e que goza de previsão específica mais favorável (igualmente no caso da usucapião especial rural, como argumentado), se houver atendimento a esses requisitos formais.

Para tanto, recomenda-se que haja efetivamente a propositura de uma reconvenção, para evitar alegação de que não se atendeu ao art. 503 do CPC/2015, notadamente a proteção ao contraditório em toda sua amplitude.

Entretanto, não tendo havido formalmente a reconvenção, é de se ponderar no caso concreto se o contraditório realmente foi prejudicado e se há interesses de terceiros que não foram protegidos. Isso porque, sendo o interessado apenas o reivindicante, será mais fácil, já na resolução da questão prejudicial, resolver a questão sob os auspícios do contraditório, sem alegações de nulidades processuais.

Quanto às modalidades especiais de usucapião rural referidas, esses óbices se apresentam de menor monta, pois a carga protetiva do usucapiente é maior, o que recomenda que se lhe atribua tratamento processual mais benéfico, de modo que, basta sua contestação para que obtenha título registrável.

## 7. CONCLUSÃO

Pela argumentação expendida, foi possível, portanto, trazer subsídios para afastar dois importantes óbices ao reconhecimento da usucapião.

No primeiro caso, argumentou-se pela necessidade de exigir verdadeira afetação do bem teoricamente usucapido ao serviço público prestado pela empresa estatal que o titularizava não só como o próprio sentido da proteção conferida ao STF a essas empresas prestadoras de serviço públicos (proteger os bens afetados ao serviço público e, assim, permitir sua continuidade) como também como modo de permitir a realização da função social da propriedade rural.

No segundo caso, o objeto alcançado foi estender o regramento da lei sobre usucapião especial primeiramente à usucapião rural constitucional, sobretudo pela similaridade de situações, mas também pelo tratamento mais favorável à questão dado pelo CPC. Além disso, deixou-se aberta a possibilidade de, em qualquer ação de usucapião rural, permitir que tal reconhecimento da questão como prejudicial valha como título que possa ir a registro.

Em ambas as situações, fez-se valer a função social da propriedade rural, levando-se em consideração os instrumentos legais processuais ou não, que permitem realizá-la.

## 8. REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2014.

OPTIZ, Oswaldo. **Curso completo de Direito Agrário**. São Paulo: Saraiva, 2014.

STF. **ADPF** **46.** Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2655303&tipoApp=RTF>>.

NOTAS:

---

[1] Pode-se dizer que a usucapião especial foi absorvida pela constitucional, que trouxe previsão até mais benéfica, aumentando a área usucapível.

Eis a previsão legal da usucapião especial, na lei 6.969/81:

Art. 1º - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.

Parágrafo único. Prevalecerá a área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 (vinte e cinco) hectares.

Já a Carta Maior prevê:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

[2] Preferimos, à diferença da súmula, usar usucapião no feminino, como igualmente aceito no vernáculo.

[3] Com efeito, previa o CPC de 1973, *in verbis*:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Assim, no Código anterior, como a questão prejudicial não fazia coisa julgada (art. 469, III, do CPC-73), era necessário que houvesse ação declaratória incidental, fulcrada no seguinte dispositivo do CPC-73, *in litteris*:

Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide. Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

[4] Conforme Fredie Didier Jr., “considera-se questão prejudicial aquela de cuja solução dependerá não a possibilidade nem a forma de pronunciamento sobre a outra questão, mas o teor mesmo desse pronunciamento” (DIDIER, 2014). Assim, a existência de usucapião determinará diretamente a procedência/improcedência da reivindicatória, razão pela qual é claramente uma questão prejudicial.

## MARCO REGULATÓRIO DO TERCEIRO SETOR E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

**DEBORAH MARIA DE VASCONCELOS GOMES SOARES:** Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

**RESUMO:** A transparência é um instituto que está presente na prática diária da Administração Pública. O Novo Marco Regulatório do Terceiro Setor estabelece normas que resguardam o princípio da transparência, favorecendo o controle social através de meios de acesso à informação. Por isso, a importância de se verificar o desenvolvimento da transparência nas políticas públicas sociais que envolvem, também, o Terceiro Setor.

---

### INTRODUÇÃO

A Lei de Acesso à informação possibilita uma nova dimensão de transparência, que se verifica uma obrigação não só da Administração Pública, mas também pelo Terceiro Setor.

As Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil, respectivamente as Leis 9.637/1998 e 9.790/1999, surgiram em uma nova contextura da Administração Pública, onde pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos atuam para atender necessidades públicas ligadas à promoção de serviços sociais.

Conforme Gustavo Justino<sup>[1]</sup>, as instituições sem fins lucrativos estão agregadas ao Terceiro Setor, constituindo “um conjunto de atividades voluntárias desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro, realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora deles possa firmar parcerias e receber investimentos (públicos e privados)”. (OLIVEIRA, 2015)

O controle da Administração Pública em relação a essas parcerias, aumenta vertiginosamente, diante dos inúmero contratos e

parcerias que estão sendo fechadas entre o poder públicas e as instituições sem fins lucrativos.

Tentando viabilizar um maior controle e rechaçar medidas corruptivas, movimentos sociais pressionam o Poder Legislativo que apresentam uma agenda política voltada na ampliação da transparência. Observa-se a edição da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e o Novo Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei 13.019/2014).

Em 2014, foi editado o Novo Marco Regulatório do Terceiro Setor, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, e seu alcance é inovador, pois alarga a transparência e torna mais dificultosas as aberturas e brechas para a prática de irregularidades e desvios até então existentes.<sup>[2]</sup> (GRAZZIOLI, 2016)

Por isso, é de extrema relevância o estudo estudo sobre a transparência nas parcerias do Estado com o Terceiro Setor.

## TRANSPARÊNCIA E O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO TERCEIRO SETOR

O caráter democrático do Estado está intimamente ligado ao princípio da transparência, visto que é através deste que pode concretizar a dignidade da pessoa humana e viabilizar medidas para efetivação das políticas sociais pela Administração Pública. Deste modo, a transparência é parâmetro de controle da fidelidade aos princípios e às regras da Administração Pública, bem como, recurso de obtenção de eficiência da ação administrativa mais próxima das demandas sociais e meio de maior adesão e consenso dos administrados às decisões administrativas.<sup>[3]</sup>(JUNIOR, 2004)

Diante dos inúmero casos já noticiados pela mídia, nota-se que a corrupção é um instituto inerente à atuação estatal. Apesar de ser inerente é necessário desenvolver medidas de combate à corrupção, visto que esses desvios de dinheiro prejudica a qualidade e a prestação dos serviços sociais, influenciando na qualidade de vida dos cidadãos. Para

efetivar essas medidas e concretizar ações pautadas no interesse público, foram editadas leis que estimulam o combate à corrupção endêmica na Administração Pública. A Lei 13.019/2014 apresenta artigos que impõe transparência e puni as instituições sem fins lucrativos do Terceiro Setor vinculadas à esquemas de corrupção, nos contratos firmados com o Poder Pública.

Por isso, é importante enfatizar que a corrupção não afeta apenas a Administração Pública, mas está inserida em um âmbito que envolve também as entidades do Terceiro Setor, prejudicando a concretização de políticas públicas de grande impacto no meio social. [4] (FILHO, 2005)

Desta forma, as entidades do Terceiro Setor devem observar este universo de gestão transparente que se estar tentando implantar na política brasileira. Tanto é que, não é só no Novo Marco Regulatório que se apresenta essas normas, o art. 2º da Lei de Acesso à informação estabelece que as normas regidas na legislação também serão aplicadas ao Terceiro Setor.

Ou seja, tanto a Lei de Acesso à Informação quanto no Novo Marco Regulatório do Terceiro Setor, é enfatizado a publicidade através da divulgação dos atos do poder público e da organização da sociedade civil . A maior participação social é um instrumento de altíssimo valor, diminuindo o grande espaço que há entre a Administração Pública e a Sociedade, harmonizando uma melhor efetivação do interesse público.

A Lei 13.019/2014 também apresenta normas que resguardam o princípio da transparência. Em seus arts. 10 e 11, é prescrito, respectivamente, que “A administração pública deverá manter, em seu sítio oficial na internet, a relação das parcerias celebradas e dos respectivos planos de trabalho, até cento e oitenta dia após o respectivo encerramento” e “ A organização da sociedade civil deverá divulgar na internet e em locais visíveis de suas sedes sociais e dos estabelecimentos em que exerça suas ações todas as parcerias celebradas com a administração pública”.

Diante do que foi relatado, é de extrema importância que o acesso à informação pela população é um controle de participação política e social, que envolve também as parcerias com o Terceiro Setor.

Esse direito é estabelecido na própria Constituição Federal, abarcando o dever de divulgação de informações públicas independentemente de solicitação (transparência ativa), bem como a prestação de informações públicas, a pedido do interessado (transparência passiva). Importante destacar que não se negligenciar que, nos dias atuais, apesar do estabelecido na Carta Magna, em desfavor da publicidade, concorrem diversas vezes o ocultamento e o excesso de informações. Por isso, não basta o livre acesso à informação pública. Impõe-se que a informação seja acessível, inteligível, compreensível.<sup>[5]</sup> (VALIM, 2015)

Por isso, a necessidade do legislador em detalhar esses mecanismos de controle diante da grande verba que é repassada nesses contratos. O monitoramento é essencial quando se trata de utilização de recursos públicos pelas entidades do terceiro setor, e é diante disso que a parceria e tudo que a envolve deve ser informada não só ao poder público mas também a sociedade que de ter livre acesso à essas informações.

## CONCLUSÃO

Uma gestão transparente é o diferencial para a concretização das políticas sociais, facilitando o acesso à informação a qualquer interessado, sendo meio de fiscalização e monitoramento de contratos firmados pelo poder público

Assim, a introdução do princípio da transparência no novo marco regulatório do Terceiro Setor representa uma implantação de diretrizes que se consubstanciam com a lei de acesso à informação. Essas diretrizes impõe um fusão de fatores como a veiculação dos dados em meios tecnológicos e acessíveis, ações concretas através de atores públicos e privados, e dos recursos públicos que devem ser aplicados na políticas públicas.



## BIBLIOGRAFIA

FILHO, Severino Dias da Costa. Corrupção: fator antiético e antieconômico. Revista Ágora Filosófica, ano 5, n.2 , jul/dez 2005

GRAZZIOLI, Airton. O Marco Regulatório do Terceiro Setor e a Lei 13.019/2014. 2016. Disponível em: <http://observatorio3setor.com.br/colunas/airton-grazzioli-curador-de-fundacoes-de-sao-paulo/o-marco-regulatorio-do-terceiro-setor-e-a-lei-13-01914/> . Acessado em: 22 de setembro de 2017.

JUNIOR, Wallace Paiva Martins. Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular. São Paulo. Saraiva, 2004

OLIVEIRA. O contrato de gestão na Administração Pública brasileira. IN: VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica. Atualizado conforme a lei de OSC- Organizações da Sociedade Civil (Lei 13.019/2014) e a decisão do STF na ADIN 1.923 sobre a Lei 9.637/98. 3 ed. Belo Horizonte. Fórum,2015.

VALIM, Rafael. O direito fundamental de acesso à informação pública. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina. (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015

---

[1] OLIVEIRA. O contrato de gestão na Administração Pública brasileira. IN: VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica. Atualizado conforme a lei de OSC- Organizações da Sociedade Civil (Lei 13.019/2014) e a decisão do STF na ADIN 1.923 sobre a Lei 9.637/98. 3 ed. Belo Horizonte. Fórum,2015. p. 113.

[2] GRAZZIOLI, Airton. O Marco Regulatório do Terceiro Setor e a Lei 13.019/2014. 2016. Disponível em: <http://observatorio3setor.com.br/colunas/airton-grazzioli-curador-de-fundacoes-de-sao-paulo/o-marco-regulatorio-do-terceiro-setor-e-a-lei-13-01914/> . Acessado em: 22 de setembro de 2017.

[3] JUNIOR, Wallace Paiva Martins. *Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo. Saraiva, 2004. p. 28.

[4] FILHO, Severino Dias da Costa. *Corrupção: fator antiético e antieconômico*. *Revista Ágora Filosófica*, ano 5, n.2 , jul/dez 2005. p. 200.

[5] VALIM, Rafael. *O direito fundamental de acesso à informação pública*. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina. (Coord.). *Acesso à informação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 38-42.

## CONSUMIDOR, PEÇA SUA NOTA FISCAL! O RISCO DA VENDA DE MERCADORIA SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL

**FILIPE REIS CALDAS:** Advogado Tributarista. Pós-Graduando em Direito Tributário. Membro da Comissão de Assuntos Tributários. Pós-Graduado em Direito Público. Autor de diversos artigos e estudos jurídicos.

### INTRODUÇÃO

Ainda é uma prática bastante corriqueira, presenciada facilmente por vários consumidores, a venda de mercadorias sem nota fiscal por diversos estabelecimentos no Brasil.

Como se sabe, em qualquer operação de compra e venda, é dever de todo comerciante/vendedor a responsabilidade pela correta emissão de nota fiscal, que é considerada a última etapa do processo de venda, antes do repasse da mercadoria ou do serviço ao cliente.

O não cumprimento dessa obrigação acessória tributária pode implicar em diversos transtornos para o agente infrator, tendo em vista que é por meio da emissão da nota fiscal que o Fisco consegue averiguar as operações fiscais-contábeis dos contribuintes.

É por meio desse monitoramento de emissão por parte dos agentes que o Fisco consegue cumprir seu papel na garantia que os relativos percentuais sejam recolhidos aos cofres públicos, possibilitando assim que o Estado cumpra seu papel social na persecução do bem comum.

A nota fiscal serve de comprovante que o emitente (vendedor) declara suas operações, e conseqüentemente, recolhe os tributos devidos. Os tributos para o Direito Financeiro são classificados como Receitas Derivadas, oriundas do Poder de *Imperium* do Estado, tendo diversas finalidades como: pagamento de servidores, pagamento de obras públicas, destinações para saúde, educação, melhorias de infra-estrutura do País, reservas, etc.

## **I - SANÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL**

O descumprimento implica em omissão de receitas, conduta pelo qual o agente infrator se utiliza para falsificar a operação de compra e venda de mercadorias do ponto de vista fiscal-contábil, gerando assim adulteração/ocultação de algumas vendas, ou seja, representa todas as operações tendentes a sonegar ou suprimir o pagamento de tributos.

Tal conduta implica não só sanções na seara administrativa-fiscal, como também penal, sendo um crime de sérias proporções, gerando graves consequências.

À luz do art. 1º da Lei nº 8.137/1990, por exemplo, que define os crimes contrários à ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, a supressão ou redução de tributo por vários meios (entre os quais a omissão de informação e a adulteração ou corrupção de notas fiscais, bem como negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente), poderá ensejar reclusão de dois a cinco anos e multa.

O setor fazendário do governo é um dos órgãos mais capacitados, seja de agentes técnicos, seja de uso de tecnologia de ponta. Dentre as tecnologias, destaca-se o uso de um poderoso software de cruzamento de dados fiscais, gerando assim o arbitramento aproximado das quantias sonegadas.

A inteligência artificial dos órgãos fazendários é capaz de analisar milhões de dados em segundos, gerando assim relatórios analíticos sobre os contribuintes, identificando, por exemplo, pelo cruzamento de dados de fornecedores de cartões de crédito e as informações declaradas sobre o montante das vendas realizadas, a quantidade de tributo a recolher.

Esse trabalho é facilitado pelo avanço do monitoramento remoto desenvolvido pelo governo com o uso da impressora fiscal, nota fiscal eletrônica, Sped Fiscal, Bloco K, ou seja, o governo vem atualizando sua forma de fiscalização eletrônica, diminuindo a quantidade de agentes

envolvidos, diminuindo a quantidade de documentos físicos, gerando assim, rapidez, segurança, facilidade, etc.

Em alguns casos, a instigação à sonegação fiscal é por iniciativa do próprio cliente, porém tendo em vista os riscos, é muito mais vantajoso perder a venda e ter a receita diminuída do que sofrer com a “dor de cabeça” da omissão de receitas, implicando em multa de até 5x o valor do imposto devido, além da possibilidade de condenação em pena privativa de liberdade

Popularmente chamada de “Caixa 2”, essa prática financeira ilegal consiste basicamente em não registrar determinadas entradas ou saídas de um fluxo de caixa, criando assim um caixa paralelo, com o intuito de evitar a incidência de tributos.

Tal conduta, apesar, de poder aparentar num primeiro momento, a possibilidade de compra por um preço mais baixo para o consumidor, provoca um mal em todo sistema, gerando concorrências desleais, enriquecimento ilícito sem causa, perda de arrecadação de tributos para diversas áreas importantes como saúde e educação, etc.

A falta de um bom planejamento tributário, acaba, muitas vezes, levando o empresário a descumprir a lei 8.137/90 que criminaliza a sonegação de imposto.

Para um melhor entendimento do tema e da capacidade fiscal dos órgãos fazendário, far-se-á um paralelo de alguns recursos tecnológicos que a mesma se utiliza.

### **I.1 - IMPRESSORA FISCAL**

O mecanismo Emissor de Cupom Fiscal – ECF, popularmente chamado de impressora fiscal, é um equipamento eletrônico que substitui a forma manual de emissão de notas fiscais em estabelecimentos comerciais, devendo para tanto está conectada a um computador para se tornar operacional.

A utilização compulsória da impressora fiscal só se dá para os estabelecimentos que possuam: i) faturamento anual superior a R\$120 mil reais; ii) utilização de cartões magnéticos pré ou pós pagos; iii) utilização de balança eletrônica calculadora; iv) utilização de equipamentos de automação com o objetivo de registrar transações comerciais.

A venda, instalação e a manutenção destes equipamentos só pode ser efetuada por empresas e técnicos credenciados, previamente cadastrados e autorizados pelo Fisco, através de um lacre e formulários fiscais, sendo de responsabilidade de ambas as empresas o correto preenchimento dos relatórios.

Os cupons fiscais contém as informações de tributação conforme as alíquotas de impostos para cada estado com relação aos produtos vendidos.

Dentre os modelos, pode-se destacar:

#### ***ECF Matricial***

*Na matriciais, a primeira via do Cupom Fiscal é dada ao cliente e a segunda via é guardada para o Estabelecimento Comercial. E ainda caso esta esteja conectada a um computador pode gerar um arquivo que chamamos de Fita Detalhe - uma cópia exata do cupom emitido para o cliente. A bobina de papel desta impressora deve ser de duas vias para atender ao seu propósito. A interface de comunicação pode ser padrão serial ou paralela.*

#### ***ECF Térmica***

*As térmicas emitem uma via do Cupom Fiscal para o Cliente e uma cópia fica armazenada em sua memória fiscal, a impressão e gravação dos registros é sequencial e todos os cupons (fiscais, não-fiscais e gerenciais) impressos também são numerados sequencialmente. Esta memória não pode*

*ser apagada nem por intervenção técnica, pois não permite acesso aos registros já escritos senão para leitura deles.*

*A interface de conexão destas impressoras pode ser padrão serial ou USB. Elas estão configuradas para imprimir, após a redução Z, uma linha contendo caracterescriptografados contendo as informações dos totalizadores gerais incluindo os últimos registros escritos em sua memória fiscal para leitura posterior pelos órgãos da fiscalização caso seja necessário.*

## **I.II - NOTA FISCAL ELETRONICA**

Segundo a definição da Fazenda a Nota Fiscal Eletrônica – (NFe) é um documento de existência apenas digital, emitido e armazenado eletronicamente, com a finalidade de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias ou uma prestação de serviços, ocorrida entre as partes.

A segurança, integridade e validade dos dados é assegurada pela assinatura digital do remetente por meio de uma chave digital que corresponde a sua autoria e a autorização de uso é fornecida pelo Fisco.

A empresa emissora de NFe gera um arquivo eletrônico contendo as informações fiscais da operação comercial, assina digitalmente e remete à Secretaria da Fazenda ou à Receita Federal, onde farão uma pré-validação e devolverão ao contribuinte um protocolo de recebimento (autorização de uso), sem o qual não poderá haver o trânsito da mercadoria.

Como documento de comprovação da operação que acompanhará o transporte da mercadoria será emitida o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE, em única via, que conterà a chave de acesso para consulta da NFe na internet e um código de barras que facilitará a captura e a confirmação das informações da NFe pelas unidades fiscais.

A DANFE não é nem substitui a nota fiscal, é apenas um documento auxiliar para consulta da NFe.

Dentre os benefícios da instituição e emissão da NFe, destaca-se:

#### **Benefícios para a Administração Tributária**

- *Aumento na confiabilidade da Nota Fiscal;*
- *Melhoria no processo de controle fiscal, possibilitando um melhor intercâmbio e compartilhamento de informações entre os fiscos;*
- *Redução de custos no processo de controle das notas fiscais capturadas pela fiscalização de mercadorias em trânsito;*
- *Diminuição da sonegação e aumento da arrecadação;*
- *Suporte aos projetos de escrituração eletrônica contábil e fiscal da Secretaria da RFB (Sistema Público de Escrituração Digital - SPED).*

#### **Benefícios para a Sociedade**

- *Redução do consumo de papel, com impacto positivo no meio ambiente;*
- *Incentivo ao comércio eletrônico e ao uso de novas tecnologias;*
- *Padronização dos relacionamentos eletrônicos entre empresas;*
- *Surgimento de oportunidades de negócios e empregos na prestação de serviços ligados à Nota Fiscal Eletrônica.*

#### **Benefícios para o Contribuinte Comprador (Receptor da NF-e):**

- *Eliminação de digitação de notas fiscais na recepção de mercadorias;*
- *Planejamento de logística de entrega pela recepção antecipada da informação da NF-e;*
- *Redução de erros de escrituração devido a erros de digitação de notas fiscais;*
- *Incentivo ao uso de relacionamentos eletrônicos com fornecedores (B2B);*

#### **Benefícios para o Contribuinte Vendedor( Emissor de NF-e):**



- *Redução de custos de impressão;*
- *Redução de custos de aquisição de papel;*
- *Redução de custos de envio do documento fiscal;*
- *Redução de custos de armazenagem de documentos fiscais;*
- *Simplificação de obrigações acessórias, como dispensa de AIDF;*
- *Redução de tempo de parada de caminhões em Postos Fiscais de Fronteira;*
- *Incentivo a uso de relacionamentos eletrônicos com clientes (B2B);*

### **I.III - SPED FISCAL**

O Sistema Público de Escrituração Digital - SPED Fiscal faz parte do Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal (PAC 2007-2010), e é um sistema tecnológico de escrituração digital com o objetivo de reduzir a burocracia no cumprimento das obrigações acessórias, facilitando os processos e pagamentos de impostos, eliminando assim a necessidade física dos documentos em papéis.

O SPED permite a integração dos Fiscos nos níveis federal, estadual e municipal, garantindo ao contribuinte a facilidade no recolhimento de suas obrigações tributárias e demais compromissos fiscais, possuindo 3 pilares: i) Escrituração Fiscal Digital – EFD; ii) Escrituração Contábil Digital – ECD; e iii) Nota Fiscal Eletrônica - NFe

Por enquanto estão obrigadas a enviar a Escrituração Contábil Digital todas as sociedades empresárias optantes pelo Lucro Real, porém daqui a alguns anos já deve estar presente para todas as empresas do país.

A obrigação do envio da Escrituração Fiscal Digital abrange os contribuintes de ICMS ou IPI por meio de um certificado digital, estando dispensado as micro e pequenas empresas, previstas na LC 123/06.

A escrituração Fiscal Digital substitui os livros de Registro de Entradas e Saídas, os Registros de Apuração do ICMS, os Registros de Apuração do IPI, o Registro de Inventário.

Seu uso facilita o gerenciamento dos dados numa quantidade menor de tempo, sendo interessante para ambos os lados, pela redução da burocracia, redução de espaços físicos para correta guarda e preservação dos documentos em papéis.

Dentre os principais problemas que podem acontecer na entrega do SPED Fiscal pode-se citar a inexactidão do confronto de notas fiscais emitidas e a quantidade com compras realizadas por insumos e produtos.

Quando uma empresa vende sem nota, ela deixa de registrar a receita corretamente em seu fluxo de caixa. Sem ter essas informações, o trabalho do contador é muito prejudicado, pelo fato de ser considerada uma situação financeira distante da real.

A não escrituração de uma nota pode acarretar em uma série de erros na apuração dos impostos e inexactidões nos cadastros e registros do arquivo. Outro problema é o não uso da NFe em seu formato digital (.xml.), que significa a perda de, no mínimo, 400 campos que trazem informações ricas para a construção da obrigação acessória.

#### **I.IV - BLOCO K**

Bloco K é um setor específico para preenchimento do SPED Fiscal que exige informações relativas aos processos produtivos de empresas, principalmente, atacadistas e industriais, consistindo no livro de controle da produção e do estoque, criado com a finalidade de acabar com a sonegação fiscal.

Requer a atualização de dados referentes à quantidade produzida; o quanto de materiais se consumiu, inclusive por terceiros; a quantidade que foi consumida na produção em terceiros. As movimentações ocorridas internamente relacionadas aos estoque, mesmo que não se liguem diretamente à produção. Posição de estoque dos produtos acabados, semiacabados e matérias-primas, dentre outros.

De acordo com o ajuste Sinief 08, de 02 de outubro de 2015, quem estava obrigado a entregar o bloco K:

*II – 1º de janeiro de 2017, para os estabelecimentos industriais classificados nas divisões 10 a 32 da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) pertencentes a empresa com faturamento anual igual ou superior a R\$78.000.000,00*

(...)

*“§ 8º Para fins do Bloco K da EFD, estabelecimento industrial é aquele que possui qualquer dos processos que caracterizam uma industrialização, segundo a legislação de ICMS e de IPI, e cujos produtos resultantes sejam tributados pelo ICMS ou IPI, mesmo que de alíquota zero ou isento.*

As microempresas e empresas de pequeno porte classificadas de acordo com a Lei 123/06, estão dispensadas da escrituração.

Dada a complexidade de conseguir controlar processos ao nível exigido do Bloco K, a CONFAZ adiou diversas vezes o início da obrigação:

<b>Início da Obrigatoriedade</b>	<b>Estabelecimentos Obrigados</b>	<b>Faturamento Anual (igual ou superior a)</b>
<b>2017</b>	Industriais classificados nas divisões 10 a 32 da CNAE	R\$ 300 milhões
	Industriais de empresa habilitada ao Regime Aduaneiro Especial de Entrepósito Industrial sob Controle Informatizado (Recof) ou a outro regime alternativo a este	Independente de faturamento

2018	Industriais classificados nas divisões 10 a 32 da CNAE	R\$ 78 milhões
2019	Demais estabelecimentos industriais	Independente de faturamento
	Atacadistas classificados nos grupos 462 a 469 da CNAE	Independente de faturamento
	Equiparados a industrial	Independente de faturamento

O quadro se encontra assim de acordo com o [Ajuste Sinief 25/2016](#) de obrigatoriedade do registro de controle da produção e do estoque (Bloco K):

*I - para os estabelecimentos industriais pertencentes a empresa com faturamento anual igual ou superior a R\$ 300.000.000,00:*

*a) 1º de janeiro de 2017, restrita à informação dos saldos de estoques escriturados nos Registros K200 e K280, para os estabelecimentos industriais classificados nas divisões 10 a 32 da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE);*

*b) 1º de janeiro de 2019, correspondente à escrituração completa do Bloco K, para os estabelecimentos industriais classificados nas divisões 11, 12 e nos grupos 291, 292 e 293 da CNAE;*

*c) 1º de janeiro de 2020, correspondente à escrituração completa do Bloco K, para os estabelecimentos industriais classificados nas divisões 27 e 30 da CNAE;*

*d) 1º de janeiro de 2021, correspondente à escrituração completa do Bloco K, para os*

*estabelecimentos industriais classificados na divisão 23 e nos grupos 294 e 295 da CNAE;*

*e) 1º de janeiro de 2022, correspondente à escrituração completa do Bloco K, para os estabelecimentos industriais classificados nas divisões 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 28, 31 e 32 da CNAE.*

*II - 1º de janeiro de 2018, restrita à informação dos saldos de estoques escriturados nos Registros K200 e K280, para os estabelecimentos industriais classificados nas divisões 10 a 32 da CNAE pertencentes a empresa com faturamento anual igual ou superior a R\$ 78.000.000,00, com escrituração completa conforme escalonamento a ser definido;*

*III - 1º de janeiro de 2019, restrita à informação dos saldos de estoques escriturados nos Registros K200 e K280, para os demais estabelecimentos industriais classificados nas divisões 10 a 32; os estabelecimentos atacadistas classificados nos grupos 462 a 469 da CNAE e os estabelecimentos equiparados a industrial, com escrituração completa conforme escalonamento a ser definido.*

Com a utilização do Bloco K, é possível determinar se a empresa utiliza meios ilícitos em suas operações, como emissão de notas fiscais, manipulação de estoque, entre outros, servindo como mais um meio para fechar o ciclo de informações da Receita, ou seja, eventuais diferenças entre saldos, se não justificados, poderão acarretar em sonegação fiscal e consequentemente multas para as empresas.

## **II - TRANSTORNOS REFLEXOS**

Além de incorrer em sanções tributárias e penais, tendo a empresa que pagar o tributo sonegado com juros, correção monetária e

multa, o agente responsável pelo estabelecimento responder por crime contra a ordem tributária, ainda assim, a empresa pode perder vendas.

Segundo a legislação consumerista, é direito do consumidor e “dever” do fornecedor a entrega da nota fiscal, servindo assim como comprovante de venda, servindo como documento hábil para troca de mercadorias defeituosas, devolução do dinheiro, etc.

Além disso, existe legislações que estabelecem penas de multas administrativas para o fornecedor que não emitir ou entregar nota fiscal hábil. Considera-se não hábil, além dos casos previstos na legislação tributária, o documento fiscal que, ainda que solicitado, não contenha o número de inscrição do consumidor no Cadastro Pessoas Físicas - CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ.

Como se sabe, o cupom fiscal é emitido por um equipamento ECF (Emissor de Cupom Fiscal) autorizado pela Secretaria da Fazenda do Estado. O cupom fiscal deve obrigatoriamente conter: a denominação Cupom Fiscal, o nome da empresa, o endereço, a inscrição no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica), a data da operação e o valor total da operação e a descrição dos bens ou serviços.

O cupom fiscal substitui a nota fiscal, mas se o consumidor tiver preferência pela nota fiscal, basta devolver o cupom ao comerciante e pedir a emissão da nota. A nota fiscal ao consumidor deve conter:

- *a denominação "Nota Fiscal de Venda a Consumidor";*
- *o número de ordem, a série e subsérie e o número da via;*
- *a data da emissão;*
- *o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, do estabelecimento emitente;*
- *a discriminação da mercadoria: quantidade, marca, tipo, modelo, espécie, qualidade e demais elementos que permitam sua perfeita identificação;*
- *os valores, unitário e total, das mercadorias, outros valores cobrados a qualquer título e o total da operação;*
- *o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do impressor do documento, a data e a quantidade da*

*impressão, o número de ordem do primeiro e do último documento impresso, a série e subsérie, e o número da Autorização de Impressão de Documentos Fiscais.*

A insistência da venda sem nota, além de ser considerada uma transação ilegal, poder fazer perder o cliente, gerando, inclusive, propaganda negativa sobre o estabelecimento na praça.

Outro exemplo de transtorno reflexo causado pela não emissão de notas fiscais é a consequência de uma situação financeira da empresa distante da real, prejudicando assim um possível pedido de empréstimo, tendo em vista os dados poderem apresentar um faturamento menor que o oficial, não sendo possível assim comprovar a capacidade financeira de honrar o compromisso.

Até para o correto desempenho dos serviços jurídicos tributários que visam a recuperação de valores pagos de forma indevida sua execução é prejudicada pela sonegação e não emissão de notas, tendo em vista que só se pode recuperar os valores devidamente comprovados.

Sem contar as análises contábeis e tomada de ações gerenciais, que serão feitas em cima de falsos números e, conseqüentemente, prejudicarão todo o planejamento e plano de ação da empresa.

### **III – CONCLUSÃO**

Esse pequeno artigo procurou demonstrar os riscos que a não emissão de notas fiscais implicam para os estabelecimentos comerciais, gerando sanções na esfera administrativa, fiscal e penal do ponto de vista legal.

Além das penas de multas, os infratores são punidos com penas privativas de liberdades (prisão). Como se procurou discorrer, enganar o Fisco é uma tarefa complicada tendo em vista a atualização de várias obrigações acessórias em mecanismos digitais, facilitando o cruzamento de dados digitais pelos softwares da malha fina, implicando em sérios gravames.

Além das sanções diretas, existe as sanções reflexas como a perda de vendas por consumidores cada vez mais

exigentes e cientes do seu direito, tomada de decisões em dados inexatos e até recusa de pedidos de empréstimos pela falsa possibilidade de honrar os compromissos.

Do ponto de vista econômico, o tamanho do risco, jamais justificará o prejuízo pela fiscalização que o estabelecimento terá com a sonegação de tributos.



## O DIÁLOGO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS OCIDENTAIS E SEUS REFLEXOS NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL BRASILEIRO

**JULIANA COSTA BARBOZA:** Graduada em Direito pela UFC. Especialista em Direito Processual Civil. Mestranda em Ordem Jurídica Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Advogada e servidora pública federal do Ministério do Trabalho.

**Resumo:** O presente artigo busca demonstrar o desenvolvimento histórico e jurídico do precedente judicial junto ao cenário do ordenamento jurídico pátrio com enfoque na relevante atuação do Poder Judiciário na sociedade. Destaca-se ainda a utilização e principalmente a eficácia atribuída aos precedentes vinculantes no Brasil. Denota-se alguns pontos de diferenciação e semelhanças existentes entre os dois sistemas jurídicos, estabelecendo-se a aproximação do sistema jurídico brasileiro ao sistema common law, o que vem proporcionando um processo de valorização da jurisprudência como fonte de direito. Busca-se esclarecer a importância aos precedentes como fonte do direito, demonstrando as técnicas utilizadas para interpretá-los dentro da jurisdição constitucional brasileira. Originados do maior ativismo judicial em destaque na atualidade, os precedentes no sistema atual brasileiro apresentam suas vantagens e desvantagens, cuja importância de sua eficácia no Brasil vem dependendo dos efeitos a eles concedidos, podendo ou não ter efeitos normativos, sendo ou não dotados de força obrigatória (vinculante) a depender de cada caso concreto. Tal força vinculante é fundamental para garantia da segurança jurídica e para o tratamento isonômico dos jurisdicionados, uma vez que impede que uma mesma questão jurídica seja julgada diferentemente, com posições antagônicas, por órgãos distintos (juízes e tribunais).

**Palavras-chave:** Civil Law. Common Law. Precedente judicial. Efeito vinculante. Ativismo judicial. Jurisdição Constitucional.

**Abstract:** This article seeks to demonstrate the historical and legal development of the judicial precedent in the context of the legal order of the country, focusing on the relevant role of the Judiciary in society. It is

also worth noting the use and above all the effectiveness attributed to binding precedents in Brazil. It points out some points of differentiation and similarities between the two legal systems, establishing the approximation of the Brazilian legal system to the common law system, which has been providing a process of valuing jurisprudence as a source of law. It seeks to clarify the importance of precedents as a source of law, demonstrating the techniques used to interpret them within the Brazilian constitutional jurisdiction. The precedents of the current major judicial activism, the precedents in the current Brazilian system present their advantages and disadvantages, whose importance of its effectiveness in Brazil depends depending on the effects granted, and may or may not have normative effects, whether or not they are endowed with force Compulsory (binding) to depend on each specific case. Such a binding force is fundamental for guaranteeing legal certainty and for the isonomic treatment of the courts, since it prevents the same legal question from being judged differently, with antagonistic positions, by different bodies (judges and courts).

**Keywords:** Civil Law. Common Law. Judicial precedent. Binding effect. Judicial activism. Constitutional Jurisdiction.

**Sumário:** Introdução. 1. Os grandes sistemas jurídicos do ocidente. 1.1 A síntese dialética entre os sistemas jurídicos. 2. A Jurisdição Constitucional no Brasil. 2.1 Primórdios da Jurisdição Constitucional no Brasil. 2.2 Natureza jurídica da Jurisdição Constitucional e a Teoria dos Precedentes. 3. O ativismo judicial e a força do precedente. Considerações finais. Referências bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

O Brasil sofreu forte influência do positivismo jurídico, tendo a lei como fonte primária do direito, o que contribuiu para construção de um sistema todo escrito, conhecido como *civil law*, que teve sua origem no sistema romano-germânico e foi adotado em basicamente todo o continente europeu (Itália, Alemanha, Espanha

e Portugal), além de toda a América Latina colonizada por portugueses e espanhóis, segundo Greco (2010).

Por outro lado, nos países de origem anglo-saxônica, onde predomina o sistema do *common law*, há uma visão bem desenvolvida acerca dos precedentes judiciais, com fundamento na teoria do *stare decisis*, termo de origem latina (*stare decisis et non quieta movere*) que significa mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido, conforme entende Didier (2011).

O sistema da *common law* é adotado também no Canadá, na Austrália, entre outros, principalmente em países oriundos das antigas colônias britânicas. No Canadá, que teve colonização tanto inglesa como francesa, em algumas regiões, como Québec, é adotado o sistema da *civil law*, o que também acontece nos Estados Unidos no Estado da Louisiana, como ensina Greco (2010).

Apesar do *common law* ser compreendido pelos países que adotam o *civil law* como sendo diferente, complexo e desinteressante para os juristas, percebe-se que o neoconstitucionalismo em muito aproximou este sistema jurídico daquele. Isto porque, embora a teoria dos precedentes judiciais tenha se desenvolvido mais nos países de origem anglo-saxônica, o precedente é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, seja da *civil law* ou da *common law*, como Estados Unidos e Inglaterra, com diferenças quanto à eficácia que possui.

Assim, dentro dessa perspectiva de colaborar no estudo dos limites da aproximação do *civil law* com *common law*, através de vários institutos jurídicos, notadamente de cunho processual, que reconhecem uma tendência a uniformização de decisões judiciais e valorações dos precedentes, é que será feita uma breve explanação sobre a jurisdição constitucional brasileira, analisando o conteúdo constitucional com enfoque na supremacia da constituição e a natureza dos Tribunais Constitucionais ou das Supremas Cortes no exercício da jurisdição constitucional, com o desenvolvimento da teoria dos precedentes judiciais no nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, através do maior ativismo judicial, seja com atividade criativa do juiz no sentido de criar a norma jurídica do caso concreto, seja a norma geral do caso concreto, a jurisprudência está cada vez mais se sedimentando no mundo jurídico, para ser admitida como fonte do direito. Contudo, importa ressaltar a influência ainda muito forte de Montesquieu através do juiz boca-da-lei, adotando a visão genérica e abstrata, em uma norma concreta e específica. Desse modo, o Poder Judiciário não criaria direitos subjetivos, mas tão somente reconhece direitos preexistentes, conforme Freitas Câmara (2008).

### **1. OS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS DO OCIDENTE**

Objetivando a melhor compreensão do seu objeto de estudo, é de suma relevância que o operador do Direito investigue a perspectiva histórica do sistema jurídico no qual está inserido, assim como de outros sistemas jurídicos existentes. Isto porque, identificar as peculiaridades de cada um, possibilitando um estudo equiparado que viabilize constatar os benefícios e malefícios, composição, particularidades e avanço de tais sistemas.

Inicialmente, tem-se o sistema *civil law*, evidenciando a importância histórica do direito romano para os países seguidores de tal sistema, a exemplo do Brasil. O sistema romano-germânico tem como fonte principal a lei, norma jurídica originada pela criação estatal, onde se concentra a atividade do jurista. Tal sistema é produto da evolução do direito romano e, embora seja específico da Europa Continental, espalhou-se também para outros países não europeus.

Existe ainda o sistema *common law*, de origem inglesa, que possui duas características que permaneceram ao longo de sua clássica história, quais sejam, a forma bilateral de desafio do processo, praticando as partes uma verdadeira disputa perante o juiz, bem como a oralidade processual resultante da existência de um terceiro que além de ouvir, solucionará o caso concreto.

Por conseguinte, constata-se que o sistema jurídico da *civil law* é utopicamente caracterizado por ter as leis como pressuposto da igualdade e da liberdade, já que tinha por objetivo impedir o juiz de tecer interpretações sobre a letra da lei, compreendendo que ao

magistrado caberia apenas proceder à subsunção da norma diante da legislação considerada como ampla e esclarecedora.

Isto posto, com o juiz atrelado à lei escrita, seria alcançada a segurança jurídica necessária às decisões judiciais, mitigando a capacidade de interpretação do juiz, de modo a não prejudicar, nem beneficiar uma das partes litigantes em detrimento da outra.

Vale enfatizar, também, que, atualmente, partindo do paradigma do Estado Democrático de Direito, além do Neoconstitucionalismo, o *civil law* passou por significativas alterações, a fim de se adequar à realidade das sociedades contemporâneas, embora se mantenha pautado pelas normas escritas, como forma de garantir como imprescindível À Justiça, através do procedimento de fundamentação judicial das decisões na lei.

### **1.1 A síntese dialética entre os sistemas jurídicos**

Os sistemas jurídicos mencionados são os principais existentes dentro da perspectiva histórica apresentada. Observa-se que a consecução de fatos relevantes, como guerras, revoluções, predominância de uma determinada religião, entre outros, acabam por influenciar a formação da ordem jurídica de uma determinada região.

Verificou-se que o sistema romano-germânico é o sistema jurídico mais antigo, cujas origens remontam à antiguidade. Predominante no mundo, inclusive no Brasil, caracteriza-se principalmente pelo caráter positivo do Direito, imperando a escrita, destacando-se ainda a generalidade da norma e posterior aplicação aos casos concretos.

De outra forma, o sistema *common law* infere normas gerais partindo-se de decisões judiciais provenientes de casos concretos. Este sistema, oriundo da Inglaterra, caracteriza-se ainda pela natureza jurisprudencial do Direito, além da tradição oral.

A tradição *common law* se caracteriza pelo direito costumeiro e principalmente pelo respeito obrigatório aos precedentes. Estes, nesse sistema, são considerados como fonte primária do direito,

conferindo segurança e previsibilidade nas decisões. Na Inglaterra, as leis estavam submetidas a um direito superior, seja o common law ou a equity, e se assim não fossem, elas seriam nulas e destituídas de eficácia.

O Brasil, que é filiado ao sistema do *civil law*, desde muito já vem sofrendo com o excesso de divergência jurisprudencial o que torna a lei insuficiente para garantir segurança jurídica à sociedade. Entretanto, hoje, o que se observa é uma grande mutação dos sistemas, para um sistema híbrido. Temos um novo *civil law* e um novo *common law*, ambos exploram a principal forma de direito do outro, sem contudo alterar-se.

## **2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL**

O histórico da jurisdição constitucional está intimamente ligado à ideia de supremacia da Constituição que se trata de um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, bem como das origens do controle de constitucionalidade.

Mendes, ao tratar do princípio da supremacia da Constituição, afirma:

Visualizado o ordenamento jurídico como uma estrutura hierarquizada de normas, cuja base repousa na ficção da norma fundamental hipotética, de que se utilizou Hans Kelsen para descrever a estática e a dinâmica jurídicas e, assim, a própria existência do direito, emerge nítida, a supremacia da constituição como ponto de apoio e condição de validade de todas as normas jurídicas(...). (2009, p. 237).

Desse modo, a Constituição assume um caráter de norma superior, ou seja, entendida como a norma que possui proibições expressas aplicadas a autoridade legislativa, executiva ou judiciária.

No Brasil, a jurisdição constitucional engloba das mais diversas estruturas ou matérias previstas na Constituição Brasileira, inclusive, matérias processuais, e é desse modo que Lima declara que:

A ideia de uma jurisdição constitucional passa pela articulação de elementos: 1) Estritamente

processuais, como ações e procedimentos previstos diretamente na constituição ou em leis infra – constitucionais, mas completamente à matéria constitucional prevista, a ser desenvolvidos por cidadãos como garantias de seus direitos; 2) Por competências de julgamento de determinados órgãos jurisdicionais, expostas num quadro de previsão e divisão legal de funções. (2009, p. 23).

Portanto, do ponto de vista estatal a jurisdição constitucional deve analisar o conteúdo constitucional, devendo ser a proteção de uma faculdade processual de ação do cidadão e elaborar um texto apto a passar credibilidade a sociedade de uma ação positiva (instrumento processual) em desfavor do próprio Estado.

### **2.1 Primórdios da Jurisdição Constitucional no Brasil**

Para tratar dos primórdios da jurisdição constitucional brasileira, faz-se necessário comentar sobre as diretrizes do direito português.

Portugal tornou-se independente no ano de 1139, na batalha de Ourique, tendo sido esse o ponto principal de seu direito nacional, contudo, inegavelmente como outras colônias, Portugal sofreu influência do direito romano imperial seguindo, aproximadamente o itinerário traçado por esse capítulo pelo ocorrido como um todo na Europa Ocidental.

As primeiras leis nacionais foram adotadas em 1210, no reinado de Afonso II, dividido ainda em feudos. Tais leis precisavam respeitar os forais, diplomas de concessão de privilégios e contratos ligados à posse ou propriedade territorial envolvendo direitos e deveres feudais. Somente em 1466 Portugal faria uma compilação dos Ordenamentos Jurídicos, as denominadas ordenações afonsinas.

Assim, não é de se ficar surpreso que a primeira forma de ocupação de território brasileiro, as capitanias hereditárias, tivesse pontos tão fortemente feudais. As capitanias hereditárias ilustram

certa peculiaridade do direito português que viria consolidar-se no Brasil, qual seja, o patrimonialismo, assim com o passar dos tempos, Portugal adotou um sistema centralizado de governo, vejamos esse trecho de Cruz:

Assim, menos de quarenta anos foram suficientes para que Portugal adotasse um sistema central de governo, através da nomeação de governadores-gerais. A partir de então, a administração da justiça incorporou-se como elemento da máquina colonizadora. (2004, p. 52).

De um modo simples da ouvidoria geral, Portugal expandiu a justiça em inúmeros cargos. Os juízes ordinários, eleitos pelas câmaras locais, tinham a preferência da aristocracia local. Contudo, a burocracia lusitana preferia o emprego de juízes de fora, normalmente itinerantes e com o mandato determinado para a jurisdição em uma comarca.

A Coroa tinha a finalidade de garantir a fidelidade absoluta do judiciário, evitando dessa forma que os costumes, tradições pudessem se sobrepôr as leis daquele reino.

Contudo, os portugueses que vinham aplicar o direito no Brasil, em regra, não pertencem à nobreza. Ao contrário, vinham para cá em busca de enriquecimento. Logo que chegavam, relações de afinidade (batizado de crianças) e matrimoniais ligavam essa magistratura à elite agrária local. Em pouco tempo, parcela significativa passava a integrar aquela elite, fixando residência no Brasil. Com essas atitudes, o direito virava um instrumento de repressão, vejamos o que diz Cruz:

Assim, o caráter patrimonialista do judiciário nacional ganhou novas colorações, pois simultaneamente integrava-se ao projeto de colonização, ao julgar sistematicamente em favor da coroa e da elite, tornando o direito um instrumento de dominação e de repressão aos índios, pobres e escravos negros. (2004, p. 52).



O poder público era empregado em favor das oligarquias agrárias, mas não se esquecia dos interesses maiores da coroa. Isso explica outra faceta do direito e do operador jurídico pátrios, que se formou por aqui, qual seja, a do conservadorismo.

O início desse fenômeno mais uma vez tinha surgido em Portugal. Então, como as ordens mendicantes, especialmente a dos dominicanos, surgiram para combater a heresia na Alta Idade Média, uma nova ordem de missionários, altamente talentosos e abnegados, nascida na Espanha em 154, e denominada Companhia de Jesus, nasceu para combater a expansão da reforma protestante. Com essas características os jesuítas adotaram três vias de ação principal, senão vejamos:

- a) Ação missionária de catequese, que na América portuguesa e na espanhola teve papel fundamental na colonização;
- b) Reconstrução da inquisição, como forma de combate às heresias e particularmente aos judeus. No Brasil, a despeito de não se ter notícia de um tribunal fixo do santo ofício, foram inúmeras as suas visitas;
- c) Os jesuítas abraçaram o ensino fundamental e médio. Em pouco tempo, não só na metrópole, mas também em todo o país, os melhores professores eram jesuítas. (CRUZ, 2011, p. 53).

Somado a isso, é preciso lembrar que os operadores do direito no Brasil eram formados em Coimbra. O ensino jurídico permitia formação civil ou canônica, que habilitava os graduandos a trabalhar conceitos empíricos sobre a aplicação dos cânones e assentos.

Desse modo, o judiciário no Brasil limitava-se a respeitar “as posições” tomadas na metrópole, aplicando um direito com raízes fortemente canônicas, como se depreende do Livro II das Ordenações Filipinas de 1603.

Por fim, esse quadro de descompasso cultural, marcado pelo patrimonialismo e troca de favores recíprocos, por um conservadorismo tomista ligado a uma visão de mundo, vinculado à

metafísica religiosa e a um respeito ao então denominado argumento de autoridade, acrescentava-se a prevalência do interesse público sobre o privado, no qual o interesse da coroa-metrópole sobrepujava até mesmo os interesses das elites locais.

Esse quadro permaneceria intocado em todo o período colonial, mesmo até quando o Brasil foi guindado à condição de Reino Unido, em 1815. Ademais, ver-se-á que essas características marcantes do direito e do operador jurídico nacional deixariam suas raízes mesmo agora, no alvorecer do século XXI, ao se consolidar o formalismo no Brasil.

## **2.2 Natureza jurídica da Jurisdição Constitucional e a Teoria dos Precedentes**

Existem diversas correntes a respeito da natureza dos Tribunais Constitucionais ou das Supremas Cortes no exercício da jurisdição constitucional, especialmente no que diz respeito ao controle de constitucionalidade.

Assim, uma das primeiras correntes conclui que a jurisdição constitucional tem um viés político, é o que se vê do trecho do doutrinador Sampaio, vejamos:

Para uma corrente, tais cortes, seja pela particularidade de suas decisões, seja porque não realizam operações de subsunção de casos concretos à norma, seja pelo tipo de conflitos que resolvem, seja ainda por inovar a ordem jurídica, são órgãos políticos, especialmente legislativos, “uma segunda câmara” ou “instância política suprema”. (2002, p. 58).

Uma segunda corrente não nega a natureza jurisdicional desses tribunais, assim há doutrinadores que afirmam que todos os conflitos constitucionais são sempre conflitos políticos, não podendo, entretanto, se eximir de “critérios e métodos jurídicos” para solucioná-los. A bem da verdade são critérios e métodos que gozam de certa particularidade relativamente aos tribunais ordinários.

Conforme o grande filósofo Kelsen, não parece haver dúvidas que os tribunais constitucionais exercem uma verdadeira jurisdição. Em sua crítica à Teoria Schmittiana do Huter Der Verfassung, Kelsen se equivoca. Esse quadro é ressaltado em Teoria Geral do Direito e do Estado quando afirma que um tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual geral - funciona como legislador negativo. Tremps afirma que a atenção para o fato de que, para Kelsen, a função de tribunal constitucional não é nem jurisdicional nem legislativa, em sentido clássico, mas é de aplicação e criação de direito. Daí porque, em seu julgar, Kelsen menciona a defesa e o perfil de uma autêntica jurisdição, por mais que o resultado de sua atividade – da atividade do órgão competente – venha a ser o “legislativo” (SAMPAIO, 2002).

Existe um elemento relevante para se entender a natureza dos chamados tribunais de jurisdição constitucional e que não pode ser omitido. É que se diz que o procedimento levado em consideração em suas turmas, salas, seções, plenário, o que for, tem a ideia de um processo objetivo, de garantia da regularidade e harmonia do ordenamento jurídico enquanto tal, o que é verdade em relação ao controle de constitucionalidade abstrato, em parte, naqueles de conflitos federativos ou de atribuição.

No entanto, conforme Sampaio, ainda que implicitamente nesse sistema:

Há um interesse privado ou individual reflexo, que termina sendo atendido, seja de situações individuais particulares – a sujeição a um tributo indevido, ou a restrição ao acesso judiciário -, seja de um interesse mais difuso – liberdade de expressão e publicidade dos atos governamentais em face de certos órgãos ou entidades responsáveis pela fiscalização do poder público-, seja de simples interesse de ver sanada uma crise (ou quase crise) institucional que poderia mais tarde vir a desabafar sobre sua cabeça. Mais cadente ainda na chamada jurisdição constitucional de liberdade, em que

em jogo estão diretamente os direitos fundamentais. (2002, p. 59-60).

Acima de tudo, deve-se fugir da ideia de que o direito e a política caminham juntos, pois o vínculo entre essas duas vertentes é algo inerente ao próprio Estado de Direito. preconceito que separa quase em valas, sem qualquer comunicação, o direito e a política.

Portanto, não pode haver redução, todavia, do jurídico em político como idealizam os institucionalistas, ou de imaginar que tudo que trate de questões políticas serão resolvidas na vertente do direito, sob pena de se desgastar talvez o mais importante instrumento da integração social.

Finalizado o comentário sobre a natureza jurídica da jurisdição constitucional, abordaremos um pouco sobre o que vem a ser a teoria dos precedentes judiciais. E o que se entende por precedente?

Precedente é a decisão judicial tomada perante um caso concreto ou específico, cujo objetivo central servirá para julgamentos futuros em casos similares.

Contudo, não é qualquer decisão judicial, somente aquelas que têm potencialidade de se firmarem como paradigmas para orientação dos jurisdicionados e magistrados.

Para constituir precedente, a decisão tem que enfrentar todos os principais argumentos relacionados à questão de direito do caso concreto, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado. O precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina (MARINONI,2011).

Desse modo, é notório que o fundamento do precedente está em elaborar um elemento jurídico eficaz ou potencial, capaz de ser aplicado a casos similares no futuro, visando a celeridade processual, como uma maior segurança jurídica e tratamento isonômico perante aqueles que pleiteiam seus direitos.

### **3. O ATIVISMO JUDICIAL E A FORÇA DO PRECEDENTE**

Originado em 1828, como Supremo Tribunal de Justiça, o STF é o órgão mais antigo do poder judiciário brasileiro. Criado

após a proclamação da República, o STF exerce uma longa série de competências, entre as quais a mais conhecida e relevante é o controle concentrado de constitucionalidade através das ações diretas e as súmulas vinculantes.

Sobre estas últimas, foram criadas em 2004 com a Emenda Constitucional 45 e se trata de um mecanismo que obriga juízes de todos os tribunais a seguirem o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre determinado assunto com jurisprudência consolidada. Com a decisão do STF, a súmula vinculante adquire força de lei e cria um vínculo jurídico, não podendo mais, portanto, ser contrariada, virando assim um precedente judicial.

Nesse sentido, Mendes preleciona que:

É de Kelsen o esclarecimento de que a função criadora do direito dos tribunais, existente em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão-só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. (2009, p. 1008).

Desse modo, o precedente vinculativo, que se caracteriza por ser uma decisão obrigatória, como uma norma, para os tribunais inferiores, tem ao seu lado os países anglo-americanos, como por exemplo, os Estados Unidos da América, Canadá e Inglaterra, por serem nações de criação de direitos predominantemente judiciais.

O ativismo judicial do STF tem se mostrado atuante por diversas questões, dentre as quais podemos citar: 1) o uso de métodos de interpretação que conduz à construção progressiva de normas que acabam se distanciando do sentido literal ou comum do dispositivo normativo interpretado; 2) atuação processual amplificada; 3) em questões de políticas públicas e sociais; 4) ausência de deferência às decisões político-normativas dos demais poderes mesmo nas hipóteses em que não se mostra clara a

violação ao Texto Constitucional; 5) redução dos espaços de atuação da jurisdição ordinária com a conseqüente concentração de poder em seu favor; 6) avanço em solucionar casos por meio da fixação de regras e doutrinas tão amplas que, além de o caso julgado às vezes prescindir das mesmas, acabam por “decidir” casos futuros também; e 7) afirmação de sua posição não apenas como último intérprete da Constituição, mas como o único.

Por conseguinte, (AZEVEDO CAMPOS, 2011) retrata que o ativismo judicial na Corte está intimamente ligado às várias manifestações de exercício do poder judicial demonstrado, onde o autor identifica pelo menos sete dimensões, quais sejam: dimensão metodológica, processual, dirigista, estrutural, intrainstitucional, maximalista e antidialógica, ressalta ainda, que não é um rol taxativo.

Durante todos os dias ouvimos a sociedade se lamentando sobre a morosidade da justiça e alguns magistrados sobre teses jurídicas repetitivas. A morosidade do judiciário é uma das grandes mazelas desde começo de novo século.

Trata-se o precedente de uma decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Mas não é qualquer decisão judicial, somente aquelas que têm potencialidade de se firmarem como paradigmas para orientação dos jurisdicionados e magistrados.

O fundamento do precedente está em produzir uma norma jurídica com potencial de aplicar-se a uma infinidade de casos análogos futuros, a fim de assegurar maior previsibilidade na realização do direito e tratamento isonômico aos jurisdicionados, tratando da mesma forma os casos iguais.

De acordo com o sistema jurídico brasileiro, a classificação que se revela mais adequada é a que tipifica os precedentes quanto a sua autoridade, pois permite demonstrar a força de cada um dos precedentes dos tribunais superiores. Desta forma, classificam-se em: a) obrigatórios ou vinculantes, b) relativamente obrigatórios e c) persuasivos.

Os precedentes obrigatórios são aqueles cuja autoridade vinculante independe da opinião do juiz do caso em julgamento, devendo segui-lo mesmo se tiver outro entendimento a respeito. Aqui prevalece a máxima do *stare decisis et non quieta movere* (mantenha a decisão e não mova no que está quieto) sendo a regra nos países do common law.

Os seus efeitos fixam uma orientação a ser obrigatoriamente seguida em todas as hipóteses semelhantes, não apenas entre as partes de um caso concreto. Projetam, para além da solução do litígio específico que lhes foi submetido, uma norma, ou seja, um comando aplicável com generalidade a todos os demais casos idênticos de forma permanente e sob pena de sanção, conforme o comando de uma lei.

No sistema brasileiro, embora a regra seja a não-normatividade, ATAÍDE JUNIOR (2012) considera os precedentes vinculantes da seguinte forma: a) as decisões definitivas do STF no controle concentrado de constitucionalidade; b) as decisões que deferem liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Ação Declaratória de Preceito Fundamental (ADPF); c) as decisões definitivas do Pleno do STF sobre (in) constitucionalidade de lei em sede de recurso extraordinário; d) as decisões do STF acerca da repercussão geral; e) as decisões do STF em recurso extraordinário, versando sobre causas repetitivas; as súmulas vinculantes; f) os precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que representem sua jurisprudência uníssona, com relação às turmas recursais estaduais e, g) as decisões dos tribunais de justiça em sede de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestados, única e exclusivamente, em face da Constituição Estadual.

Os precedentes relativamente obrigatórios são aqueles cuja autoridade afirma-se por si e impõem a solução do caso em julgamento, exceto se o tribunal do caso tiver uma boa e fundada razão em contrário, hipótese que pode se afastar dele, desde que se desincumba do qualificado ônus argumentativo (ATAÍDE JUNIOR, 2012).

O precedente persuasivo é a regra no direito brasileiro. A sua definição é feita por exclusão, sendo persuasivos todos aqueles que não forem obrigatórios ou relativamente obrigatórios. Diz-se também que um precedente é persuasivo quando o juiz não está obrigado a segui-lo, de forma que, se o seguir, é porque está convencido da sua correção (SOUZA, 2011).

Conforme já foi mencionado, no Brasil prevalecem os chamados precedentes persuasivos, para cuja autoridade depende de vários outros fatores como: a posição do tribunal que proferiu a decisão na hierarquia do Poder Judiciário, o prestígio do juiz condutor da decisão, a data da decisão, se foi unânime ou não, a qualidade da fundamentação, dentre outros. (SOUZA, 2011).

O problema é que, no Brasil, os precedentes não vêm sequer sendo tidos como persuasivos. Isto porque os juízes e tribunais, muitas vezes, não se julgam obrigados a respeitar os precedentes dos Tribunais Superiores (eficácia vertical) e também não levam em consideração os precedentes demonstrados pelos advogados.

Ressalte-se ainda quando o juiz ou tribunal não respeita as suas próprias decisões (eficácia horizontal) ocasionando, dessa forma, o tratamento desigual a casos similares (MARINONI, 2012).

Entretanto, alguns institutos utilizados no sistema jurídico brasileiro atual possuem eficácia obrigatória (vinculante) como é o caso, por exemplo, da decisão do STF proferida no controle difuso de constitucionalidade, da questão da repercussão geral no recurso extraordinário, das súmulas vinculantes, entre outros. Tal fato demonstra que os sistemas não são mais puros e que estão se tornando híbridos, de forma que o civil law tem adotado institutos com características do common law e vice-versa.

Tal mudança se faz necessária uma vez que a ideologia sustentada pelo civil law, de que só se teria segurança jurídica se a lei fosse estritamente aplicada, caiu por terra. Isto se deu, principalmente, porque se percebeu que a mesma lei era interpretada de diversas formas e também que os juízes, rotineiramente, decidiam de diferentes maneiras os “casos iguais”. Dessa forma, a estrita subordinação do juiz à lei não era mais



suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas almejadas.

Verifica-se, de acordo com a maior parte da doutrina, que o uso dos precedentes vinculantes geram uma série de vantagens, entre as quais: segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade, igualdade (perante a jurisdição e a lei), coerência da ordem jurídica, garantia de imparcialidade do juiz, definição de expectativas, desestímulo à litigância, favorecimento de acordos, racionalização do duplo grau de jurisdição, duração razoável do processo, economia processual e maior eficiência do judiciário.

Entretanto, há autores que também elencam uma série de desvantagens para o uso dos precedentes vinculantes, quais sejam: obstáculo ao desenvolvimento do direito e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais, óbice à realização da isonomia substancial, violação do princípio da separação dos poderes, violação da independência dos juízes, violação do juiz natural e violação da garantia do acesso à justiça.

Em face da força vinculante que se tem atribuído aos precedentes no sistema jurídico nacional, alguns princípios constitucionais merecem ser repensados, como escopo de adequação à teoria do precedente, como por exemplo: princípio da isonomia, segurança jurídica, motivação das decisões e contraditório.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que há uma aproximação entre os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais aqui mencionados. O *civil law*, que tem a lei como fonte primária do direito, se rendeu a importância da utilização das jurisprudências, principalmente devido ao constitucionalismo, ou seja, momento em que a lei perdeu sua supremacia submetendo-se à Constituição.

A identificação dos precedentes como fonte do direito constitui elemento comum aos ordenamentos jurídicos do Ocidente como um todo. Contudo, variam a primazia que lhe é conferida, sua eficácia e a forma de operá-la, elementos tais que distinguem os dois sistemas, quais sejam: *civil law* e *common law*.

Assim, a atividade dos juízes do *civil law* se tornou bem parecida com a dos juízes do *common law*, de forma que se passou a controlar as leis em atenção à jurisdição constitucional. Já os adeptos do *common law*, que só usavam as jurisprudências como fonte primária do direito, perceberam a importância das leis para limitar e também para adequar as jurisprudências aos fatos sociais atuais.

Atualmente, com a recente perda de credibilidade ou de confiança da sociedade na justiça e nos juízes, decorrente da elevação da consciência jurídica da população e do seu grau de exigência em relação ao desempenho do judiciário, os países que adotam a *civil law* tem se voltado para alguns parâmetros da *common law*, sendo os precedentes com eficácia vinculante a melhor forma de trazer isonomia, certeza e previsibilidade aos jurisdicionados, acabando assim com as injustiças e com a falta de segurança jurídica vividas atualmente.

Denota-se, a partir do que foi afirmado, que nosso ordenamento, indubitavelmente, está em nítida mutação, deixando de lado as clássicas premissas do sistema da *civil law*, rendendo-se às influências da teoria do *stare decisis*. Entretanto, não é somente o sistema da *civil law* que está se aproximando do sistema da *common law*. Existem relatos de doutrinadores afirmando que países da *common law*, como a Inglaterra, tem procurado soluções para suas carências em técnicas adotadas em países da *civil law*.

Portanto, vem prevalecendo o processo de abertura ao diálogo entre os sistemas jurídicos ocidentais, notadamente com a utilização das experiências de outros sistemas, justamente para uma troca de experiências e adaptação às novas regras jurídicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de, et. al. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podium, 2011.

BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Bauru, SP: Edipro, 3ª ed, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. v I. 17. ed. inteiramente revista. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores. Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Isabella Rodrigues Rocha de. A súmula vinculante em face ao princípio do livre convencimento do juiz. 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, João Luís Fischer. O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais / das súmulas dos tribunais. São Paulo: IOB Thompson, 2004.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. V. II. 6. ed., JusPodium, 2011.

DIMOULIS, Dimitri et. al. Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Antonio Carlos de A. Efeito vinculante e suas conseqüências para o ordenamento jurídico. Jus Navigandi. Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: . Acesso em: 16 dez. 2013.

FILHO, Virgilio Antonio Ribeiro de Oliveira. A supremacia constitucional da súmula vinculante. Jus Navigandi. Teresina, ano 17, n. 3306, 20 jul. 2012. Disponível em: . Acesso em: 16 dez. 2013.

FIORENZA, Fábio Henrique Rodrigues de Moraes. Aspectos básicos da súmula vinculante. Jus Navigandi. Teresina, ano 15, n. 2622, 5 set. 2010. Disponível em: . Acesso em: 16 dez. 2013.

GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LIMA, Newton de Oliveira. Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos. São Paulo: MP Editora, 2009.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380>>. Acesso em: 02 de junho de 2017.

MARIANI, Carlos Roberto. Os sistemas jurídicos. Revista UNIPAR. Disponível em Acesso em 14 mai. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Marina. Súmula vinculante. Jus Navigandi. Teresina, ano 17, n. 3320, 3 ago. 2012. Disponível em: . Acesso em: 16 dez. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MUTIM, Marcel Santos. A decisão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade difuso e a vinculação de sua fundamentação. Jus Navigandi. Teresina, ano 14, n. 2073, 5 mar. 2009. Disponível em: . Acesso em: 15 dez. 2013.

RAMOS, Vinicius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. Jus Navigandi. Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em <http://jus.com.br/951932-vinicius-estefaneli-ramos/artigos>) Acesso em 13 de outubro de 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. v. I, 25. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et. al. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PINTO, Agerson Tabosa. Direito Romano. 3ª ed. Fortaleza: FA7, 2007.

TARANTO, Caio Mário Guetterres. Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do Direito. São Paulo: RT, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

VIDAL, Jânio Nunes. Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea: Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: Jus Podium, 2009.

## PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE

**DEBORAH MARIA DE VASCONCELOS GOMES SOARES:** Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

**RESUMO:** A razão de ser do Estado é externa, ou seja, tudo que acontece nele deve ser repassado, carecendo sua finalidade atingir um interesse público. Logo, o princípio da publicidade se estabelece nessa ideia de transmitir informações aos beneficiários de sua atividade. O estudo do princípio da publicidade vai além da simples divulgação das informações referentes ao serviço público, esta deve ser disponibilizada de forma clara, inteligível e acessível a todos, visto que é através das informações que o controle social pode ser exercido.

### INTRODUÇÃO:

Os princípios são ideias centrais de um sistema, assim a enunciação dos princípios tem como uma primeira utilidade ajudar no ato de conhecimento. O ordenamento jurídico tem duas espécies de normas, as regras e os princípios. Ari Sunfeld afirma que os princípios são normas de hierarquia superior às regras porque determina o sentido e o alcance destas, mas que deve haver coerência entre os princípios e regras, no sentido que vai daqueles para estas. [1] (SUNFELD, 1992)

Ressalta-se que os princípios são normas que estabelecem um fim a ser atingido, uma diretriz para determinar a conduta a ser objetivada. São, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem requererem um meio para a sua realização.

Os princípios proporcionam um alto grau de indeterminação, não enumerando exaustivamente os fatos dos quais serão desenvolvidos a consequência jurídica. Desta forma, Humberto Ávila [2] conceitua princípios como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado

de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” (ÁVILA, 2012)

É fundamental o estudo do princípio da publicidade na Administração Pública, pois ele é o princípio básico e essencial ao Estado Democrático de Direito, favorecendo um maior controle social, seja em favor de direitos individuais ou de interesses públicos.

### PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Na Constituição Federal de 1988, há expressos diversos princípios, sendo que dentre eles aparece o da Publicidade. Este mereceu sucessivas referências, para garantir sua real incidência em todos os campos do Direito Público. A razão de ser do Estado é toda externa, logo todo seus movimentos, tudo que possui, deve ser exteriorizado, visto que os recursos que manipula não são seus, vêm de particulares passando a pertencer a coletividade. (SUNFELD, 1992)

Desta forma, diz-se que o Estado não maneja interesses próprios, devendo este ter um dever absoluto de transparência, sendo o povo titular do poder, devendo conhecer tudo que concerne ao Estado. Portanto, conforme já dito no presente estudo, Estado tem o dever de publicidade, seja para dar transparência à atividade estatal, seja para garantir os direitos individuais. [3] (SUNFELD, 1992)

A ampla publicidade é essencial ao Estado Democrático de direito. Ressalta-se que a palavra Democracia vem da palavra grega "*demos*" que significa povo. Logo, nas democracias, o povo detém o poder soberano, sendo perceptível um conjunto de princípios e práticas para proteger a liberdade humana e os direitos básicos dos cidadãos para além do fornecimento de mecanismos de proteção destes direitos, dentre estes está o princípio da publicidade. [4] (LEITE, 2008)

O dever de publicidade e transparência na Administração Pública está intimamente ligado à necessidade de desenvolvimento de instrumentos de combate à corrupção. É verdade que o Estado Brasileiro vive uma crise institucional, onde são noticiadas diariamente escândalos de

corrupção, com desvio de dinheiro público. Nota-se que a corrupção é inerente à atuação estatal, entretanto, a publicidade ajuda a rechaçar tais medidas, visando a implantação de políticas públicas sociais de qualidade para a sociedade.

Observa-se, portanto, que há inúmeras consequências quando se trata do fenômeno da corrupção, podendo ser destacadas, o efeito direto sobre a disponibilidade de bens e serviços, o desperdício de recursos econômicos, a ineficiência e imperfeições do mercado, o impacto sobre o crescimento econômico devido à alocação de recurso em atividades improdutivas, a elevação de taxas de juros a longo prazo, a existência de “custos informais” e deformação das políticas sociais.<sup>[5]</sup> (FILHO, 2005)

Dito isso, a gestão deve ser pautada nos princípios constitucionais que regem a administração pública, principalmente a publicidade, visto que caso esta seja atingida pela corrupção de maneira recorrente e sem controle, tem do efeitos negativos, principalmente quanto à economia e à sociedade.

O controle deve ser exercido em conjunto, tanto pelos órgãos do poder público como pelo social, pois sem estes a apresentação de falhas na gestão permitem desvios e aplicações irregulares de dinheiro público. Por isso, a importância na discussão sobre o princípio da publicidade e do controle toma grande repercussão na Administração Pública.

O conhecimento das informações pela sociedade, com o que se passa no aparelho administrativo, sobre os recursos disponíveis pela máquina pública, favorece uma maior participação popular nas definições das políticas públicas. Esse diálogo realizado entre os autores – poder público e sociedade- proporciona a crítica, a adesão, o controle, atendendo assim, as necessidades do povo.<sup>[6]</sup>(JUNIOR, 2004)

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, é inegável a importância da ampliação da publicidade, pois é através dela que se viabiliza o meio de controle de participação popular, assegurando o conhecimento das decisões/ações da administração pública pela sociedade civil. Frisa-se, que o livre acesso a



informação não é único dever do Estado, é necessário que essa informação chegue ao cidadão de forma acessível e compreensível, para que a este seja possível adotar medidas cabíveis em busca de seus direitos e do interesse público.

Logo, conclui que o acesso à informação pública é ponto fundamental para construção de uma sociedade civil mais participativa, permitindo, através de meios constitucionais, sua participação nas decisões e controle das contas públicas, visando um melhor prestação dos serviços públicos.

#### BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Ed. Malheiros. 13ª ed. São Paulo, 2012.

FILHO, Severino Dias da Costa. Corrupção: fator antiético e antieconômico. Revista Ágora Filosófica, ano 5, n.2 , jul/dez 2005

JUNIOR, Wallace Paiva Martins. Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular. São Paulo. Saraiva, 2004.

LEITE, Julio Cesar Sampaio de Prado; CAPPELLI, Claudia. Transparência de processos organizacionais. II Simpósio Internacional de Transparência de Negócios. Niterói, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. Ed. Malheiros. São Paulo, 1992

#### NOTAS:

[1] SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. Ed. Malheiros. São Paulo, 1992

[2] ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Ed. Malheiros. 13ª ed. São Paulo, 2012.

[3] SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. Ed. Malheiros. São Paulo, 1992.

[4] LEITE, Julio Cesar Sampaio de Prado; CAPPELLI, Claudia. Transparência de processos organizacionais. II Simpósio Internacional de Transparência de Negócios. Niterói, 2008.

[5] FILHO, Severino Dias da Costa. Corrupção: fator antiético e antieconômico. Revista Ágora Filosófica, ano 5, n.2 , jul/dez 2005. p. 200

[6] JUNIOR, Wallace Paiva Martins. Transparência Administrativa: Publicidade, motivação e participação popular. São Paulo. Saraiva, 2004.

## O AVANÇO DA TECNOLOGIA E AS NOVAS CONCEPÇÕES DO DIREITO TRIBUTÁRIO

**FILIPE REIS CALDAS:** Advogado Tributarista. Pós-Graduando em Direito Tributário. Membro da Comissão de Assuntos Tributários. Pós-Graduado em Direito Público. Autor de diversos artigos e estudos jurídicos.

O célebre naturalista britânico Charles Darwin já prenunciava em meados de 1800 a teoria do evolucionismo das espécies, teoria essa fundada em diversos estudos sobre o tamanho do cérebro das espécies, comparação da coluna vertebral (medula óssea), pigmentações, dentre outros fatores internos e externos.

A teoria foi impactante na sociedade da época por trazer a vanguardista noção da constante “evolução dos seres vivos” e a concepção do “ancestral comum” como elo primitivo para as várias ramificações das espécies.

A difusão de tais ideias causou um novo paradigma na sociedade que era fortemente influenciada pelas concepções da igreja, com o dogma absoluto que o “homem representava a imagem e semelhança de Deus”.

De posse dessas informações, percebe-se que o homem é por natureza um ser dinâmico e em constante evolução. Ao longo da história da humanidade o mesmo se mostrou capaz de aperfeiçoar sua cognição ao ponto de não só aprender com as experiências empíricas, como também ser capaz de transmiti-las, ensiná-las as futuras gerações.

Esse é um dos grandes pontos-chave para o sucesso e hegemonia de nossa espécie, de presa (tempo da pedra lascada – homem das cavernas) para atual caçadora e dominante.

Por meio de seu intelecto, o homem foi capaz de desenvolver ferramentas, utensílios e criações que melhoraram sua vida cotidiana, da descoberta do fogo ao acelerador de partículas.

Apesar do ser humano possuir tamanha capacidade cognitiva, ainda assim é um animal regido fortemente por seu lado emocional. Lado

esse potencialmente causador de intrigas, intrigas que viram brigas, que viram batalhas, que viram guerras.

Um dos grandes estímulos para o contínuo avanço da tecnologia sem dúvidas foi a guerra. A guerra de alguma maneira desperta e estimula o lado criativo do ser humano.

A história comprova o grandioso avanço da tecnologia nesses períodos, sendo essa a diferença entre: vitória e a derrota, para os agentes participantes, como por exemplo: i) a utilização das armas de fogo contra os povos nativos americanos; ii) invenção do radar; iii) nanotecnologia; iv) invenção das armas químicas e infectocontagiosas, etc.

O campo de batalha era sempre o cenário perfeito de teste dessas novas tecnologias. A tecnologia militar influenciou fortemente o avanço de pesquisas entre outras descobertas.

Nos tempos atuais, a internet, a robótica, nanotecnologia e a ciência não são mais ramos isolados, se uniram e se difundiram perante a sociedade. A medicina, por exemplo, se utiliza cada vez mais de aparelhos robóticos operados à distância com melhor precisão e procedimentos menos invasivos.

A forma de lecionar não é apenas com livros físicos e quadros brancos, mas sim com o apoio de tablets, quadros interativos, e-books, tecnologias que vêm se tornando cada vez mais acessíveis, com o devido incentivo governamental, e influenciam progressivamente no estímulo e desenvolvimento do saber.

E o que toda essa introdução, especificamente, tem haver com o Direito Tributário?

O Direito Tributário como se sabe é um sub-ramo do Direito Financeiro, responsável por reger a arrecadação das receitas derivadas do Poder de Imperium do Estado, os tributos.

A importância do Direito Tributário remonta desde as antigas civilizações do Egito, da Mesopotâmia, da Grécia Antiga e Roma. Todos

esses povos foram marcados pela figura do chamado “cobrador de impostos”, responsável pela arrecadação dos valores destinados aos Faraós, Reis, Imperadores empregarem como bem entendiam.

Como se vê, desde muito antes da bíblia já se falava em tributos e sua forma coercitiva de coerção.

O sistema tributário passou por uma profunda mudança na época da criação do Estado Moderno, representada pelas monarquias absolutistas, nesse sentido pode-se extrair um fato histórico interessante:

*O Estado Moderno se desenvolveu a partir da noção da soberania, ou seja, o soberano (rei absolutista) tinha o direito de consolidar suas decisões perante seus súditos (ou governados). Para que o rei obtivesse o controle político, o Estado desenvolveu vários meios para centralizar a política. Alguns desses meios foram: 1) a burocracia: funcionários que cumpriam ordens do rei e desempenhavam as tarefas de administração pública. Estes cargos eram ocupados pela nobreza palaciana e pela alta burguesia; 2) poder militar, que incluía toda as forças armadas, como a marinha, o exército e a polícia civil, para assegurar a ordem pública na sociedade e o poder do governo. 3) centralização política e a legislação nacional. 4) **sistema tributário, um sistema de impostos regulares e obrigatórios para manter o governo e a administração pública.** 5) idioma oficial, que se referia a um mesmo idioma falado em todo o território do Estado, que transmitia as leis, ordens e tradições da nação, além de valorizar seus costumes e cultura. 6) moeda comum, que auxiliou o fortalecimento do comércio interno.*

Esse período foi marcado pela teoria do Contrato Social, inspirada no ideal da troca da liberdade do cidadão em prol da segurança pública fornecida pelo Estado (representada pela figurada do soberano absoluto).

Como se vê, o custo da arrecadação foi ampliado não só para servir aos fins privados do Governante, como também, ainda que de forma embrionária, acabou por desencadear noção da responsabilidade do Estado com o cumprimento de seus “deveres” institucionais, devendo garantir a segurança dos súditos.

A história demonstrou o crescimento do Estado para o atual modelo então vigente, sendo o mesmo atribuído de várias funções, dotado de direitos e deveres, responsável pelo cumprimento de sua função social, a persecução do bem comum.

A função fiscal, arrecadatória, do Direito Tributário sempre esteve presente, ainda que não codificada (nos tempos antigos) e sempre estará, uma vez que é por meio dela que o ente estatal arrecada maiores quantias para realização de suas atividades e gerência do próprio Estado.

Percebe-se que até o presente momento ainda não foi explicado como a tecnologia influenciou diretamente no campo do Direito Tributário, uma vez que não houve muitas alterações com o dever de pagar tributos pelos contribuintes.

Tais influências serão mais bem detalhadas a seguir.

O dever de pagar tributos, de um modo geral, não teve grandes mudanças, alterando-se apenas a parcela/percentual que o Estado vem arrecadando em face do contribuinte, decorrente da “sede arrecadatória do Estado” e o custo que vem aumentando ao longo dos anos.

O que vem se atualizando ao longo da história é a forma de fiscalização dessas receitas para se certificar do cumprimento das obrigações pelos contribuintes.

Antes da invenção dos computadores, as formas de declaração e fiscalização era feitas por meios físicos, vários volumes de processos em papel.

Para assegurar o cumprimento das obrigações, os contribuintes eram obrigados a registrar as escriturações por meio de livros fiscais para

posterior análise da Receita, assim como deviam possuir acervo para correta guarda e conservação dos documentos.

Com o barateamento dos computadores e o amplo acesso a internet, tais “obrigações acessórias” foram trazidas para o campo virtual, economizando tempo dos contribuintes com o transporte da “papelada”, diminuindo a burocracia no pleito desses documentos, uma vez que alguns podem ser acessados e baixados pela própria internet, etc.

O cumprimento dos “Deveres Instrumentais” pelos contribuintes se tornou uma tarefa mais remota, sendo necessários menos servidores para a apuração dessas informações.

Por meio de avançados softwares, o Fisco desenvolveu uma brilhante plataforma que faz análises de dados de milhares de documentos em microssegundos, sendo capaz de rastrear a origem do débito, suas movimentações e destinos, assim como também conseguir apurar em vários âmbitos ao mesmo tempo: Federal, Estadual, Municipal, sendo o mais conhecido popularmente denominado de “Malha Fina” da Receita.

Por meio desses avançados softwares, o Fisco consegue reduzir seu custo, economizando tempo, dinheiro e oferta de servidores, bastando agora pouquíssimos apenas para checar as conclusões que o software, de forma automática, já chegou.

A tecnologia permite um maior controle do Fisco, mesmo estando a distância. Outro exemplo de avanço da tecnologia utilizada pode ser o uso de mapeamentos por satélite da cidade para averiguar ampliações de imóveis para fins de alargamento da base de cálculo do IPTU.

Por meio de um controle remoto, agentes fiscais fazem um mapeamento da cidade confrontando com seus antigos dados buscando reformas nos imóveis não informados à Prefeitura para fins de IPTU.

Há pouco tempo atrás, as declarações de importação eram feitas por meio físico, papel, hoje são disponibilizados tablets onde se informa o que comprou no exterior, já informando o mesmo o valor do Imposto de

Importação se ultrapassar a faixa de isenção, sendo o processo de desembarque acompanhado de máquinas de Raio-X para averiguar os pertences, sem o antigo constrangimento de fiscalização de abrir as bagagens para apurar.

Todos os estabelecimentos comerciais já estão atualizados o suficiente para emitirem notas fiscais eletrônicas e toda a transação por meio digital. Os Tribunais Superiores já estão julgando casos onde se discute a incidência de tributos em várias operações digitais antes não existentes, fruto dos novos costumes e da evolução da sociedade.

Como se vê, não só o Direito Tributário passa por mudanças, como também os próprios agentes envolvidos, principalmente a Advocacia Tributária.

A Advocacia Tributária, ao contrário das outras áreas do Direito que tratam muito com o fator humano (penal, cível, trabalhista), a tributária lida com dados fiscais: análises de mercados, análises contábeis, planejamentos societários, estudos doutrinários e jurisprudenciais dos temas, ou seja, dados fiscais.

Podem-se citar vários exemplos que já se vive no momento da “Advocacia do Futuro” com o uso de inteligências artificiais para analisar doutrinas e jurisprudências e conseguir formular, inclusive, “petições”, onde o trabalho do “advogado tributarista 2.0” será a checagem desses documentos e feitura dos casos mais complexos.

Tendo isso em mente, vários escritórios no Brasil já investem em vários softwares jurídicos para a economia de tempo, melhor gerência dos escritórios e menor custo com pessoal.

Tais influências já são captadas pelo mercado na hora da seleção por novos advogados tributaristas, dando enfoque na hora da contratação não só ao domínio da legislação, boa escrita, domínio do PJe, entendimento atualizado da doutrina e jurisprudência, como também a outros requisitos considerados indispensáveis: conhecimentos contábeis, bom domínio da informática, noções de mercado, etc.



O PJe é um exemplo de tecnologia recente, por volta de 2012/2013, sua utilização em massa por todos os Tribunais, que veio para quebrar paradigmas. Na época, ainda vigia o Código de Processo Civil de 1973, onde não havia previsão nem regulação de tal hipótese.

Muitas dúvidas surgiam na forma de sua utilização, muitos advogados, servidores, e magistrados reclamavam que essa nova ferramenta teria vindo para piorar, uma vez que os mesmos já estavam acostumados com o costume processual forense.

Muitos causídicos costumavam falar nos corredores dos fóruns do pesado investimento em tecnologia que seus escritórios estavam fazendo, com a contratação de suporte técnico, pessoal de TI, pacotes de banda larga melhores, dentre outros.

Em 2017, com o Código de Processo Civil 2015 em vigor regulando especificamente as disposições do trâmite do processo judicial eletrônico e após o período de “intimidade” com o software, pode-se colher os bons frutos que essa tecnologia causou, podendo citar como exemplo: i) acesso processual à distância; ii) desnecessidade de carga/vista dos autos pelos procuradores/advogados; iii) possibilidade de peticionar fora do horário processual forense, até às 23h59m; iv) economia com o gasto de impressão de papeis; v) economia de tintas para impressora; vi) economia para o meio-ambiente; vii) menor acervo físico das varas processuais com a guarda e conservação dos processos; viii) desnecessidade de protocolos físicos; ix) menos idas ao fórum e conseqüentemente menos gasto de transporte e perda de tempo pelo deslocamento; dentre outras inúmeras hipóteses.

Apesar de existir eventuais complicações (bugs) e falhas técnicas (tilts) na utilização do software, não há dúvidas que a ferramenta veio para melhorar a forma de atuação de todos os agentes participantes da relação processual.

O profissional jurídico que queira ser incorporado ou reincorporado a esse novo mercado deve ter em mente que não pode de ir de encontro à utilização dessas novas ferramentas postas à disposição, uma

vez que a tecnologia é disruptiva, surge para quebrar barreiras e impõe novas visões e paradigmas.

A infundada resistência só ocasionará prejuízos, fazendo-se uma analogia com a história e os argumentos já expostos, o domínio da tecnologia foi o que sempre fez a diferença entre ganhar ou perder, assim, os escritórios de advocacia mais equipados e preparados serão os mais aptos a angariar clientes e a suprir a nova necessidade jurídica dos mesmos, em comparação com a concorrência arcaica e conservadora.

Esse pequeno artigo pretendeu discorrer, de forma inicial e sem exaurir o tema, sobre as novas concepções que o Direito Tributário vem sofrendo com a influência direta do avanço da tecnologia, empregada em campo para aperfeiçoar o trabalho de fiscalização do cumprimento das obrigações tributárias do Fisco.

Como se procurou mostrar, todos os agentes envolvidos na relação são diretamente envolvidos, principalmente, a Advocacia Tributária com o emprego de novas ferramentas para agir, economizando tempo, custo, demanda de pessoal, influenciando, inclusive, na formação profissional e seleção dos novos advogados, uma vez que a forma de atuar, racionar e defender os contribuintes mudou.

## O PAPEL DO MAGISTRADO NA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

**MAYNA CAVALCANTE FELIX:**  
Advogada. Mestranda em Direito  
Constitucional pela Universidade Federal  
do Ceará.

**Resumo:** O presente artigo visa, através de uma análise do papel do magistrado no Poder Judiciário, definir sua importância para a realização da justiça. De início, será explorado o contexto histórico-legal que contribuiu para que a Sociologia do Direito passasse a estudar a administração da justiça. A seguir, passa-se a um estudo das principais causas que contribuem para a crise da administração da justiça e, assim, uma prestação judiciária deficitária. Por fim, se discorrerá acerca do magistrado, dos atuais modelos de julgador e das características essenciais que um juiz precisa ter para que seja um facilitador da realização da justiça. Em conclusão, se verá que o juiz desempenha papel central no Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Sociologia do Direito. Crise da Administração da Justiça. Juiz.

**Abstract:** This article aims, through an analysis of the role of the magistrate in the Judiciary system, to define its importance for the realization of justice. At the outset, the historical-legal context which added to the study of the administration of justice by the Sociology of Law will be explored. Thereon, the main causes that contribute to the crisis of the administration of justice will be studied and, thus, a deficit of the judiciary. Finally, it will discuss the magistrate, current models of judge and the essential characteristics that a judge must have to be a facilitator of justice. In conclusion, it will be seen that the judge plays a central role in the Judiciary.

**Key Words:** Sociology of Law. Crisis of the Administration of Justice. Judge.

**Sumário:** 1. Introdução 2. Causas da Deficiência na Prestação da Justiça 3. O Papel do Magistrado na Realização da Justiça 4. Conclusão

## 1 Introdução

A realização e a efetividade da justiça passou a ser a grande questão da Sociologia do Direito após a Segunda Guerra Mundial. A partir da sociologia das organizações de Max Weber, os tribunais passam a ser vistos como subsistemas políticos que recebem estímulos externos e produzem resultados que refletirão na sociedade: as decisões. Essa concepção deslocou o juiz para o centro da controvérsia. O juiz passou a ser, assim, um importante ator na consecução da justiça.

Antes da década de 60, havia na sociologia jurídica uma visão normativista e substantivista do direito. O que dominava era o pensamento de Ehrlich e seu direito vivo. O direito deveria estar em consonância com seu tempo, ser produto e também ferramenta de transformação da realidade. A sociologia se ocupava de temas como a discrepância entre o direito formal e o direito socialmente eficaz. Vê-se aí uma tendência ainda muito formalista da sociologia jurídica. Aos poucos, entretanto, em virtude da conjuntura mundial, essa visão substantivista começou a mudar.

Boaventura de Sousa Santos enumera condições teóricas e sociais que teriam contribuído para essa mudança de orientação da Sociologia do Direito (SANTOS, 1996). Entre as condições teóricas, está primeiramente o desenvolvimento da sociologia das organizações por Max Weber, que desenvolve um interesse particular pela estrutura orgânica dos tribunais. As duas outras condições teóricas foram o desenvolvimento da ciência política, que também revelou grande interesse pelos tribunais, enquanto instância de decisão e de poder políticos, e o desenvolvimento da antropologia do direito.

Quanto às duas condições sociais enumeradas por Boaventura, a primeira delas refere-se às lutas sociais por grupos que até então não possuíam representatividade, como os negros, os estudantes e a pequena burguesia. A ascensão desses grupos excluídos da vida política faz com que se traga para o centro do debate a discussão sobre a igualdade dos cidadãos perante a lei e a igualdade da lei perante os cidadãos.

A segunda condição social que contribuiu para essa mudança de foco da Sociologia do Direito foi a chamada crise da administração da justiça, que começa na década de 60, a partir do Estado Social e perdura até os dias atuais. De inclinações assistencialistas, esse modelo de Estado visava à diminuição das desigualdades e, para isso, expandiu os direitos sociais, gerando novas possibilidades aos trabalhadores. A integração, entretanto, causa um aumento dos litígios emergentes dos novos direitos sociais desses trabalhadores e revela a incapacidade do Estado de expandir os serviços de Administração da Justiça e dar conta dessa nova demanda verificada.

O grande desafio, a partir do crescimento da demanda pelos provimentos judiciais, foi se compreender como se efetivar a justiça, diante dos inúmeros problemas que se verificavam. A respeito disso, trataremos a seguir, refletindo acerca dos principais entraves à prestação judiciária, apresentando as causas do defeito na prestação dos serviços e tentando trazer soluções. Por fim, trataremos a respeito do importante papel do magistrado na administração e na realização da justiça.

## **2 Causas da Deficiência na Prestação da Justiça**

Não é possível se vislumbrar uma mudança, antes da realização de um diagnóstico do momento atual da justiça brasileira. Para se trabalhar numa solução, é necessário que inicialmente se identifiquem as principais causas que tornaram o sistema judiciário brasileiro ineficiente (ABRANTES, 2014), segundo opinião não somente da Organização das Nações Unidas, mas de grande parte daqueles que recorrem ao Judiciário para a resolução de seus conflitos. A verdade é que a ineficiência da prestação jurisdicional é um tema hoje estudado, além do Direito, pela Economia, Sociologia e Filosofia, em virtude de este ser um problema multidisciplinar.

José Luis Bolzan de Moraes (2005, p. 4-5), tratando a respeito da crise na administração da justiça brasileira, sinaliza que essa pode ser vista por diferentes prismas: um primeiro de feição estrutural, que se refere a suas instalações, pessoal, equipamentos, custos, remuneração etc.; o segundo de caráter objetivo, diz respeito à burocracia e a morosidade dos

procedimentos judiciais, bem como ao acúmulo de demandas; o terceiro de feições subjetivas, debruça-se sobre a questão dos operadores jurídicos e sua relativa incapacidade para lidar com as novas realidades fáticas.

O excesso de burocratização é um dos grandes problemas do Poder Judiciário brasileiro. Os tribunais, lentos e excessivamente burocratizados, precisam se reinventar, a fim de que possam atender melhor à população. Para Max Weber, a burocracia era uma das formas de dominação do poder. No seu entendimento, toda burocracia buscava aumentar a superioridade dos profissionalmente informados, mantendo secretos seu conhecimento e intenções (WEBER, 1982, p. 269). A burocracia é vista como uma patologia<sup>[1]</sup> que corrompe o sistema pátrio, ela é decorrência direta do formalismo e dificulta o acesso à justiça, com a excessiva utilização de recursos processuais, estrutura inflada do Judiciário e sistema engessado. O formalismo afasta as pessoas do Judiciário e faz com que estas passem a servir a justiça, ao invés do contrário.

Analisando o Relatório 2016 Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça<sup>[2]</sup>, observa-se que a Justiça Federal recebeu, em 2015, um total de 3.662.876 novos casos, mas julgou apenas 3.082.780 processos. Isso demonstra uma produtividade abaixo do esperado e essa situação, a longo prazo, gera o acúmulo de ações, sobrecarrega juízes e servidores e causa morosidade nos provimentos.

A burocratização acaba por dar causa a mais um dos grandes responsáveis pela deficiência na prestação da justiça, no Brasil, qual seja, a morosidade. O antigo postulado de que “a justiça tarda, mas não falha” não funciona mais para os dias atuais. Como já diria Rui Barbosa, a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. A dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade (BARBOSA, 1921).

A justiça tardia nem sempre será justiça. Muitos direitos restarão esvaziados, caso sejam submetidos a uma espera prolongada. O mencionado relatório do CNJ traz como duração regular de um processo de execução na Justiça Comum Estadual o prazo de mais de 04 anos. Para

os processos de conhecimento, estes durarão em média um ano e meio até a prolação da sentença. É preciso que se lute contra uma demora exagerada nos provimentos, visto que, além do entrave à realização do direito, isso gera um custo excessivo para quem tem que esperar por anos para obter um ressarcimento econômico.

Mais um dado importante trazido pelo relatório diz respeito ao custo do sistema judiciário pátrio. No ano de 2015, gastou-se um total de R\$ 79.2 bilhões de reais, o que corresponde a 1,3% do produto interno bruto brasileiro. Desse valor, quase 90% foram apenas com recursos humanos. Apesar do alto valor gasto com pessoal, o Brasil proporcionalmente ainda tem menos juízes do que países que gastam muito menos, como a Alemanha, por exemplo, que gasta cerca de 0,32%<sup>[3]</sup> de seu PIB com custos judiciais. Enquanto o Brasil tem 8,2 magistrados para cada cem mil habitantes, a Alemanha possui 24,7 juízes, ou seja, mais do que o triplo brasileiro proporcionalmente.

Em estudo intitulado “O Custo da Justiça no Brasil” (DA ROS, 2015), o pesquisador Luciano Da Ros da Universidade Federal do Rio Grande do Sul fez um mapeamento dos gastos com judiciais brasileiros. Com exceção de El Salvador, no qual o judiciário consome 1,35% de seu PIB, o Brasil possui o sistema de justiça mais dispendioso do mundo. Esses números já demonstram o tamanho do problema a ser enfrentado no Brasil, uma vez que possui um Poder Judiciário muito caro, mas pouco eficiente na realização da justiça. A falta de recursos, portanto, não é uma desculpa que poderá ser usada no Brasil.

Por fim, podemos enumerar como causas da deficiência da prestação judiciária no Brasil, a ineficiência do controle interno e insuficiência do controle externo. Apesar de contar com um orçamento de R\$ 79.2 bilhões de reais, o Judiciário brasileiro ainda não possui mecanismos eficientes de prestação de contas à sociedade. O Conselho Nacional de Justiça procura fortalecer os mecanismos de controle interno e, em razão de resoluções deste órgão, têm sido criadas auditorias internas em diversos tribunais.

A Meta nº. 9, por exemplo, teve por objetivo implantar o controle interno nos tribunais e conselhos, o que ocorreu por meio da Resolução CNJ nº. 86/2009. É imprescindível para a eficiência do tribunal um sistema interno de controle que possa prevenir ou detectar a tempo as ineficácias, mediante a incorporação de um conjunto de normas e procedimentos ao trabalho. A auditoria interna é uma forma mais elevada de controle, uma vez que ela investiga por vias indiretas, utilizando técnicas de comparação de dados e aplicando a análise lógica. Vale registrar que o Tribunal de Justiça do Ceará já possui sua recentemente organizada Auditoria Administrativa de Controle Interno.

É importante para a produção de melhores resultados um sistema de controle interno que de fato funcione. Por exemplo, seria interessante uma avaliação do atendimento ao público de cada cartório, medindo-se a eficiência do serviço prestado, de acordo com indicadores pré-estabelecidos. No Poder Judiciário, não se avalia o atendimento ao público, nem premiando o empregado eficiente, nem punindo o desidioso.

Em se tratando de controle externo do judiciário, o primeiro órgão que se sobressai é o Conselho Nacional de Justiça. Criado pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário, o CNJ é instituído por duas razões principais: estabelecer padrões para o funcionamento e organização dos tribunais e a necessidade de existência de um controle sobre o único dos três poderes que não se submete ao crivo do voto popular. Ao Conselho compete o controle da atuação administrativa e financeira Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes<sup>[4]</sup>.

O controle do CNJ é importante para a realização da justiça, ele é a consciência da condição humana dos juízes e existe não para diminuir o poder do Judiciário, mas sim para lhe conferir mais poder, entretanto sob uma nova complexidade. É importante que o magistrado, peça chave para a consecução da justiça, tenha liberdade no desempenho de sua função, entretanto esta não poderá ser independente de limites.

### **3 O Papel do Magistrado na Realização da Justiça**



Não é difícil perceber porque o magistrado é figura central para a realização da justiça. O processo é o instrumento por excelência da tutela do direito. O direito se realizará, ou não, através do processo. O juiz, por sua vez, é o protagonista do processo, está em suas mãos fazer com que a justiça seja independente, eficaz, acessível e confiável. Como responsável pelo processo, o magistrado acaba sendo o último garantidor de um mundo mais justo e quem deve fazer do Poder Judiciário algo confiável e cristalino (GERLERO, 2006. P. 379).

A missão do juiz, portanto, não pode esgotar-se no processo, compreendendo hoje a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais, a redução das desigualdades sociais. O juiz possui uma função social que vai muito além de realizar o direito entre as partes e recompor o *status quo ante*. O juiz deve ter seus olhos voltados para o futuro. A função social do juiz e os fins sociais do Direito libertam a lei de seu texto fincado no momento de sua feitura ou de sua promulgação. A democratização do Direito passa pela efervescência judicial e pela ampliação funcional do Judiciário (ROCHA, 1998).

O juiz, no contexto do Estado Democrático de Direito, não pode mais ser aquele operador do direito inerte e passivo, o novo modelo social não aceita mais essa postura do Poder Judiciário, que sai da sua posição de distanciamento para aproximar-se da sociedade. Além disso, a decisão do magistrado em um processo não possui mais seus efeitos restritos apenas às partes litigantes, as decisões acabam por influenciar outras causas e outras esferas de poder, gerando transformações na sociedade.

Um resultado desse novo contexto vivido é o Novo Código de Processo Civil (NCPC) de 2015. Superando a razão positivista que condenava qualquer juízo de valor dentro do direito, o NCPC é elaborado sob a égide do pós-positivismo, de matiz essencialmente principiológica, resgatando a moral para dentro da *ratio decidendi*. O legislador contemporâneo reconhece o Direito como técnica, uma vez que os operadores precisam ter padrões e critérios para aplicação das normas jurídicas, mas também como Ética, visto que as pessoas recorrem ao Judiciário em busca não somente de normatividade, mas principalmente de dignidade.

As normas fundamentais do NCPC demonstram que as decisões tomadas não deverão ser apenas logicamente válidas, mas baseadas em valores<sup>[5]</sup>, buscando seu fundamento último de validade na Constituição Federal. Portanto, o formalismo legalista do Estado Liberal não interessa mais ao Estado Democrático de Direito. O juiz, antes visto como mero aplicador da lei, passa também a criar o direito, e não somente colocá-lo em prática. Muitas questões novas se apresentarão ao juiz, que nem sempre terão o amparo da lei. Caberá ao julgador a tarefa de responder a tais questões de forma inovadora, ponderando as normas existentes e os princípios de direito, produzindo direito, ao invés de somente aplica-lo.

O momento atual pede um novo modelo de magistrado, conectado a seu tempo, conhecedor dos anseios da sociedade. A respeito dos modelos de juiz, existe um famoso artigo do professor belga (OST, 1993), François Ost, em que este relaciona os modelos de julgador aos modelos de jurisdição no tempo. O primeiro deles seria o juiz Júpiter, o modelo liberal-legal, que obedece ao padrão piramidal-dedutivo, é o julgador que diz o direito, a partir do alto, distanciado das partes, isolado do convívio social. Esse juiz é legalista, formalista, fundamenta seu entendimento nas leis ou códigos, inadmitindo a influência de fatores externos. É o juiz que aplica automaticamente a lei, sem qualquer juízo de valor.

Diferentemente do modelo jupiteriano, que está sustentado na figura da lei, o juiz Hércules de Dworkin é que seria a única fonte válida de direito, ao invés do direito positivado. É o juiz do Estado Social, que trabalha em cima dos fatos para, então, analisando o caso concreto, proferir a melhor decisão. Esse tipo de julgador acaba por levar ao extremo seu papel de dizer o direito e se torna um “monopolizador da jurisdição” (STRECK, 2010), no entendimento de Lenio Streck, gerando o decisionismo, com a proliferação de decisões particulares, reduzindo o direito ao fato.

Por fim, tem-se o juiz do Estado Democrático de Direito, o magistrado que os tempos atuais pedem, o juiz Hermes. Nem tanto ao céu, nem tanto a terra. É o juiz conciliador, mediador universal, o bom comunicador. Ele pratica novas ideias, escuta opiniões e aprende com experiências externas. Ost vê o direito pós-moderno como uma estrutura

em rede, que possui infinitas informações à disposição do magistrado. Sua decisão, assim, não será tão somente baseada na lei, ou na *práxis*, mas o resultado de um banco de dados com uma variedade de *inputs* externos e internos.

O magistrado pós-moderno, portanto, vive num modelo de Estado em que existem direitos e garantias. É tarefa dele assegurar a eficácia desses direitos, concretizando os enunciados constitucionais, a fim de que possa, sob esta perspectiva, analisar a validade das normas emanadas do Legislativo. O juiz não é mais um mero cumpridor de leis e não faz mais sentido sua aplicação automática e irrestrita. O magistrado deve questionar sua coerência e conformidade com a constituição, ponderar os valores imbuídos em cada dispositivo legal. O Juiz, claro que sem extrapolar o marco jurídico-constitucional, deverá procurar dirimir os conflitos do modo socialmente mais justo, desempenhando um papel totalmente distinto do juiz legalista-positivista criado pela Revolução Francesa para ser *la bouche de la loi*, a boca da lei.

O juiz, assim, passa a ser também produtor de normatividade, não está apenas submetido ao Legislativo, mas também o submete. O magistrado faz a lei do caso concreto e, para isso, deve estar conectado às transformações que constantemente ocorrem na sociedade moderna, é um agente politizado, que leva em considerações fatores sociais, econômicos, históricos e políticos das causas que lhes são submetidas.

Note-se que tratamos de um agente politizado, e não político. A Constituição Federal de 1988, ao dispor acerca das vedações à atividade do magistrado coloca nesse rol a dedicação a qualquer atividade político-partidária (CF, art. 95, parágrafo único, inc. III) ou de pertencer a partidos políticos. Ao proceder desta forma, a Constituição não deixa dúvidas de que a legitimação que pretende conferir à função jurisdicional não é a legitimação representativa, mas sim a legitimação racional ou legal. Esse tipo de legitimação dada ao juiz impede que este se utilize, na sua tarefa de solução de conflitos, de fundamentos que vão de encontro ao ordenamento jurídico.

Oriana Piske, em artigo intitulado “A Função Social da Magistratura na Contemporaneidade”, assim se posiciona a respeito dessa legitimação racional dos magistrados:

Com isso, não só se garante uma certa objetividade na atuação do juiz, senão também se evita sua politização ideológica. Não queremos dizer que o juiz não tenha suas convicções, suas crenças e sua visão própria do mundo. Cada um tem suas preferências ideológicas, políticas, filosóficas etc., porém, para se alcançar um alto nível de objetividade na função jurisdicional, o que constitui uma garantia para todos, devemos reconhecer que as convicções ou critérios pessoais do juiz só são válidos para a solução dos conflitos na medida em que estejam de acordo com as normas, princípios e valores do ordenamento jurídico.<sup>[6]</sup>

Por óbvio que não existe ser humano sem motivações ideológicas, políticas, filosóficas. Georg Simmel falava que a indiferença não é natural à pessoa humana, pois o cérebro apresenta reações para todo o tipo de estímulo. O que se requer não é mais que o juiz tenha comportamentos semelhantes ao Zeus de Olimpo, plenamente virtuosos, reconhece-se a sua humanidade e ela contribui para a realização da justiça, no sentido de que aproxima o magistrado da sociedade, entretanto este não poderá olvidar dos ditames legais na sua função de concretizar o direito.

A função jurisdicional deve guardar em observância o princípio da motivação. Nenhuma decisão judicial será válida sem que sejam apresentados pelo magistrado os fundamentos de suas conclusões (CF, art. 93, IX). O que se pretende com isso é garantir a segurança jurídica, evitando arbitrariedades e assegurando que o juiz se submeta ao ordenamento jurídico. A obrigatoriedade de motivação das decisões também permite o controle destas através dos recursos e controle sobre o próprio juiz, sobretudo pelo povo, que é a fonte de onde emana seu poder (CF, art. 1º, parágrafo único).

#### 4 Conclusão

É fácil perceber porque uma mudança na administração da justiça, com vistas a sua maior efetividade, começa por uma mudança da mentalidade do juiz (DALARI, 1996). Este é figura central e essencial para a realização da justiça no caso concreto. Por essas razões, tem que estar ciente das transformações ocorridas na sociedade e sempre conectado ao mundo em que se insere. Hoje muito se fala em criatividade judicial, que o juiz deve ser inovador, vanguardista, entretanto é importante que este obedeça os limites legais e esteja em consonância com a Constituição Federal, nas suas decisões, a fim de que, no afã de realizar o direito, o juiz não acabe por indevidamente lesar uma parte interessada.

A Sociologia do Direito contribui para uma democratização da administração da justiça, no sentido de que demonstra que uma melhor formação dos magistrados é medida essencial para que isto ocorra. Como já afirmou Boaventura de Sousa Santos, é preciso que se assuma o risco de uma magistratura culturalmente esclarecida[7], pois se, por um lado, isso resultará numa maior reivindicação de poderes, por parte dos magistrados, que se sentirão mais aptos à análise casuística. Por outro lado, gerará decisões mais submetidas a valores sociais e políticos do que à própria legalidade, que não deve ser visto como um problema, mas como um processo necessário à democratização da justiça.

Uma reforma da justiça começa não apenas por uma humanização dos tribunais, mas também por uma humanização da figura do magistrado. O maior desafio do julgador contemporâneo está em julgar com justiça, em encontrar a perfeita intercessão entre o Direito e a Moral, em dar a melhor solução para os casos que lhe são apresentados. O magistrado deve adequar o direito às novas e constantes mudanças da realidade social e buscar soluções justas para os conflitos, sempre observando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade[8].

#### Referências

ABRANTES, Talita. **7 provas da ineficácia da justiça no Brasil, segundo a ONU**. Revista Exame, 2014. Acesso em 11 de julho de 2017. Disponível em

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. V. 48, t. 2, 1921. Disponível em  
< <http://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&pesq=>>. Acesso em 12 de julho de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 103-B, § 4º. Brasília: 1988.

COMISSÃO EUROPEIA PELA EFICIÊNCIA DA JUSTIÇA. **European Judicial Systems: Efficiency and Quality of Justice**. CEPEJ STUDIES No. 23. Edition 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório 2016 Justiça em Números – Infográficos**. Brasília, 2016. Acesso em 11 de julho de 2017. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>

DA ROS, Luciano. **O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória**. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. NUSP/UFPR, v.2, n. 9, julho 2015. p. 1-15.

DALARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FARIA, José Eduardo. **O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1996.

GERLERO, Mario Silvio. **Introducción a la Sociología Jurídica**. David Grinberg Libros Jurídicos: Buenos Aires, 2006.

LEÃO, José Bruno Martins; PRANDI, Luiz Roberto. **O Poder do Juiz no Estado Democrático de Direito**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 144, jan 2016. Acesso em 13 de julho de 2017. Disponível em: .

MATTOS, Francisco Gomes de. **Desburocratização**. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1978, p. 16.

MORAES, José Luis Bolzan de. **As Crises do Judiciário e o Acesso à Justiça**. In: *Comentários à reforma do poder judiciário*. AGRA, Walber de Moura (coord).Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 4-5.

NUNES, Andréia Regina Schneider. **A Burocratização do Poder Judiciário como Obstáculo ao Acesso à Justiça**. Revista Em tempo, [S.l.], v. 10, p. 118-140, dec. 2011. ISSN 1984-7858. Acesso em 13 de julho de 2017. Disponível em: .

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez**. In: *Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho*. n. 14, Alicante, 1993. Acesso em 13 de julho de 2017.

PISKE, Oriana. **A Função Social da Magistratura na Contemporaneidade**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 42-50, abr./jun. 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **A Reforma do Poder Judiciário**. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 137, p. 239-254, jan./mar. 1998. Acesso em 11 de julho de 2017. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/352>>

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à Sociologia da Administração da Justiça**. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº. 21, 1996.

\_\_\_\_\_. **Pela Mão de Alice - O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 10ª edição. São Paulo: Cortez, 2005. p. 313.

STRECK, Lenio Luiz. **O (Pós-)Positivismo E Os Propalados Modelos De Juiz (Hércules, Júpiter E Hermes) – Dois Decálogos Necessários**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. trad. por Waltensir Dutra. 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982, p. 269.

## NOTAS:

[1] “Os sintomas mais ostensivos da patologia burocrática são: o apego à rotina, a cega obediência às normas e procedimentos padronizados, a formalidade e não a essencialidade, a eficiência e não a eficácia, o processo e não o resultado, a fabricação e não o produto, a aparência e não o conteúdo, o relatório e não o plano de ação, o passado, o presente, mas quase nunca o futuro.”. MATTOS, Francisco Gomes de. **Desburocratização**. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1978, p. 16.

[2] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório 2016 Justiça em Números – Infográficos**. Brasília, 2016. Acesso em 11 de julho de 2017. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>

[3] COMISSÃO EUROPEIA PELA EFICIÊNCIA DA JUSTIÇA. **European Judicial Systems: Efficiency and Quality of Justice**. CEPEJ STUDIES No. 23. Edition 2016.

[4] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 103-B, § 4º. Brasília: 1988.

[5] “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 deste Código.”. BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015. Brasília, 2015.

[6] PISKE, Oriana. **A Função Social da Magistratura na Contemporaneidade**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 42-50, abr./jun. 2010.

[7] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice - O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 10ª edição. São Paulo: Cortez, 2005. p. 313.

[8] PISKE, Oriana. **A Função Social da Magistratura na Contemporaneidade**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 42-50, abr./jun. 2010.



## O PENSAMENTO DE JOHN RAWLS E AS POLÍTICAS DE COTAS RACIAIS NO BRASIL

**RAFAEL TAWARAYA GUALBERTO DE CARVALHO:** Advogado da União. Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; Especialista em Direito Constitucional pela Damásio Educacional; Especializando-se em Direito Processual pela PUC-Minas (EAD).

**RESUMO:** As políticas de cotas para acesso a universidades, cargos e empregos públicos federais foram implementadas no Brasil visando corrigir desvios históricos de integração do povo negro/pardo. Trata-se de medidas polêmicas que ainda dividem a sociedade. Recentemente o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar as referidas ações afirmativas, julgando-as consentâneas dos valores constitucionais, sobretudo aqueles referentes à igualdade material. Neste trabalho, analisar-se-á as políticas de inclusão brasileiras ora selecionadas, sob o aspecto jusfilosófico da teoria de John Rawls e seu trabalho “Uma teoria da Justiça”.

**PALAVRAS CHAVE:** ações afirmativas, Uma teoria da justiça, John Rawls, cotas raciais, concursos públicos, universidades.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO – A VIDA DE JOHN RAWLS – UM BREVE RESUMO. 1. UMA TEORIA DA JUSTIÇA E SEU CONTEXTO HISTÓRICO. 1.1 Guerra Do Vietnã. 1.2 O Movimento Feminista. 1.3 O Movimento Hippie. 1.4 O Movimento Dos Negros Norte-Americanos. 1.5 Brown Vs. Board Education. 1.6 Balanço do Período Histórico. 2. RAWLS E SUA TEORIA 2.1 O Princípio da Eficiência. 2.2 O Princípio da Diferença. 2.3 A Posição Original e o Véu Da Ignorância. 3 – AS POLÍTICAS DE COTAS RACIAIS NO BRASIL. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## **INTRODUÇÃO – A VIDA DE JOHN RAWLS – UM BREVE RESUMO**

O jurfilósofo contemporâneo, John Bordley Rawls, professor da renomada Universidade Norte Americana de Harvard, é dos mais influentes escritores do século XX.

John Rawls, como mundialmente conhecido, era oriundo de família influente e rica, proveniente do Sul dos Estados Unidos. Nasceu em 21 de fevereiro de 1921. Seu pai fora ligado à exploração de petróleo e sua mãe, a movimentos políticossociais envoltos na emancipação política da mulher. Durante seu desenvolvimento recebeu a educação típica de alguém proveniente de sua classe social, tendo sido admitido na importante Universidade de Princeton, para estudar filosofia, em 1943.

Curioso que seus estudos somente ganharam fôlego em 1946, quando do fim da Segunda Guerra Mundial, dado que fora convocado para combater no pacífico. Em 1949 concluiu o curso de filosofia. Após formando continuou em Princeton se dedicando aos estudos, fase em que lhe surge a oportunidade de, em 1952/53, ir à Oxford, mediante um convênio firmado entre as Universidades. Lá teve contato com pensadores como H.A.L.Hart e Isaiah Berlin.

Quando de sua volta, em 1953, começa a lecionar na Universidade de Cornell, até 1959; lá se tornou professor efetivo em 1956. Após a fase nesta instituição, surge a oportunidade de lecionar como convidado em Harvard e no M.I.T como efetivo. Escolhendo esta última cátedra, revê sua opção em 1961, aceitando o convite feito por aquela que seria sua casa como famoso professor e escritor. Permaneceu em Harvard até 1991, quando se aposentou. Nesta desenvolveu sua produção acadêmica que lhe daria fama mundial, enfrentando os anos de 1960 e refletindo sobre todas as convulsões sociais que lhe animaram.

Sua carreira acadêmica fora extremamente bem sucedida, conquistando o título de professor universitário em 1976, o mais alto que pode conseguir um acadêmico em sua carreira. Destaque-

se que já em 1970 fora nomeado chefe do departamento de filosofia.

Morreu em 2002, vitimado por insuficiência cardíaca.

## **1. UMA TEORIA DA JUSTIÇA E SEU CONTEXTO HISTÓRICO**

Apesar de ter sua vida acadêmica em grande parte atrelada à Harvard, foi entre 1969/70, em Standford, que Rawls acabara de escrever sua obra prima, intitulada de Uma Teoria da Justiça.

Firme-se que fora em Harvard que seus esforços foram direcionados a acabar de escrever Uma Teoria da Justiça (a obra teve três versões preliminares: 1964-5; 1967-68 e 1969-70).

Interessante é notar que transcorrida a década de grandes mudanças e debates sociopolíticos que então é produzida a versão final de sua obra mais influente. Infere-se disso que durante os acontecimentos houve constante produção e reflexão sobre os pilares de seus pensamentos.

Durante essa década o mundo vivia no contexto da Guerra Fria, em que as duas grandes potências de então (U.R.R.S & E.UA) digladiavam-se pela hegemonia econômica e ideológica. Nesse *animus* houve alguns paradigmas que consideramos relevantes para ilustrar o momento histórico. No campo bélico guerras deflagradas, como a do Vietnã, e no campo dos movimentos sociais os levantes das feministas, dos hippies e dos negros. Entendemos que particularmente os movimentos pregavam a igualdade material e formal dos seres humanos, à exceção do hippie, que justamente pregava a diferença e o respeito, sob a bandeira da contracultura. Contudo uma perspectiva não utilitarista da igualdade, mas uma visão de que deveríamos ser iguais (objetivamente), apesar das diferenças subjetivas.

Brevemente relataremos os ícones dessa década cheia de mudanças, que até hoje influenciam nosso jeito de viver (ver, pensar, ouvir, sentir).

### **1.1 Guerra Do Vietnã**

Sul e norte vietnamitas digladiaram-se, tendo como matriz ideológica a questão bipolar do mundo de então: capitalismo *versus* socialismo (nos moldes soviéticos).

Com o financiamento e a participação dos E.U.A em prol do sul, China e U.R.S.S. deram apoio logístico ao Vietnã do Norte, embora não se tenham envolvido diretamente no conflito, conforme fizera a outra potência norte-americana.

Tendo enviado tropas em 1965, para sustentar o governo sulista, os norte-americanos retiraram-se do Vietnã em 1973, sob fortes pressões internas da população do próprio país, que desaprovava o intento. A missão militar foi considerada um fracasso, pois apesar da superioridade bélica e econômica, houve muitas baixas de soldados *yankes*, além do mais, o principal escopo da empreitada restou infrutífera, dado que em 1975 o Vietnã se unificou sob a alcunha de República Socialista do Vietnã.

Esse evento militar pós-segunda guerra gerou nos cidadãos daquela potência ocidental insatisfação e desaprovação de seu governos e de seus governantes. Os anos de 1960 foram animados por inúmeras reivindicações sociais com diversas ênfases. Além do famoso “paz e amor” dos hippies, contra a guerra, várias questões tal como igualdade material de direitos, meios alternativos de vida, racismo e gênero davam o tom da melodia orquestrada pelos movimentos sociais.

Num contexto macro, eis o mundo que animou a produção intelectual de autor. Uma guerra sem muito sentido, do outro lado do mundo, que intensificou algumas feridas internas desencadeadas por diversas bandeiras insatisfeitas com o chamado “sonho americano”. Questões que vinham desde o Caso

DreadScott e a doutrina dos “iguais mas separados”, ganharam nova roupagem e tiveram desfechos inusitados, sobretudo com a atuação da Suprema Corte em casos polêmicos, como o Brown vs. Board Education, conforme mais adiante relataremos.

## **1.2 O Movimento Feminista**

Nem só as questões de raça animaram os debates sociais nos E.U.A. dos anos 1960. O movimento feminista também declamou seus brados.

Numa primeira fase deste, cujo início começa no final do século XIX e culmina no início do XX, lutava-se pelo direito de voto. Nos E.U.A., considera-se que tal movimento encerra-se quando a aprovação da 19ª emenda, em 1919, que passou a garantir o sufrágio para todas as mulheres.

Durante a Década de 1960, considerada o início da segunda fase deste movimento, houve reivindicações de cunho social. Os brados voltavam-se para igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, da divisão das tarefas sociais e, sobretudo, na liberdade do corpo da mulher, tornando-a de fato donas deste, podendo prever quando engravidariam (métodos anticoncepcionais, tal como a pílula) e podendo recusar a relação sexual ao seu parceiro. Desta feita, as mulheres reivindicavam a não submissão aos homens, pois o critério que a sustentava se baseava tão somente nos papéis sociais que recaiam sobre cada sexo. Tal leitura passou a ser revista.

Seja pela bandeira feminista ou mesmo a hippie, o papel social da mulher e a divisão social das tarefas passou por uma reflexão, deflagrada pelos movimentos sociais da década de 1960. Outro elemento que animara os E.U.A. e suas as políticas sociais.

## **1.3 O Movimento Hippie**

Difícil ter passado pelos anos de 1960 sem ter percebido o movimento hippie nos E.U.A., dado que ainda hoje, mais de 50 anos depois, ainda o notamos.

Sem adentrar muito ao âmago do movimento, suas bases místicas, religiosas, a polêmica com as drogas e com o sexo livre (libertário), o modismo ou não que ensejava, o fato é que este movimento social fora estandarte da contracultura ocidental, pregando valores diferentes dos predominantes na classe média norte americana, e por que não dizer, na classe média ocidental mundial. Desde a estética no vestir, nos cortes de cabelo e no estilo de vida, o que se via no plano de fundo era uma crítica aos valores da classe média e da classe dominante. Criticava-se o consumismo, a padronização das vidas, as desigualdades sociais e ao mesmo tempo a massificação da vida em sociedade, produzindo seres humanos iguais, com mesmas aspirações, mesmas formas de pensar e viver, ao mesmo tempo em que se produziam desigualdades sociais (um paradoxo). Lutava-se contra o *status quo*, de maneira não organizada, por isso a veracidade do movimento, dado que espontâneo. Pregava-se a desigualdade, não social ou econômica, mas pelo diferente estilo de viver, enfatizando a igualdade material (distribuição de riquezas) que deveria iluminar o viver coletivo. Por isso havia muitas comunidades alternativas espalhadas pelas zonas rurais; se o *status quo* pregava a urbanização (e isso ocorria desde a revolução industrial), defendia-se por via oposta a ruralização; se o padrão do viverem sociedade era o que passou a dominar, buscava-se o viver em comunidade, em que os indivíduos seriam mais próximos e mais iguais. Afora as utopias, interessante é notar que tal movimento conquistou inúmeros adeptos, pregando o hedonismo, a vida sem regras, uma vida livre dos padrões considerados opressores.

Tudo isso foi mais um dos eventos que selecionamos como relevantes dos agitados anos de 1960. As bases da sociedade norte-americana, que são as bases da sociedade ocidental capitalista, estavam sendo contestadas, visando-se as reestruturar. O campo da produção acadêmica e teórica não poderia ser

diferente. Como veremos muitas águas passaram pelas letras de Ralws, fazendo algo análogo ao que fizeram os hippies, contestando os padrões existentes.

#### **1.4 O Movimento Dos Negros Norte-Americanos**

A escravidão nos E.U.A., embora abolida 1863, esteve presente como questão mal resolvida durante toda a história norte-americana. Desde o caso DreadScott, em que negros do sul foram considerados propriedades e não seres humanos (muito menos cidadãos), até a doutrina dos “iguais mas separados”, que perdurou até a década de 1950 em seu meado, muitas questões raciais mal resolvidas animaram (e por que não dizer que ainda animam) a vida civil dos norte-americanos.

Os panteras negras, movimento de liberdade racial radical, talvez tenham sido um dos brados mais retumbantes dessa luta por igualdade nos E.U.A.. Com ações qualificadas como criminosas por vezes, os envolvidos nas reivindicações deste grupo atuaram com veemência na luta pela igualdade formal e material do povo negro, sobretudo lutando contra abuso de policiais nas periferias de cidades como Nova York, Chicado, São Francisco.

Mas nem só com os Panteras os negros tinham sua voz de protesto. O fato é que durante as décadas de 1950 e 1960 muitas questões de igualdade racial animaram as estruturas político-sociais nos E.U.A.. Talvez, em termos jurídicos, os movimentos dos direitos civis, conquistados por leis oriundas das interpretações da Suprema Corte à Constituição Federal, sejam o melhor elemento para concentrarmos nossa atenção.

O caso Brown versus Board of Education é bem ilustrativo dos debates que estamos a tratar.

#### **1.5 Brown Vs. Board Education**

Em 1896 a Suprema Corte Norte Americana julgou o caso Plessy vs. Ferguson, que estabeleceu a chamada doutrina “dos iguais, mas separados”. Tal ideia perdurou no consciente coletivo norte-americano, como razoável. Como consequência, negros e brancos frequentavam diferentes locais do espaço público, como bairros e escolas. Tal fator era um empecilho para o desenvolvimento social do povo negro, dado que o acesso à educação restava prejudicado, uma vez que o sistema particular de ensino os excluía pelos preços e o sistema público para estes era de inferior qualidade.

Durante a década de 1950, a Suprema Corte, sob a presidência de Earl Warren, julgou o famoso caso Brown x Board of Education, que visava justamente acabar com a era da segregação racial, a começar pelo sistema educacional. Em dois julgamentos, a Corte firmou que a segregação racial era inconstitucional, devendo os Estados atuar o mais rápido possível de modo a proceder à integração do povo negro no sistema educacional, assim não haveria mais se falar em escolas para brancos e para negros. Apesar de vaga a determinação judicial, este fora um grande passo num país como os E.U.A., em que o racismo sempre esteve presente e sem pudor. Tal precedente, junto com outros, foram minando a doutrina dos “iguais, mas separados” e permitiu que negros frequentassem Universidades até então só para brancos, tal como Harvard.

Importante frisar que com Earl Warren começou nos E.U.A. um conjunto de julgados e atuações mais positivas da Suprema Corte, que ficaram conhecidos sob a alcunha de “ativismo judicial”, isso, pois os juízes passaram a não somente aplicar a letra fria das leis e da Constituição em sua acepção original, mas a interpretá-las de modo construtivo, de olho nas necessidades de seus tempos.

### **1.6 Balanço do Período Histórico**

Vejamos que a década de produção intelectual de Rawls foi rica de debates e polêmicas sobre o direito à igualdade material, à



igualdade de oportunidades, a distribuição de riquezas, à aceitação das diferenças.

Não poderia o nosso autor deixar de analisar as questões que passaram diante de seus olhos. Foi com base nesses acontecimentos, os quais não nasceram na década referida, mas que nela se amplificaram, que Rawls desenvolveu os seus conceitos chave. Para eles nos direcionamos agora.

## **2. RAWLS E SUA TEORIA**

John Rawls visa contestar a então doutrina dominante do pensamento anglo-saxão, o *utilitarismo clássico*, com a sua *teoria da justiça*, que ele nomina de *justiça como equidade*.

Grandes pensadores como Stuart Mill e Jeremy Bentham defendiam que não é possível uma sociedade em que haja felicidade para todos, felicidade esta entendida como baseada em escolhas racionais dos indivíduos. Em síntese, os utilitaristas entendiam que seres humanos racionais desejam maximizar a felicidade (os prazeres racionais) e minimizar as dores. Contudo, isso não é possível para todos os membros da sociedade ao mesmo tempo. Prega-se então, que deve o Estado, ciente deste impasse, oportunizar o maior saldo líquido de satisfações, ou seja, que haja a maior felicidade para o maior número de pessoas, não se buscando com isso a felicidade plena e utópica de todos. Desta feita, o infortúnio experimentado por um grupo, se justifica pelos ganhos de outro grupo, contanto que estes sejam maiores em relação à perda dos infelizes. O raciocínio é matemático, logo, quanto maior o número de pessoas felizes em proporção ao número de infelizes haverá justiça social.

Rawls assim sintetiza o pensamento utilitarista:

*“A ideia principal é que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de*

*satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem.”<sup>[1]</sup>*

Contudo o professor de Harvard não conjuga desta posição e justamente contra ela ele constrói sua teoria, baseado na ideia de contrato social e justiça material. Para ele há elementos invioláveis nos seres humanos, que nem a felicidade do maior número de pessoas justifica o desrespeito a estes. Nas palavras do eminente pensador:

*“Cada membro da sociedade é visto como possuidor de uma inviolabilidade fundamentada na justiça ou, como dizem alguns, no direito natural, à qual nem mesmo o bem-estar de todos os outros pode sobrepor. A justiça nega que a perda da liberdade para alguns se justifique com um bem maior partilhado por outros. ... em uma sociedade justa, as liberdades fundamentais são inquestionáveis e os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo dos interesses sociais.” (2008:34)*

Trabalhando com a ideia de que uma sociedade justa deve oportunizar aos indivíduos se desenvolverem, estabelecendo-lhes direitos e deveres e distribuindo as riquezas, dando-lhes igualdade de oportunidades, Rawls parte de duas premissas (princípios) que fundam o alicerce de seu pensamento. São elas:

*“**Primeira:** cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.*

***Segunda:** as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.”<sup>[2]</sup>*

O primeiro dos princípios estabelece direitos e deveres fundamentais. Neste o autor tem em mente as leis objetivamente consideradas. Trabalha-se com o conceito de igualdade formal de todos perante a lei.

Já o segundo princípio se aplica à distribuição de renda e riqueza; logo, trabalha-se com o conceito de igualdade material de acesso às melhores condições socialmente estabelecidas.

Analisando a profundidade do segundo princípio o autor transcreve as seguintes conclusões:

*“O segundo princípio se aplica, em primeira análise, à distribuição de renda e riqueza e à estruturação de organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e responsabilidade. Embora a distribuição de riqueza e de renda não precise ser igual, deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, os cargos de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos.”*<sup>[3]</sup>

*“(...) Por fim, com relação ao segundo princípio, a distribuição de renda e riqueza, e de cargos de autoridade e responsabilidade, deve ser compatível tanto com as liberdades fundamentais quanto com a igualdade de oportunidades.”*<sup>[4]</sup>

*“O segundo princípio exige que todos se beneficiem das desigualdades permissíveis na estrutura básica. Isso significa que deve ser razoável para cada indivíduo representativo relevante definido por essa estrutura, quando cada qual a considera um empreendimento bem-sucedido, preferir suas perspectivas com a desigualdade a suas perspectivas sem ela. Não se permite que diferenças de renda ou em posições de autoridade e responsabilidade sejam justificadas com base no argumento de que as desvantagens daqueles que se encontram em um posição são contrabalançadas pelas vantagens maiores de outros que se encontram em outra posição. E muito menos ainda as violações à liberdade podem ser contrabalançadas dessa maneira (...).”*<sup>[5]</sup>

O autor percebe que o segundo princípio traz consigo duas expressões ambíguas: “benefício de todos” e “acessíveis a todos”. São ambíguas, pois numa sociedade cujos recursos são limitados, eles, os recursos, não são acessíveis a todos; ademais o acesso de um grupo a certas riquezas não implicará benefícios

compartilhados a todos os membros da sociedade. Partindo-se do pensamento utilitarista e a refutação da felicidade geral e utópica, nem as riquezas sociais serão acessíveis a todos, nem a sociedade como um todo enriquecerá com a conquista de certos grupos dessas riquezas; logo, as riquezas são acessíveis a uma parte e o benefício delas é compartilhado apenas por parte da sociedade e não por todos. É neste ponto que Rawls desconstrói o pensamento utilitarista.

Ele busca construir uma teoria que possibilite não só que as riquezas sejam bens “acessíveis a todos”, mas que também conforme certos grupos alcancem as benesses sociais, sejam elas usufruídas em “benefício de todos”. Assim, se a elite social produz riquezas, eleva o padrão da vida em sociedade desde a base, em vez de aumentar a desigualdade.

Partindo-se da premissa de que são os conceitos “acessíveis a todos” e “benefício de todos” são independentes entre si, edifica-se o pensamento a seguir exposto, considerando que o primeiro princípio o da liberdade igual perante à lei, tenha sempre o mesmo sentido.

Antes de sistematizar o pensamento, importante mencionar que o autor constrói uma tabela e nela trabalha não só os conceitos “acessíveis a todos” e “benefício de todos”, como também o “princípio da eficiência” e o “princípio da diferença”, partindo-se da premissa de que os indivíduos não são iguais materialmente seja em condições (posição social), seja em capacidade (diferenças intrínsecas de cada ser humano).

Em tabela, Rawls elabora o seguinte raciocínio:

1 – numa sociedade em que há **“Igualdade na forma de carreiras acessíveis aos talentos”**, mas que prestigia o **“princípio da eficiência”** será consagrado o **“Sistema da Liberdade Natural”**;

2 – numa sociedade em que há **“Igualdade na forma de carreiras acessíveis aos talentos”**, mas que prestigia o **“princípio da diferença”** será consagrada a **“Aristocracia Natural”**;

3 – numa sociedade em que há **“Igualdade na forma de oportunidades equitativas”**, mas que prestigia o **“princípio da eficiência”** será consagrada a **“Igualdade liberal”**;

4 - numa sociedade em que há **“Igualdade na forma de oportunidades equitativas”**, mas que prestigia o **“princípio diferença”** será consagrada a **“Igualdade Democrática”**.

Para o autor a **“Igualdade Democrática”** é a configuração cuja interpretação melhor proporciona a justiça social, dado que oriunda do cruzamento da **igualdade na forma de oportunidades equitativas com o princípio da diferença**.

Importante ter em mente que Rawls é um (neo) contratualista; logo parte do pressuposto de que em algum momento lógico um pacto para a vida em sociedade é firmada a fim de evitar a vida na natureza e suas vicissitudes. Este tema será melhor abordado quando trabalharmos o conceito de “véu da ignorância”, mais adiante. Importante, apenas salientar, antes de investigar os principais conceitos do autor, que a “loteria do nascimento” não pode impedir que o ser humano se desenvolva, na medida de sua capacidade, mas com igualdade de oportunidade.

Com efeito, todas essas premissas são fundadas naquilo que ele chama de *“a posição original”*, momento (lógico) em que os indivíduos que participarão da sociedade, sem saber suas futuras posições, decidem com base em que premissas irão se organizar. É mais ou menos análogo a pessoas que visam construir uma empresa e redigem o seu estatuto, sem saber quem serão os diretores e quem serão os operários. Logo, visa estabelecer premissas para que todos vivam bem, sem que tais escolhas sejam

parciais, mas imparciais, dado que racionais. A essa ignorância inicial o autor nomeia de *véu da ignorância*.

Analisaremos os principais conceitos de J. Rawls.

## **2.1 O Princípio da Eficiência**

O princípio da eficiência é calcado no pensamento do economista Vilfredo Pareto, em que eficiência no campo econômico significa que:’

*“determinada configuração é eficiente sempre que é impossível modificá-la para melhorar a situação de algumas pessoas, sem ao mesmo tempo, piorar a situação de outras.”*<sup>[6]</sup>

Tal afirmação se direciona para a produção no mercado de consumo. O ponto ótimo de Pareto reflete a ocasião ideal em que um mercado atingiu um patamar em que todos os recursos estão direcionados de modo tão equilibrado, que se se resolver produzir mais de um produto x, ter-se-á que diminuir a produção do produto y. Eis um *trade off*.

Em contrário senso:

*“a distribuição de bens ou um sistema de produção será ineficiente quando houver meios de melhorar ainda mais a situação de alguns indivíduos sem piorar a de outros.”*<sup>[7]</sup>

O princípio da eficiência não está, no campo normativo, ligado necessariamente à justiça, dado que, ao aplicá-lo a este campo, chegamos à conclusão de que um modelo normativo é eficiente se for impossível alterar as normas, para redefinir o sistema de direitos e deveres, para elevar as expectativas de um indivíduo representativo, sem com isso reduzir as expectativas de algum outro.

*“Uma disposição da estrutura básica é eficiente quando não há como alterar essa distribuição para elevar as perspectivas de alguns sem reduzir as perspectivas de outros.”<sup>[8]</sup>*

Contudo, a eficiência não está ligada à justiça, dado que se num sistema normativo em que a estrutura básica esteja ligada à escravidão, a alteração de sistema de direitos e deveres, seja em prol dos escravos, seja em prol dos senhores, acaba por afetar a posição dos demais. Logo, há um sistema eficiente, do ponto de vista aqui adotado, mas que não é justo de per si. Desta feita se diferencia o princípio da eficiência do da justiça.

## **2.2 O Princípio da Diferença**

Dentre as combinações possíveis do segundo princípio acima exposto, o autor defende que a interpretação democrática, que resulta da combinação do **princípio da igualdade equitativa de oportunidade com o princípio da diferença**, é a melhor para se chegar ao que chama de teoria da justiça.

*“Uma vez que tentemos encontrar uma interpretação que trate a todos igualmente como pessoas morais, e que não meça a parcela de cada pessoa nos benefícios e nos encargos da cooperação social segundo sua fortuna social ou sua sorte na loteria natural, a interpretação democrática aparecerá como a melhor escolha dentre as quatro opções.”<sup>[9]</sup>*

Pelo princípio da diferença, somente se considera justo um arranjo em que as expectativas mais elevadas dos que estão em melhor situação são consideradas, se e somente se fizerem parte de um arranjo em que as expectativas dos menos favorecidos da sociedade também sejam contempladas. Assim, os ganhos sociais em termos de riquezas (culturais, materiais, morais ...) são usufruídos por todos. Por este princípio a estrutura básica da sociedade se amoldaria de sorte tal que o ganho de um é aproveitado por todos, opostamente ao pensamento utilitarista em que somente alguns podem se beneficiar das riquezas sociais.

*“Presumindo-se a estrutura de instituições exigidas pela liberdade igual e pela igualdade equitativa de oportunidades, as expectativas mais elevadas dos que estão em melhor situação serão justas se, e somente se fizerem parte de um esquema que eleve as expectativas dos membros mais desfavorecidos da sociedade. A ideia intuitiva é que a ordem social não deve instituir e garantir as perspectivas mais atraentes dos que estão em melhor situação, a não ser que isso seja vantajoso também para os menos afortunados.”*[\[10\]](#)

O autor não defende a igualdade absoluta entre os humanos, mas aduz que, dada às diferenças naturais destes, o arranjo social deve privilegiar aqueles mais capazes, sem com isso esquecer dos menos favorecidos, seja em inteligência ou força.

*“Eu não afirmo que, para que todos se beneficiem de um dado arranjo, é preciso que os cargos estejam abertos a todos. Pois pode ser possível melhorar a situação de todos por meio da distribuição de certas prerrogativas e benefícios a determinadas posições, apesar do fato de certos grupos serem excluídos deles.”*

(...)

*“Na justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para o benefício de todos. A estrutura básica é um sistema de normas públicas que define um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos a fim de produzir um total maior de benefícios e atribui a cada um deles certos direitos reconhecidos a uma parte dos ganhos.”* [\[11\]](#)

Percebe-se que pela interpretação do autor, a justiça como equidade, que visa a definir o sistema de direitos e deveres, assim como esquematizar a distribuição de riquezas, há de se basear no “princípio da diferença”, combinado com a “igualdade na forma de oportunidades equitativas”. Tal combinação não iguala materialmente todos os humanos, nem produz uma sociedade totalmente igualitária, mas permite que a estrutura básica desta seja de tal modo desenhada a permitir que todos que nela vivam



usufruem dos ganhos obtidos pelos indivíduos representativos de cada posição social. Desta feita, permite-se que se distribuam as riquezas sociais, sem com isso tolher as diferenças individuais.

### **2.3 A Posição Original e o Véu da Ignorância**

Chega-se aos princípios acima referidos numa situação nominada de “posição original”. As estruturas da sociedade devem ser construídas mediante escolhas racionais, numa posição original em que ninguém sabe ao certo que colocação social assumirá.

Em analogia seria o mesmo que decidir como os jogadores de um time de futebol devem se posicionar em campo, sem saber se seremos técnicos do time, atacantes ou zagueiros. Deste modo distribuímos as funções sem querer com isso nos beneficiar, por isso, pode-se dizer que as escolhas serão racionais.

No verbo do autor:

*“Na justiça como equidade, a situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social. ... É entendida como situação puramente hipotética, assim caracterizada para levar a determinada concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu status social; e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero. Presumirei até mesmo que as partes não conhecem suas concepções do bem nem suas propensões psicológicas especiais. Os princípios da justiça são escolhidos por trás de um véu da ignorância.”* <sup>[12]</sup> (Rawls, 2008: 15)

Assim, para se construir uma sociedade justa, parte o autor da teoria contratualista defendendo que os arranjos devem ser firmados por sujeitos racionais que não sabem sua posição no futuro, logo decidirão de modo imparcial. Ademais, a estrutura básica da sociedade deve ser calcada em definição de direitos e

deveres iguais a todos, cuidando de estabelecer a igualdade formal entre os indivíduos. Além disso, pelo lado da igualdade material, a distribuição das riquezas deve ser alocado segundo o princípio da diferença, combinado com o princípio da igualdade na forma de oportunidades equitativas. Assim, não se visa tolher os talentos individuais, mas não se joga ao esquecimento os menos afortunados pela natureza ou pela sociedade, dado que a estrutura deve ser tal que permita o desenvolvimento individual, independentemente da loteria do nascimento. Com isso, os ganhos saboreados por cada indivíduo representativo das diferentes classes sociais são por todos experimentados, assim os ganhos auferidos pelos mais favorecidos passam a ser justos à medida que eleva as expectativas dos menos afortunados, num sistema imbricado em que há a distribuição de riquezas entre todos. Elimina-se com isso o *trade-off* entre melhorar a vida dos ricos, sem que se piore a dos pobres (aumento da desigualdade típica do capitalismo clássico). Na teoria da justiça como equidade, os ganhos daqueles somente são justos se trouxer melhorias para estes, logo a estrutura básica deve estar configurada para isso.

Com todo esse ferramental, pensemos: no Brasil, a questão das quotas para afrodescendentes (em concursos públicos, em vagas nas universidades ou em empresas) é consentânea à teoria da justiça como equidade aqui analisada? Doravante, analisaremos a legitimidade essa questão à luz da teoria de John Rawls.

### **3 – AS POLÍTICAS DE COTAS RACIAIS NO BRASIL**

Primeiramente é importante fazer um corte de objeto neste trabalho. Não se está aqui a estudar o racismo ou fazer juízo de valor acerca da questão dos negros no Brasil. Sabe-se que é tema de grande complexidade e que foge ao alcance da análise pretendida. Aqui apenas se busca analisar, com base em J. Rawls, se as políticas de cotas raciais promovem justiça social, dentro do campo e pensamento do autor.

Pode-se dizer que atualmente as condições no Brasil guardam alguns elementos que indicam certa similaridade com os EUA de Rawls. Há grande protagonismo do Judiciário no cenário político, as reivindicações de diversos movimentos sociais reverberam com cada vez mais força, inclusive as dos negros. Não se quer comparar o Brasil com os EUA, sobretudo em épocas diferentes. Apenas se apontam esses elementos que nos aproximam do pano de fundo do mundo de Rawls, o que revela a atualidade de suas teorias, até porque ainda hoje, nos EUA os debates iniciados naquela época, sobretudo no que tange ao racismo, igualdade de oportunidades e distribuição de riquezas, ainda estão em pauta na agenda política.

Por aqui, duas são as principais leis que consagram ações afirmativas no Brasil atualmente, quando o assunto é “cota racial”. São elas a Lei nº 12.711/2012 e a Lei nº 12.990/2014. Esta última lei institui que *“Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.”*

Em resumo, os concursos federais para cargos efetivos e empregos públicos têm de observar a reserva (cota) de 20% de cargos aos negros. O acesso às universidades federais também contam com regras que auxiliam o povo negro frequentar regularmente essas instituições de ensino, mesclando renda per capita e cor de pele.

A primeira lei referida é atinente ao acesso ao ensino superior. O foco deste artigo recairá, sobretudo, na lei acerca dos concursos públicos, entretanto, a matriz do pensamento é a mesma, dado que ambas as leis visam consagrar acesso ao estudo em graus mais elevados e ao trabalho na burocracia estatal, elementos esses que podem ser considerados expressão de riqueza social. O acesso ao estudo em graus mais elevados é direito fundamental de segunda

dimensão, mas que já foge ao básico, ao “mínimo existencial”, de acordo com a Constituição; tanto que a educação é tratada como direito fundamental no artigo 6º, mas o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística” é estabelecido, “segundo a capacidade de cada um” (artigo 208, V). Logo, não é forçoso concluir que o acesso aos níveis superiores de ensino faz parte da riqueza social, excluindo-se assim do básico, nos termos do artigo 208, I.

Outrossim, os cargos e empregos públicos são também elementos de grande prestígio na sociedade brasileira. Com diversos graus na escala burocrática, existem cargos e empregos públicos que significam para aquele que alça à *nomeação* e *posse* elevação do status social e melhorias reais de condições de vida. Com efeito, parte desses cargos e empregos públicos federais garantem ao indivíduo patamares de vida bem acima do mínimo existencial.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar os dois temas, acesso às universidades federais e cotas em concursos públicos.

Com relação ao acesso às Universidades Federais, julgando caso específico referente à Universidade de Brasília (UnB), na ADPF nº 186/DF, em 2012, o STF entendeu que o acesso às universidades federais mediante política de cotas é constitucional, pois concretiza a *igualdade material*. Apenas se ressaltou que a política deve respeitar seu nítido caráter transitório, a fim de não se transformar em uma benesse a alguns instituída em detrimento de toda a sociedade. Vejamos a ementa do julgado:

**EMENTA :ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º,**

*I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.*

*I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.*

*II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.*

*III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.*

*IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico- raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.*

*V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.*

*VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.*

*VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.*

*VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.*

Mais recentemente, em 2017, analisando a lei de cotas raciais nos concursos públicos federais o STF, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41, declarou a referida lei constitucional. Eis notícia colhida no sítio eletrônico da Suprema Corte<sup>[13]</sup>:

*Plenário declara constitucionalidade da Lei de Cotas no serviço público federal*

*O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu na sessão desta quinta-feira (8) o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 41 e reconheceu a validade da Lei 12.990/2014, que reserva 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, no âmbito dos Três Poderes. A decisão foi unânime.*

*O julgamento teve início em maio, quando o relator, ministro Luís Roberto Barroso, votou pela constitucionalidade da norma. Ele*

*considerou, entre outros fundamentos, que a lei é motivada por um dever de reparação histórica decorrente da escravidão e de um racismo estrutural existente na sociedade brasileira. Acompanharam o relator, naquela sessão, os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux.*

*Na sequência do julgamento na sessão desta quinta (8), o ministro Dias Toffoli lembrou, em seu voto, que quando exercia a função de advogado-geral da União, já se manifestou pela compatibilidade de ações afirmativas – como a norma em questão – com o princípio da igualdade. Para o ministro, mais do que compatível com a Constituição, trata-se mesmo de uma exigência do texto maior, em decorrência do princípio da isonomia prevista no caput do artigo 5º.*

*Esse entendimento, inclusive, prosseguiu o ministro, está em sintonia com a jurisprudência do STF, que já confirmou a constitucionalidade da instituição da reserva de vaga para portador de deficiência física, bem como a constitucionalidade do sistema de cotas para acesso ao ensino superior público.*

*O ministro explicou, contudo, que seu voto restringe os efeitos da decisão para os casos de provimento por concurso público, em todos os órgãos dos Três Poderes da União, não se estendendo para os Estados, Distrito Federal e municípios, uma vez que a lei se destina a concursos públicos na administração direta e indireta da União, e deve ser respeitada a autonomia dos entes federados.*

*O julgamento do Supremo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, quando foi confirmada a constitucionalidade do sistema de cotas raciais para ingresso nas universidades públicas, foi citada pelo ministro Ricardo Lewandowski em seu voto. Ele recordou que em sua gestão à frente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi editada a Resolução 203/2015, que reservava 20% de vagas para os negros no âmbito do Poder Judiciário. A resolução levou em conta, segundo ele, o primeiro censo do Judiciário realizado pelo Conselho, que apontou que apenas 1,4% dos juízes brasileiros se*

*declararam negros, e apenas 14% pardos, dados que divergiam dos números do censo demográfico brasileiro de 2010, do IBGE, segundo o qual o percentual da população brasileira que se declarou negra foi de 7,6% e parda 43,1%.*

*O ministro Marco Aurélio revelou que, nos anos de 2001 e 2002, quando ocupou a presidência do STF, e diante de quadro que persiste até os dias atuais, determinou que fosse inserida em edital para contratação de prestadores de serviço a exigência de reserva de 30% das vagas para prestação de serviços por negros. Para o ministro, uma sociedade justa e solidária repousa no tratamento igualitário, mas é notória a falta de oportunidade para os negros, frisou o ministro, concordando que as estatísticas sobre a questão são vergonhosas.*

*O decano do Supremo, ministro Celso de Mello, iniciou seu voto citando a história do advogado Luiz Gama (1830-1882), que ficou conhecido como advogado dos escravos, para demonstrar “como tem sido longa a trajetória de luta das pessoas negras em nosso país na busca não só de sua emancipação jurídica, como ocorreu no século XIX, mas de sua emancipação social e de sua justa, legítima e necessária inclusão”.*

*Ao defender as políticas de inclusão, o decano salientou que de nada valerão os direitos e de nenhum significado serão revestidas as liberdades se os fundamentos em que esses direitos e liberdades se apoiam, além de desrespeitados pelo Poder Público ou eventualmente transgredidos por particulares, também deixarem de contar com o suporte e o apoio de mecanismos institucionais, como os proporcionados pelas políticas de ações afirmativas.*

*Para o ministro, “sem se reconhecer a realidade de que a Constituição impõe ao Estado o dever de atribuir a todos os que se situam à margem do sistema de conquistas em nosso país a condição essencial de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social, não se tornará possível construir a igualdade nem realizar a*



*edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando assim um dos objetivos fundamentais da República, a que alude o inciso I do artigo 3º da Carta Política”.*

*Com base não só nos fundamentos já trazidos por todos os ministros, mas também no princípio do direito à busca da felicidade, o ministro se manifestou pela constitucionalidade de medidas compensatórias como a inserida na lei em questão.*

*Ao também reconhecer a constitucionalidade da norma em debate, a ministra Cármen Lúcia salientou que muitas vezes o preconceito – contra negros ou contra mulheres, entre outros – é insidioso e existe de forma acobertada, e outras vezes é traduzido em brincadeiras, que nada mais são do que verdadeiras injúrias, que indignam. Para a presidente do Supremo, ações afirmativas como a que consta da Lei 12.990/2014 demonstram que “andamos bem ao tornar visível o que se passa na sociedade”.*

Assim, partimos da premissa de que as referidas leis são constitucionais, nos termos das decisões do STF. Não se visa aqui dizer se há concordância com a decisão do STF ou discordância. Parte-se da decisão da Suprema Corte, que validou as leis no sistema jurídico, para analisar se elas atendem à “*igualdade na forma de oportunidades equitativas com o princípio da diferença*”.

A grande indagação que se faz é: *promovem as ditas leis a Igualdade Democrática, nos termos da teoria de J. Rawls?*

A resposta é sim. Vejamos.

A resolução 203/2015 do CNJ informa que dentro do Judiciário Brasileiro, apenas 1,4% dos juízes se declararam negros e apenas 14% pardos. De acordo como censo do IBGE em 2010, apenas 7,6% da população de declarou negra e 43,1% parda.

Vê-se com isso uma clara sub-representação de negros e pardos no Poder Judiciário. Apesar de os dados se referirem

somente a este Poder, fato é que não é difícil concluir, numa sociedade como a brasileira, que não é apenas no Judiciário que isso ocorre. Pelo contrário, a segregação de negros na sociedade brasileira é histórica, entretanto, ao contrário dos EUA, aqui há uma certa “camuflagem”. Gilberto Freyre bem exemplifica o discurso mitigador do peso da escravidão no processo civilizatório do Brasil em seu “*Casa Grande e Senzala*”.

Deixadas à parte as críticas literárias à obra deste *eminente* sociólogo, no Brasil o racismo se traduz em números. Veja-se a seguinte notícia divulgada no sítio da Empresa Brasil de Comunicação S/A – EBC, tendo por base dados divulgado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística)[14]:

#### ***IBGE: 50 milhões de brasileiros vivem na linha de pobreza***

*Cerca de 50 milhões de brasileiros, o equivalente a 25,4% da população, vivem na linha de pobreza e têm renda familiar equivalente a R\$ 387,07 – ou US\$ 5,5 por dia, valor adotado pelo Banco Mundial para definir se uma pessoa é pobre.*

*Os dados foram divulgados hoje (15[15]), no Rio de Janeiro, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e fazem parte da pesquisa Síntese de Indicadores Sociais 2017 – SIS 2017. Ela indica, ainda, que o maior índice de pobreza se dá na Região Nordeste do país, onde 43,5% da população se enquadram nessa situação e, a menor, no Sul: 12,3%.*

*A situação é ainda mais grave se levadas em conta as estatísticas do IBGE envolvendo crianças de 0 a 14 anos de idade. No país, 42% das crianças nesta faixa etária se enquadram nestas condições e sobrevivem com apenas US\$ 5,5 por dia.*

*A pesquisa de indicadores sociais revela uma realidade: o Brasil é um país profundamente desigual e a desigualdade gritante se dá em todos os níveis.*

*Seja por diferentes regiões do país, por gênero - as mulheres ganham, em geral, bem menos que os homens mesmo exercendo as mesmas funções -, por raça e cor: os trabalhadores pretos ou pardos respondem pelo maior número de desempregados, têm menor escolaridade, ganham menos, moram mal e começam a trabalhar bem mais cedo exatamente por ter menor nível de escolaridade.*

*Um país onde a renda per capita dos 20% que ganham mais, cerca de R\$ 4,5 mil, chega a ser mais de 18 vezes que o rendimento médio dos que ganham menos e com menores rendimentos por pessoa – cerca de R\$ 243.*

*No Brasil, em 2016, a renda total apropriada pelos 10% com mais rendimentos (R\$ 6,551 mil) era 3,4 vezes maior que o total de renda apropriado pelos 40% (R\$ 401) com menos rendimentos, embora a relação variasse dependendo do estado.*

*Entre as pessoas com os 10% menores rendimentos do país, a parcela da população de pretos ou pardos chega a 78,5%, contra 20,8% de brancos. No outro extremo, dos 10% com maiores rendimentos, pretos ou pardos respondiam por apenas 24,8%.*

*A maior diferença estava no Sudeste, onde os pretos ou pardos representavam 46,4% da população com rendimentos, mas sua participação entre os 10% com mais rendimentos era de 16,4%, uma diferença de 30 pontos percentuais.*

### **Desigualdade acentuada**

*No que diz respeito à distribuição de renda no país, a Síntese dos Indicadores Sociais 2017 comprovou, mais uma vez, que o Brasil continua um país de alta desigualdade de renda, inclusive, quando comparado a outras nações da América Latina, região onde a desigualdade é mais acentuada.*

*Segundo o estudo, em 2017 as taxas de desocupação da população preta ou parda foram superiores às da população branca em todos os níveis de instrução. Na categoria ensino fundamental completo ou médio incompleto, por exemplo, a taxa de desocupação dos trabalhadores pretos ou pardos era de 18,1%, bem superior que o percentual dos brancos: 12,1%.*

*“A distribuição dos rendimentos médios por atividade mostra a heterogeneidade estrutural da economia brasileira. Embora tenha apresentado o segundo maior crescimento em termos reais nos cinco anos disponíveis (10,9%), os serviços domésticos registraram os rendimentos médios mais baixos em toda a série. Já a Administração Pública acusou o maior crescimento (14,1%) e os rendimentos médios mais elevados”, diz o IBGE.*

### **O peso da escolaridade**

*Os dados do estudo indicam que, quanto menos escolaridade, mais cedo o jovem ingressa no mercado de trabalho. A pesquisa revela que 39,6% dos trabalhadores ingressaram no mercado de trabalho com até 14 anos.*

*Para os analistas, “a idade em que o trabalhador começou a trabalhar é um fator que está fortemente relacionado às características de sua inserção no mercado de trabalho, pois influencia tanto na sua trajetória educacional – já que a entrada precoce no mercado pode inibir a sua formação escolar – quanto na obtenção de rendimentos mais elevados”.*

*Ao mesmo tempo em que revela que 39,6% dos trabalhadores ingressaram no mercado com até 14 anos, o levantamento indica também que este percentual cresce para o grupo de trabalhadores que tinha somente até o ensino fundamental incompleto, chegando a atingir 62,1% do total, enquanto que, para os que têm nível superior completo, o percentual despensa para 19,6%.*

*Ainda sobre o trabalho precoce, o IBGE constata que, em 2016, a maior parte dos trabalhadores brasileiros (60,4%) começou a*

*trabalhar com 15 anos ou mais de idade. Entre os trabalhadores com 60 anos ou mais houve elevada concentração entre aqueles que começaram a trabalhar com até 14 anos de idade (59%).*

*A análise por grupos de idade mostra a existência de uma transição em relação à idade que começou a trabalhar, com os trabalhadores mais velhos se inserindo mais cedo no mercado de trabalho, o que pode ser notado porque 17,5% dos trabalhadores com 60 anos ou mais de idade começaram a trabalhar com até nove anos de idade, proporção que foi de 2,9% entre os jovens de 16 a 29 anos.*

*O IBGE destaca que os trabalhadores de cor preta ou parda também se inserem mais cedo no mercado de trabalho, quando comparados com os brancos, “característica que ajuda a explicar sua maior participação em trabalhos informais”.*

*Já entre as mulheres foi maior a participação das que começaram a trabalhar com 15 anos ou mais de idade (67,5%) quando comparadas com a dos homens (55%). Para os técnicos do instituto, esta inserção mais tardia das mulheres no mercado de trabalho pode estar relacionada “tanto ao fato de elas terem maior escolaridade que os homens, quanto à maternidade e os encargos com os cuidados e afazeres domésticos”.*

### **Cresce percentual dos que não trabalham nem estudam**

*O percentual de jovens que não trabalham nem estudam aumentou 3,1 pontos percentuais entre 2014 e 2016, passando de 22,7% para 25,8%. Dados da pesquisa Síntese de Indicadores Sociais 2017 indicam que, no período, cresceu o percentual de jovens que só estudavam, mas diminuiu o de jovens que estudavam e estavam ocupados e também o de jovens que só estavam ocupados.*

*O fenômeno ocorreu em todas as regiões do Brasil. No Norte, o percentual de jovens nessa situação passou de 25,3% para 28,0%. No Nordeste, de 27,7% para 32,2%. No Sudeste, de 20,8% para*

24,0%. No Sul, de 17,0% para 18,7% e no Centro-Oeste, de 19,8% para 22,2%.

*Ele atingiu, sobretudo, os jovens com menor nível de instrução, os pretos ou pardos e as mulheres e com maior incidência entre jovens cujo nível de instrução mais elevado alcançado era o fundamental incompleto ou equivalente, que respondia por 38,3% do total.*

### **Pobreza é maior no Nordeste**

*Quando se avalia os níveis de pobreza no país por estados e capitais, ganham destaque - sob o ponto de vista negativo - as Regiões Norte e Nordeste com os maiores valores sendo observados no Maranhão (52,4% da população), Amazonas (49,2%) e Alagoas (47,4%).*

*Em todos os casos, a pobreza tem maior incidência nos domicílios do interior do país do que nas capitais, o que está alinhado com a realidade global, onde 80% da pobreza se concentram em áreas rurais.*

*Ainda utilizando os parâmetros estabelecidos pelo Banco Mundial, chega-se à constatação de que, no mundo, 50% dos pobres têm até 18 anos, com a pobreza monetária atingindo mais fortemente crianças e jovens - 17,8 milhões de crianças e adolescentes de 0 a 14 anos, ou 42 em cada 100 crianças.*

*Também há alta incidência em homens e mulheres pretas ou pardas, respectivamente, 33,3% e 34,3%, contra cerca de 15% para homens e mulheres brancas. Outro recorte relevante é dos arranjos domiciliares, no qual a pobreza - medida pela linha dos US\$ 5,5 por dia - mostra forte presença entre mulheres sem cônjuge, com filhos até 14 anos (55,6%). O quadro é ainda mais expressivo nesse tipo de arranjo formado por mulheres pretas ou pardas (64%), o que indica, segundo o IBGE, o acúmulo de desvantagens para este grupo que merece atenção das políticas públicas.*

Chama-se a atenção para as seguintes passagens, as quais para fins de enfatizá-las repetimos:

*“A pesquisa de indicadores sociais revela uma realidade: o Brasil é um país profundamente desigual e a desigualdade gritante se dá em todos os níveis.*

(...)

*Seja por diferentes regiões do país, por gênero - as mulheres ganham, em geral, bem menos que os homens mesmo exercendo as mesmas funções -, por raça e cor: os trabalhadores pretos ou pardos respondem pelo maior número de desempregados, têm menor escolaridade, ganham menos, moram mal e começam a trabalhar bem mais cedo exatamente por ter menor nível de escolaridade”.*

(...)

*“Entre as pessoas com os 10% menores rendimentos do país, a parcela da população de pretos ou pardos chega a 78,5%, contra 20,8% de brancos. No outro extremo, dos 10% com maiores rendimentos, pretos ou pardos respondiam por apenas 24,8%.*

(...)

*“Segundo o estudo, em 2017 as taxas de desocupação da população preta ou parda foram superiores às da população branca em todos os níveis de instrução. Na categoria ensino fundamental completo ou médio incompleto, por exemplo, a taxa de desocupação dos trabalhadores pretos ou pardos era de 18,1%, bem superior que o percentual dos brancos: 12,1%.”*

(...)

*“O IBGE destaca que os trabalhadores de cor preta ou parda também se inserem mais cedo no mercado de trabalho, quando*

*comparados com os brancos, “característica que ajuda a explicar sua maior participação em trabalhos informais”.*

(...)

*“Também há alta incidência em homens e mulheres pretas ou pardas, respectivamente, 33,3% e 34,3%, contra cerca de 15% para homens e mulheres brancas. Outro recorte relevante é dos arranjos domiciliares, no qual a pobreza - medida pela linha dos US\$ 5,5 por dia - mostra forte presença entre mulheres sem cônjuge, com filhos até 14 anos (55,6%). O quadro é ainda mais expressivo nesse tipo de arranjo formado por mulheres pretas ou pardas (64%), o que indica, segundo o IBGE, o acúmulo de desvantagens para este grupo que merece atenção das políticas públicas.”*

Com base nessas passagens, de acordo com o IBGE, num país já desigual, a população negra acaba por sofrer com maior intensidade (vide números) a desigualdade social que é elementar na tessitura social do Brasil (mormente nos estudos e acesso a postos de trabalho).

Com base nesses dados é possível concluir que as ações afirmativas que visam incluir indivíduos que se enquadrem nessa população (negros/pardos) são legítimas e contemplam a **“igualdade na forma de oportunidades equitativas com o princípio da diferença”**, produzindo assim **“igualdade democrática”**.

Ora, partindo do pressuposto da herança escravocrata da história brasileira que ainda se traduz em números, como os expostos (fonte IBGE), nada mais justo em termos de igualdade material, que consagrar certos mecanismos de suporte aos indivíduos que compõem essa população (negra e parda). *Lembremos que **Ralws** via o nascimento como uma loteria. De fato, nascermos em certa posição social é mero fruto do acaso. Assim, tão só esse fato não pode ser determinante para o sucesso da vida de um indivíduo em sociedade.*



Se pudéssemos logicamente estruturar, nos termos contratualistas (momento lógico e não real), como será nossa vida social, antes mesmo de sabermos que posições teríamos, com certeza edificariamos mecanismos para que acaso nascêssemos nos grupos sociais desfavorecidos, ainda assim, pudéssemos nos socorrer de mecanismos (políticas públicas) que nos permitissem acessar as riquezas sociais, o bem comum – em bom vernáculo, uma vida boa.

Diga-se que isso não implica eliminar as desigualdades inerentes aos seres humanos. É natural que indivíduos diferentes tenham talentos diferentes, interesses distintos, capacidade mais aguçada para certa área (humanas, biológicas, exatas, artes ...). O sistema de pensamento de Rawls não pretende eliminar essas diferenças inatas. Tanto que para ele o modelo ideal cruza a “igualdade na forma de oportunidades equitativas” com o “princípio da diferença”. Logo, parte da premissa de que diferenças existem, sejam elas individuais ou sociais, mas que a chave da “Igualdade Democrática” está em se garantir “oportunidades equitativas” abertas às diferenças, sejam elas sociais ou individuais. Estas oportunidades devem ser lidas não como a estrita igualdade e todos perante tudo. Deve ser, antes, lida como a oportunidade disponibilizada a indivíduos de certos grupos não incluídos devidamente no processo civilizatório de uma sociedade a valer-se de mecanismos de inclusão prévia e objetivamente instituídos para que alcancem os bens sociais de acordo com suas capacidades e interesses. Há aqui grande espaço ao livre arbítrio individual e conseqüentemente a responsabilidade do ser sobre as decisões que toma em vida.

Isso é bem ilustrado na figura das cotas dos concursos públicos. Nem todos os negros e pardos pretendem ingressar na carreira pública. Nem todos os negros e pardos serão aprovados. Mas na medida de suas capacidades, considerados os aspectos de exclusão social das camadas sociais a que pertencem, alguns deles alcançarão as mesmas riquezas sociais cujos membros de

outros grupos sociais incluídos têm acesso, cargos e empregos públicos, de acordo com o interesse de nestes se investir.

Não quer dizer que todos os negros serão incluídos ou que todos os brancos dividem as *riquezas sociais* (no caso objeto deste estudo: os cargos públicos ou o acesso ao ensino superior, e que se diga: estão intimamente relacionados). Mesmo com as cotas, ainda assim haverá negros sem o acesso a essas riquezas, seja por opção, seja por capacidade. Entretanto, a questão é que a proporção entre negros e brancos seja em algum momento a mesma ou equivalente. Exemplificando: se há mais ou menos 50% de brancos que não têm acesso aos níveis mais elevados de ensino ou que não têm acesso a cargos e empregos públicos, natural que haja mais ou menos 50% de negros também (números hipoteticamente lançados, mas levando em consideração que praticamente metade da população se declara preta ou parda de acordo com o IBGE). Isso, pois não há diferença de capacidade oriunda da cor da pele; assim nada justifica que a população negra no Brasil seja a que menos têm acesso a estudo e trabalho, ambos nos graus mais elevados, nos termos da pesquisa do IBGE.

Por isso é correto dizer que as leis de cotas raciais (Lei nº 12.711/2012 e a Lei nº 12.990/2014) estão em sintonia fina com a Teoria da Justiça de Rawls, pois não pretendem conferir tratamento privilegiado a grupos sociais, pelo contrário, conferem sim igualdade equitativa de oportunidades aos grupos sociais excluídos da integração civilizatória de nosso processo histórico-social, os negros e pardos, e isso são os números do IBGE que o dizem.

Entretanto há uma ressalva a ser feita quanto à aplicação dessas leis. Como toda regra jurídica, elas devem ser aplicada a fim de atingir o seu escopo. Se elas forem aplicada a certo indivíduo e isso não prestigiar a isonomia, pelo contrário, feri-la, não deverá então incidir no caso concreto.

As referidas leis, com base no princípio da igualdade material (artigo 5º, caput, da Constituição da República), criam regras, que

funcionam como mecanismos aos negros e aos pardos para que melhor se incluam na sociedade, inclusive em patamares elevados de ensino e profissão.

Como já defendido em artigo publicado[16]:

*Uma norma com estrutura de regra jurídica se aplicada a um caso concreto já reflete a solução de uma ponderação de princípios antecipada pelo Poder Competente (Poder Constituinte ou Poderes Constituídos), sendo que para a sua interpretação e concretização, afiguram-se importantes os postulados, tais quais o da supremacia da Constituição e o da interpretação conforme a Constituição. Eis um simples exemplo que denota como aplicar um dos elementos do sistema jurídico envolve a aplicação de todos, cada qual em sua medida, ressaltando-se a importância de todos.*

*Contudo, como não há espécie de normas absolutas, até mesmo as regras são passíveis de não ser aplicadas, ainda quando ocorra o fato descrito em sua hipótese de incidência.*

*Se se escrevesse o oposto, estar-se-ia a justificar a obediência cega às regras, o que significaria para a Ciência do Direito um olhar para trás, um retrocesso.*

*Interpretar as regras, aplicando-as aos casos concretos, requer a justificação de que os fatos descritos hipoteticamente no enunciado normativo ocorreram no mundo e, por isso, deve incidir a solução já previamente estabelecida no sistema.*

*Por isso se disse neste trabalho que a interpretação das regras cinge-se visualizar e justificar a hipótese de incidência ao caso concreto, possuindo ônus argumentativo menor que a ponderação de princípios – que deve ocorrer quando não há regras específicas. Eis a técnica da subsunção de há muito conhecida pelo estudioso do Direito.*

*Se as regras já são os princípios ponderados, equiparando-se à fórmula para a solução de um problema, significa que o Poder Competente (Constituinte ou Legislador) optou por dar prevaência a um determinado princípio em face de outro. Por isso é correto falar que nas regras já há ponderação (lei do sopesamento – Robert Alexy).*

*Dessa premissa se extraem outras três:*

*1 – Para se aplicar uma regra, sua concretização há de fortalecer os fins a que se destina, concretizando o(s) princípio(s) que lhe embasa;*

*2 – Quando o resultado da aplicação da regra for o de enfraquecer o(s) princípio(s) que lhe embasa, surtindo efeito oposto que aquele desejado em abstrato pelo Poder Competente (Constituinte ou Reformador), ela há de ser afastada no caso concreto, sem que com isso lhe seja declarada a sua invalidade;*

*3 – Sendo uma regra afastada perante um caso concreto, exsurge uma lacuna em que o intérprete (na maior parte das vezes o Juiz) há de criar uma exceção à regra, não prevista no sistema, por meio de ponderações de princípios que se revelem de acordo com os fatos do caso concreto.[\[105\]](#)*

*Logo, é possível que se fale em ponderação das regras, que consiste em ponderar o seu elemento axiológico embasador (carga axiológica decorrente do princípio constitucional preponderante) e a finalidade a que se visa promover com os meios consagrados pelas hipóteses descritas no texto.*

*Dessa premissa é possível concluir:*

*Se uma regra aplicada a certo caso não concretizar o princípio constitucional que lhe embasa e lhe sustenta (elemento axiológico), há de ser afastado o seu comando normativo (elemento deôntico), criando-se, pois novo comando normativo que figure exceção àquela regra, sem com isso invalidá-la, sendo que a criação dessa*

*nova norma (uma regra prevendo a exceção de outra regra) operar-se-á por sopesamento de princípios.*

*Robert Alexy já escreveu a seguinte ideia, pensando em princípios jurídicos de direito fundamental, contudo, com as devidas adaptações, é plenamente possível sua utilização no contexto em que se escreve. Ei-la:*

*“Por meio dos sopesamentos da jurisprudência e de propostas de sopesamento aceitas pela Ciência do Direito, surge, com o passar do tempo, uma rede de regras concretas atribuídas às diferentes disposições de direitos fundamentais, as quais representam uma importante base e um objeto central da dogmática.”<sup>[17]</sup>*

*(...)*

*Contudo, há de se asseverar que superar a aplicação de uma regra é um caso excepcional que demanda carga argumentativa muito maior do que a da ponderação de princípios (quando da produção de regras legislativas ou quando um juiz julga um caso sem regra expressa, ou pondera direitos fundamentais em conflito).*

*Isso, pois as regras já apresentam solução previsível de um conflito de princípios já ponderado. Logo, demonstrar que os fatos previstos subsumem-se à hipótese de incidência da regra e, ao mesmo tempo, demonstrar que, ainda assim, não se concretiza a finalidade almejada previamente, pelo Poder Competente (Constituinte ou Constituídos), caso seja aplicada a referida regra, requer a demonstração de que o caso é extraordinário e que por isso requer tratamento extraordinário. Somente circunstâncias excepcionais justificam a superação de uma regra sem a declaração de invalidade.*

*Cria-se assim, uma regra excepcional que tem a pretensão de regulamentar os casos futuros que contenham os elementos fáticos que animaram a sua produção.*

*Por isso que se falou da importância da argumentação jurídica na ponderação de princípios (agora na ponderação de regras) e a necessidade de uma fundamentação objetiva da interpretação da norma. Disso decorre a possibilidade de universalização do comando criado pelo intérprete, para casos futuros que contenham a mesma configuração fática dantes não prevista pelo Poder Competente.*

*Assim, ponderar a aplicação de uma regra, em casos excepcionais, de acordo com a concretização teleológica de seu princípio embasador, acaba por criar nova regra (exceção), que com o passar do tempo e de aplicação análoga a outros casos semelhantes acaba por consagrá-la dentro do sistema, seja por meio de súmulas ou precedentes de observância obrigatória, seja por meio de legislação.*

*Tal fato reforça a importância das regras no sistema jurídico, pois lhes denota a carga axiológica que possuem, enfatiza que sua aplicação não decorre de mera aplicação automática de um comando normativo, valorizando em plano indireto a importância dos princípios e sua respectiva função no ordenamento.*

*Façamos um exercício.*

*A Lei nº 12.990/2014 prevê a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.*

*A regra principal que consagra esse direito está no artigo 1º da Lei, abaixo transcrito:*

*Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das*

*empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.*

*§ 1o A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).*

*§ 2o Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).*

*§ 3o A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.*

*Sem adentrar no mérito dessa ação afirmativa, cuja constitucionalidade já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal (ADC 41/DF, Rel. Ministro Roberto Barroso), pensemos na seguinte situação: Fulana de Tal, negra, nos termos do artigo 2º da citada lei, se inscreve para o concurso de Juíza Federal de alguma das regiões; vindo a lograr aprovação, seja pelo seu esforço, seja pela política pública que lhe ampara; entretanto, um ano após o exercício desse importante cargo, vê que sua vocação é o Ministério Público, fato que lhe impele a prestar o concurso de Procurador da República, cujo edital está prestes a sair. Antes de imaginarmos se a Fulana de Tal passou nesse outro difícilíssimo certame, perguntemo-nos: após um ano atuando como Juíza Federal, merece essa pessoa ser destinatária de política afirmativa que visa à inclusão de indivíduos pertencentes a grupos étnico/raciais historicamente excluídos ou desprivilegiados no Brasil? Pode ela ainda ser considerada excluída? Contemplá-la não seria tirar a oportunidade de outra pessoa de fato ainda não incluída nos postos da burocracia brasileira?*

*Com base no defendido nesse artigo aplicar a referida regra à Fulana de Tal seria uma distorção do sistema, dado que o caso reclama uma superação da regra, tendo em vista que o elemento deontológico por esta perseguido não é atingido, ademais, o elemento axiológico que lhe embasa é ferido, vez que não prestigia a isonomia.*

*Frise-se não se está aqui a discutir a política das cotas em concursos públicos. Pelo contrário, está-se a perquirir a sua aplicação, considerando sua validade, entretanto, vislumbrando possível caso de dissonância na aplicação da regra criada, seja por não cumprir a isonomia que embasou o seu exsurgir, seja por não atingir a finalidade ínsita, qual seja, incluir indivíduo pertencente a minoria, cujo processo civilizatório brasileiro não foi justo. Parte-se, pois, da validade da norma em abstrato, com análise de sua aplicação em caso concreto, que a torna inválida, mas apenas para aquele caso.*

*Assim, voltando ao exemplo anteriormente criado, a Dr<sup>a</sup>. Fulana de Tal terá de concorrer às vagas de Procuradora da República na ampla concorrência apenas, afastando-se a incidência da referida lei, inclusive o seu artigo 3º, isso, pois não há se falar em buscar incluir alguém que já está incluído, nem criar duas chances a um indivíduo que não precisa mais de políticas afirmativas. Um candidato pertencente a grupos raciais/étnicos não minoritários não tem esse privilégio, ainda que não pertença a uma elite econômica ou política, mas por ser socialmente incluído nos moldes criados pela r. lei, não se beneficia de duas oportunidades, quais sejam, concorrer na lista ampla ou na especial, que via de regra possuem notas de corte diferentes, sendo a primeira maior que a segunda lista, fato que justifica a política afirmativa. Se fosse o oposto, não haveria por que criar a referida ação afirmativa.*

*Portanto, há casos no plano infraconstitucional, em que certas regras jurídicas, constitucionais em tese, podem num caso concreto se configurarem inconstitucionais, pois não concretizam os princípios que lhes são fundadores.*



Vê-se que as regras de direito não são absolutas. Assim, há casos em que a peculiaridade do caso, por se afastar dos pressupostos axiológicos que embasaram a norma, deve afastar a incidência da regra, ponderando-se se o escopo desta se alinha com o seu elemento axiológico, se a resposta for negativa, a regra deve ser derrotada no caso concreto. É o exemplo da Dra. Fulana de Tal.

Ora se ela em concurso anterior, valendo-se *legitimamente* das cotas, conquistou a almejada posição de Juíza Federal, incluindo-se em patamares elevados da burocracia estatal, se tornando membro de Poder (o Judiciário) – logo, não mais sofrendo com as mazelas que afligem o povo negro/pardo no Brasil (de acordo com o IBGE), no que tange à exclusão social<sup>[18]</sup> – nada justifica que caso ela se sinta vocacionada a ingressar no Ministério Público Federal, ela o faça por meio da política de cotas. Isso, pois não há mais em se falar em concretizar a igualdade material para a Dra. Fulana de Tal; ela já está inserida na alta classe da sociedade, não fazendo jus mais a mecanismos de inclusão, justamente por já estar incluída.

Ademais, certamente a referida doutora poderá diminuir as chances de pessoas que legitimamente se utilizem da política de cotas, vez que pode usufruir da nota dos cotistas para lograr aprovação, ocupando uma vaga das reservadas a negros e pardos, nos termos do artigo 3º da r. lei, conforme o exemplo.

Uma vez que já está inserida na divisão das riquezas sociais, não há mais motivos a conferir tratamento diferenciado.

É célebre a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>[19]</sup>:

*“O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele.*”

*(...) Com efeito, há espontâneo e até inconsciente reconhecimento da juridicidade de uma norma diferenciadora quando é perceptível a congruência entre a distinção de regimes estabelecida e a desigualdade de situações correspondentes.*

*De revés, ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado.*

*(...)*

*Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.”*

Assim, uma vez cessado o elemento que justifica o tratamento diferenciado (exclusão social de determinado grupo e seus indivíduos), não há se falar em isonomia ao aplicar a regra existente (política afirmativa), que se justifica justamente para desigualar situações desiguais (acesso aos cargos públicos).

O exemplo da Dra. Fulana de Tal envolveu o Judiciário e o Ministério Público, mas bem pode ser aplicado a qualquer cargo/emprego da elite do funcionalismo (Advogados da União, Procuradores da Fazenda, Defensores Públicos, Auditores Fiscais, Delegados da Polícia Federal, Diplomatas, entre outros).

A par do exemplo ora citado, fato é que as políticas de cotas raciais a exemplo das Leis nº 12.711/2012 e nº 12.990/2014 foram declaradas pelo Supremo Tribunal Federal como constitucionais; ademais, são consentâneas com o princípio da Igualdade Democrática desenvolvido por John Rawls em uma Teoria da Justiça, pois visam criar mecanismos que prestigiam a igualdade material (igualdade mediante oportunidades equitativas), prestigiando o princípio da diferença (critério de *discrimen* –

condição social do povo negro no Brasil). O que se visou com o exemplo, foi apenas demonstrar que não há regra absoluta. Cada caso concreto deve ser criteriosamente analisado a fim de permitir que as políticas de cotas atinjam efetivamente o seu desiderato, qual seja, incluir os excluídos.

Por fim, pode ainda restar alguma indagação acerca do quão bom para a sociedade é ter a política de cotas. Seria o ponto em que John Rawls defende que uma sociedade bem estruturada e que promova a justiça permite que quando certos grupos sociais enriqueçam, toda a sociedade eleve suas expectativas ou a riqueza acabe por ser usufruída, de alguma maneira, por todos.

Pode-se defender que uma sociedade em que a exclusão social anda ao lado de questões raciais não é bom para nenhum de seus integrantes (brancos e negros). Isso acaba por criar estigma, preconceito, retrocesso social, fatores esses que promovem condições para o desenvolvimento do racismo, por exemplo.

No Mapa do Encarceramento – Os Jovens no Brasil, conforme o Ministério dos Direitos Humanos, em 2012, 60,8% da população carcerária brasileira era negra.<sup>[20]</sup> Tais números só aumentam a estigma negativa, um dos elementos de discriminação da população de negros e pardos, o que acaba por gerar um ciclo vicioso de exclusão. Com certeza, viver numa sociedade com esses valores e dados não enriquece qualquer patamar social, sejam os ricos, os pobres, os brancos, muitos menos os próprios envolvidos.

Destarte, é acertado dizer que cada novo negro que se torne Juiz, Médico, Alto Burocrata, Professor Universitário, etc, cada um deles promove uma elevação nas condições sociais daqueles que não alçaram esses níveis, simplesmente pelo fato de a sociedade se habituar a ver que os altos postos de estudo e de trabalho são locais que não têm cor de pele e nem deveriam ter.

Eventualmente, com o passar do tempo e com a cristalização dessas ações afirmativas chegue o momento em que não nos

causará estranheza ver dados do CNJ em que os juízes que se autodeclararam negros ou pardos atinjam proporções similares às suas representações na sociedade. Talvez aí, poderemos dizer que as políticas afirmativas cumpriram sua missão não havendo mais por que promovê-las. Até lá um longo caminho, ao que parece, deverá ser trilhado, para isso nada melhor do que estar em boa companhia, a exemplo das ideias de John Rawls.

## **CONCLUSÕES**

John Rawls elaborou em sua obra “Uma teoria da Justiça” conceitos e ideias que muito podem auxiliar no desenvolvimento do pensamento brasileiro.

Sem deixar de lado a inata desigualdade dos indivíduos, ainda assim, buscou raciocinar como uma sociedade bem estruturada é capaz de distribuir suas riquezas de modo equitativo. Para isso, criou o conceito de “igualdade democrática”, calcada na “igualdade na forma de oportunidades equitativas” e no “princípio da diferença”. O princípio da igualdade formal perante a lei aliado ao princípio da eficiência (princípios estes muito ligados à tradição liberal do pensamento) não solucionam muitos problemas que nós brasileiros experimentamos, dentre eles o fato de a desigualdade social estar intimamente ligada a questões raciais.

De acordo com a Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Logo, quando o IBGE ou outros órgãos do governo divulgam dados em que expressam que a população negra no Brasil é maioria dentre os mais pobres, é maioria dentre os menos estudados e é maioria dentre a população carcerária, vê-se que é necessário ajustar as *oportunidades* ofertadas aos seus integrantes, como medida inerente e vital a consagrar os objetivos fundamentais da república, mormente o artigo 3º, I e IV, todos eles muito alinhados com as ideias de Rawls expressos nos conceitos de “igualdade na forma de oportunidades equitativas”, “princípio da diferença” e “igualdade democrática”.

Não se quer dizer com isso que ao final dessas políticas afirmativas, cuja natureza é transitória por essência, a população negra não adentrará aos percentuais da pobreza. O que se diz é que as estatísticas devem refletir que a população negra é tão pobre quanto os brancos, ou num viés mais positivo, *é tão instruída e rica quanto os brancos, na mesma proporção em que compõe a sociedade, nos termos de dados estatísticos oficiais*. O que não pode persistir é a disparidade dos números que revelam que a desigualdade social ligada à questão racial, muito decorrente das condições díspares oriundas da *loteria do nascimento*, pois as chances de uma criança negra nascer e não ser bem sucedida são maiores que uma as de uma criança branca, de acordo com os dados do IBGE. *A cor da pele não deveria ter qualquer influência no sucesso da vida de um indivíduo*.

Sabe-se que há setores da sociedade que ainda são avessos a essas ações afirmativas, tanto que as políticas afirmativas foram debatidas no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, assumindo a posição do véu da ignorância na posição original (Rawls), se não soubéssemos qual nossa posição na sociedade, mas se pudéssemos estruturá-la com leis ideais, com certeza criaríamos mecanismos de desenvolvimento acessível a todo indivíduo,

pressupondo que temos o risco de eventualmente passar a viver em grupos desprivilegiados. Assim, a indagação que há de ser feita é se somos favoráveis ou contrários a certas medidas de auxílio (políticas afirmativas) simplesmente por sermos os beneficiários delas ou não. É muito fácil concordar com aquilo que nos é direcionado e que elimina alguma desvantagem que eventualmente possuamos ou nos dê alguma vantagem. *A questão toda é argumentar e debater o porquê alimentamos posições desfavoráveis a políticas afirmativas que não nos contemplam. Ademais, outra questão é debater até onde é justo utilizar algo que em tese pode me favorecer.*

Segundo a teoria de Rawls, ainda que indiretamente, todos nós ganhamos com a política de cotas em concursos públicos e de acesso a universidades, pois elas contribuem para avançarmos na superação do racismo estrutural que ainda existe no Brasil. Claro que abusos e fraudes devem ser combatidos. Mas a presença deles não justifica a cessação de política tão importante. O desvio da norma sempre deve ser punido, mas isso pressupõe a manutenção dela no sistema jurídico.

Certamente a concretização da Constituição no ponto em que ela promete promover o ideal de vida boa a todos aumentará o bem estar geral, pois promoverá cada vez mais o bem estar individual, afinal todos querem uma sociedade livre, justa, solidária e acolhedora de todos independentemente do sexo, raça ou religião. As ações afirmativas envolvendo cotas para o acesso a universidades federais e cargos e empregos públicos federais é uma das medidas a se prestigiar nesse constante esforço de edificar a justiça social.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 – ed. alemã. Theorie der Grundrechte. Suhrkamp Verlag. 2006. São Paulo: Malheiros. 2008.*

ARENDR, HANNAH. *Origens do totalitarismo: Hannah Arendt; tradução Roberto Raposo.* – São Paulo : Companhia das Letras, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12. ed. Malheiros. 2011.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. Malheiros. 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição e Direito Constitucional Positivo*. Ed. Del Rey. 14ª edição. 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério* / Ronald Dworkin; tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. – (Justiça e direito)

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

HOBASBAWM, Eric. *A Era dos Extremos: o breve século xx: 1914-1991; tradução Marcos Santarrita ; revisão técnica Maria Célia Paoli*. São Paulo : Companhia das Letras, 1995.

RAWLS, John, 1921-2002. *Uma teoria da justiça* / John Rawls ; nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões ; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. – 3ª Ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2008. – (Coleção justiça e direito),

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª Edição, 21ª Tiragem. Ed. Malheiros. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional / Alexandre de Moraes*. – 23. Ed. – São Paulo : Atlas, 2008.

*Os clássicos da política, 1* / Francisco C. Weffort, organizador. – 14.ed. – São Paulo : Ática, 2006.

*Os clássicos da política, 2* / Francisco C. Weffort, organizador. – 14.ed. – São Paulo : Ática, 2006.

KELSEN, HANS, 1881-1973. *Teoria pura do direito / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]*. – 6ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito / Miguel Reale*. – 27. ed. ajustada ao novo código civil – São Paulo: Saraiva, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito / Lenio Luiz Streck*. 8. ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

NOTAS:

[1] RAWLS, John, 1921-2002. *Uma teoria da justiça / John Rawls ; nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões ; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita*. – 3ª Ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2008. – (Coleção justiça e direito), p. 27.

[2] Ibidem, p. 73.

[3] Ibidem, p. 74.

[4] Ibidem, p. 75.

[5] RAWLS, John, 1921-2002. *Op. Cit.*, p. 78-79.

[6] RAWLS, John, 1921-2002. *Op. Cit.*, p. 81.



[7] *Idem*, p. 81.

[8] RAWLS, John, 1921-2002. *Op. Cit.*, p. 85.

[9] *Idem*, p, 90.

[10] *Ibidem*, p. 91.

[11] *Ibidem*, p. 102.

[12] RAWLS, John, 1921-2002. *Op. Cit.*, p. 15.

[13] <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346140>, consulta aos 19/12/2017, às 15h21.

[14] <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>, consulta aos 19/12/2017, às 15h43.

[15] 15/12/2017.

[16] CARVALHO, Rafael Tawaraya Gualberto de. *Normas jurídicas: princípios, regras e postulados*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 dez. 2017. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590132&seo=1>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

[17] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 – ed. alemã. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp Verlag. 2006. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 175.

[18] Como já dito, o racismo, como elemento do comportamento social, não é objeto desse estudo.

[19] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 20ª Tiragem. Ed. Malheiros. 2011, p, 37-39.

[20] <http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/junho/mapa-do-encarceramento-aponta-maioria-da-populacao-carceraria-e-negra-1>, acesso aos 19/12/2017, às 17h25.

## UMA ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA SOBRE A DECISÃO JURÍDICA E SUA RELEVÂNCIA PARA A CIÊNCIA DO DIREITO

**JULIANA COSTA BARBOZA:** Graduada em Direito pela UFC. Especialista em Direito Processual Civil. Mestranda em Ordem Jurídica Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Advogada e servidora pública federal do Ministério do Trabalho.

**Resumo:** O presente artigo tem por escopo delinear a importância da decisão jurídica para a formação do objeto de estudo da Ciência do Direito, tendo o homem como centro produtor de conflitos e, ao mesmo tempo, disciplinador das próprias regras de convivência social. Após mencionar os três tipos de Ciência do Direito descritos à Luz de Tércio Ferraz Júnior, dentro da perspectiva de que a decidibilidade dos conflitos sociais é inerente ao atual panorama jurídico, enfatiza-se e o modelo empírico, o qual adota o pensamento jurídico como sistema explicativo da conduta humana. Será explanado ainda o contexto histórico e filosófico em que se deu o desenvolvimento da Ciência do Direito, passando pela evolução das fases positivista e da argumentação jurídica, destacando o papel do julgador na formação do raciocínio jurídico. Por fim, o foco será dado na interação dialética do sistema jurídico para mostrar que a formação da cultura jurídica moderna resulta da força dogmática do direito e da prática jurídica, de modo que a jurisdição seja exercida para orientação, seja para pacificação social.

**Palavras-chave:** Ciência do Direito. Decisão jurídica. Conflito social. Sistema jurídico. Argumentação jurídica.

**Abstract:** The purpose of this article is to outline the importance of the legal decision for the formation of the object of study of the Science of Law, with man as the center of conflict and at the same time disciplining the rules of social coexistence. After mentioning the three types of Law Science described in the light de Tércio Ferraz Júnior, within the perspective that the decidability of social conflicts is inherent to the current juridical panorama, emphasizes the empirical model, which adopts legal thinking as an explanatory system of human conduct. It will also explain the historical and philosophical context in which the development of Law

Science was developed, through the evolution of the positivist phases and legal argumentation, highlighting the role of the judge in the formation of legal reasoning. Finally, the focus will be on the dialectical interaction of the legal system to show that the formation of modern legal culture results from the dogmatic force of law and legal practice, so that jurisdiction is exercised for guidance, whether for social pacification.

**Keywords:** Science of Law. Legal decision. Social conflict. Juridical system. Legal Argumentation.

**Sumário:** Introdução. 1. A ciência do direito e sua amplitude teórica. 1.1 A importância da decisão jurídica na composição do Direito. 1.2 Da normatização à argumentação jurídica. 2. O normativismo como fundamento da autonomia do Direito. 2.1. O poder de argumentação do julgador. 3. A interação dialética do sistema jurídico. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

A Ciência do Direito será analisada no presente trabalho em sua vertente teórica e prática, fazendo-se um delineamento sobre seu objeto de estudo, que não se limita à norma em si mesma, como prevalecia no positivismo jurídico, mas sim incluindo a decisão jurídica proferida pelos julgadores do direito, sejam judiciais, administrativos ou legislativos.

Indo mais além, demonstrar-se-á que o ser humano, como produtor dos conflitos sociais e criador de suas próprias regras e disciplinamento da sua convivência uns com os outros, compõe o próprio objeto central de estudo do Direito enquanto ciência, diante de sua condição de articulador do pensamento jurídico, delineando ele mesmo suas decisões.

Após a abordagem inicial voltada aos estudos teóricos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a explanação no panorama histórico-filosófico, no qual se desenvolveu a Ciência do Direito, sendo mais

legalista no período positivista, evoluindo, um tempo depois, rumo à argumentação jurídica e dando ao julgador um papel fundamental na formação do raciocínio jurídico.

No seu desfecho, é feita uma interação dialética entre o normativismo e a argumentação jurídica, para demonstrar, como resultado da produção humana, o sistema jurídico, que tem na sua estrutura não somente normas positivadas, mas, sobretudo, a práxis vivida no Direito, servindo ambos como fundamento de validade dentro do ordenamento, como também de efetividade social.

## **1. A CIÊNCIA DO DIREITO E SUA AMPLITUDE TEÓRICA**

O Direito, enquanto ciência humana que é, e possuindo o homem como propulsor da positivação jurídica, desencadeou a tematização do ser humano como objeto da ciência jurídica. Principalmente se for considerada a modernidade, bem como as críticas pós-modernas à Teoria Pura de Kelsen, nem a positivação nem o conjunto das normas positivas revelam-se como objeto central da Ciência do Direito. Mas o homem, como um ser representante do fenômeno da positivação, representa bem o sentido das normas ou as proposições prescritivas que ele próprio estabelece. O entendimento de Ferraz Júnior corrobora tal raciocínio, conforme se vê a seguir:

O que queremos dizer é que o fenômeno da positivação estabelece o campo em que se move a Ciência do Direito moderna. Note-se que isto não precisa ser entendido em termos positivistas, no sentido de que só o direito positivo seja o seu objeto, mas simplesmente que a positivação envolve o ser humano de tal modo que toda e qualquer reflexão sobre o Direito tem de tomar posição perante ela. Ela não faz do direito positivo o objeto único da

ciência jurídica, mas condiciona a determinação do seu método e objeto (2009, p. 42).

O fenômeno da positivação trouxe para o Direito dos dias atuais a força jurídica da decisão, que só por nova decisão pode ser revogada. Diferente, pois, do legalismo encarnado no século anterior, que entendia restritivamente o direito reduzido à lei, enquanto norma posta pelo legislador. Atualmente, o alcance da positivação vai muito além, adequando o direito à realidade devido à rápida mutação pela qual frequentemente passa.

Ademais, relaciona-se a decisão à positivação num sentido amplo do termo, para ultrapassar os limites da decisão legislativa e abranger a decisão judiciária, na medida em que esta pode assumir um papel positivante ao decidir sobre um determinado comportamento humano dentro da sociedade. Nesse sentido, o direito positivo deixou de ser mera criação da decisão legislativa, surgindo da imputação da validade do direito a certas decisões, sejam elas legislativas, judiciárias ou administrativas.

Destaca-se, por conseguinte, que a Ciência do Direito se liberta do apego ao que materialmente sempre foi tido como único direito, descrevendo o que pode ser direito numa relação causal, e passa a se ocupar com a oportunidade de certas decisões, considerando o que deve ser direito no contexto da relação de imputação. A questão central, portanto, é a decidibilidade, tendo os enunciados da ciência jurídica sua validade dependente da sua relevância prática, embora deles não seja possível deduzir as regras de decisão, mas sendo possível utilizá-los como instrumentos mais ou menos utilizáveis para obtenção de uma decisão (Ferraz Júnior, 2009).

Revela-se, contudo, como principal característica do direito positivado a sua libertação de paradigmas imutáveis ou longamente duradouros até então, cujas premissas reputam-se materialmente invariáveis, para se institucionalizar a mudança e adaptação por meio de procedimentos altamente móveis e complexos. Em

contrapartida, mesmo estando mais adaptável à realidade, o direito positivado ao ser mudado com base no critério da decidibilidade gera uma certa insegurança a respeito da verdade e princípios já reconhecidos, que passam a ser relegados ao segundo plano.

Dentro da perspectiva de decidibilidade dos conflitos sociais que envolve o atual panorama jurídico, é coerente e lógico afirmar que a Ciência do Direito possui o próprio ser humano como seu objeto central de estudo, tendo em vista todos os reflexos decorrentes de seu comportamento. A depender de como é observada a concepção do ser humano na condição de articulador do pensamento jurídico, a Ciência do Direito pode ser articulada em diferentes modelos.

São três os modelos da Ciência do Direito adotados por Ferraz Júnior (2009, p. 47-49), sendo o primeiro o modelo analítico, através do qual a decidibilidade é uma relação hipotética entre conflito e decisões, pressupondo o ser humano como um ser dotado de necessidades reveladoras de interesses ora compatíveis, ora incompatíveis com as interações sociais. Neste primeiro modelo, de cunho relativamente formalista, denota-se a Ciência do Direito como uma sistematização de regras para obtenção de decisões possíveis.

Prosseguindo, o outro modelo, o segundo no caso, é denominado de modelo hermenêutico, pois enxerga a decidibilidade sob o ângulo da sua relevância significativa, tendo nos variados tipos de atitude humana o pressuposto de significação que lhe confere sentido e unidade. Desse modo, a Ciência do Direito adota uma atividade interpretativa, que resulta na constituição de um sistema compreensivo do comportamento humano.

Por fim, o terceiro modelo, que adota a decidibilidade como busca das condições de possibilidades de uma decisão hipotética para um conflito hipotético, é chamado de empírico. Procura-se determinar as condições da relação entre hipótese de decisão e

hipótese de conflito, não se limitando na mera adequação formal entre conflito e decisão. A Ciência do Direito, então, assume seu papel de investigação das normas de convivência, cuja norma é um procedimento decisório e o ser humano é um ser dotado de funções, adaptável às exigências do ambiente em que vive. Dá-se aqui o surgimento do pensamento jurídico como um sistema explicativo da conduta humana no contexto de controle normativo.

### **1.1 A importância da decisão jurídica na composição do Direito**

Para fins fundamentação da presente abordagem, ao modelo empírico, dentre os três que foram explanados, será dada a maior ênfase, por ser compreendido não como descrição do direito à realidade social, mas como investigação dos instrumentos jurídicos utilizados para fundamentação e exercício do controle comportamental humano. Partindo-se da premissa que o direito é um sistema de controle, é necessário entender os mecanismos existentes para exercer este controle, sentido em que a ciência jurídica se revela como teoria para obtenção da decisão.

Antigamente, o termo decisão estava ligado aos processos deliberativos, resultando num ato final com a escolha de uma possibilidade e rejeição das outras. Atualmente, por sua vez, prevalece um conceito mais amplo de decisão, como sendo o ápice de um processo de aprendizagem que resulta num ato de resposta, através da qual é pretendida uma satisfação imediata para o conflito, acomodando ou superando as propostas incompatíveis. Dentro desta perspectiva, Ferraz Júnior escreve que:

Decidir, assim, é um ato de uma série que visa transformar incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, que, num momento seguinte, podem gerar novas situações até mais complexas que as anteriores. Na verdade, o conceito moderno de decisão liberta-a do tradicional conceito de harmonia e consenso, como se em toda decisão estivesse em jogo a

possibilidade mesma de safar-se de vez de uma relação de conflito. Ao contrário, se o conflito é condição de possibilidade da decisão, à medida que a exige, a partir dela ele não é eliminado, mas apenas transformado (2009, p. 90).

A partir disso, a concepção de decisão jurídica é extraída de sua correlação com um conflito jurídico, que pressupõe uma situação comunicativa estruturada com certas regras. Diante da relação que há entre a estrutura de uma situação e o modo do conflito, se ocorrer uma maior complexidade no caso concreto, haverá uma diferenciação crescente daquele que tem o poder de decidir. E, dentro de suas peculiaridades, a decisão jurídica revela-se capaz de terminar os conflitos e não apenas solucioná-los. Entretanto, as decisões jurídicas não eliminam os conflitos, ela impede a continuação de um conflito, visto que não o termina através de uma solução, mas sim o soluciona de modo que ele não poderá mais ser levado a diante nem mesmo ser retomado, sentido em que se pode dizer que ao conflito é posto um fim.

Permanecendo na lógica teórica da decisão de Ferraz Júnior (2009), resta ressaltar que a ciência jurídica vista como uma teoria da decisão capta o problema da decidibilidade dos conflitos sociais como sendo um controle permanente do Direito nas relações humanas, observada como um sistema de conflitos intermitentes. Sempre em busca de uma decisão justa, o detentor do poder decisional procura instrumentos que adaptem sua ação à natureza dos conflitos, desde a vinculação à lei e ao direito, como na utilização dos conceitos indeterminados, como também realiza o preenchimento das lacunas, ampliando o âmbito da decisão jurídica.

Nesta concepção, a teoria da decisão é ampliada na mesma medida em que se amplia o sistema de controle jurídico do comportamento humano, não apenas cuidando da organização jurídica do exercício do poder, mas também dos mecanismos



políticos que lhe darão suporte e autoridade para se impor socialmente perante os demais conflitos.

Logo, a Ciência do Direito tem como norte inicial os conflitos sociais referidos às normas, desenvolvendo uma análise especial sobre a exegese das normas como caminho para obter dos enunciados normativos a solução dos conflitos possíveis. Denota-se, por isso, a finalidade da Ciência Jurídica como sendo de propiciar orientação para o modo como devem ocorrer os comportamentos procedimentais que se destinem a uma definição do caso conflitante.

## **2. DA NORMATIZAÇÃO À ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

Dentro do panorama histórico ao qual pertence a filosofia do direito, dois movimentos merecem destaque, pois suas concepções se tornaram indispensáveis e obrigatórias para a melhor compreensão lógico-sistemático da Ciência do Direito. Um deles é o positivismo jurídico, que foi reflexo do positivismo científico do século XIX e cujo pensamento foi antagônico a qualquer teoria naturalista, metafísica, sociológica, histórica, religioso e antropológica.

A contribuição do positivismo jurídico foi notória por fornecer uma dimensão integrada e científica do Direito, apesar de possuir uma metodologia que apenas identifica o que pode ser conhecido através da prova racionalmente elaborada. Teve em Hans Kelsen o seu maior expoente por ter esboçado uma Ciência do Direito desvinculada de qualquer influência que lhe fosse externa, bem como utilizou o isolamento do método jurídico como forma de garantir a autonomia do Direito como ciência. Segundo Kelsen, a caracterização do Direito correspondia apenas a uma descrição pura do Direito, distinguindo-o da realidade, análise que ficou conhecida como a Teoria Pura do Direito.

Em contraposição ferrenha ao positivismo jurídico, inúmeras manifestações filosóficas surgiram no século XX a fim de

emancipar o raciocínio jurídico e a lógica do pensamento jurídico dos arraigados traços reducionistas e positivistas. Um dos seus representantes foi Chaim Perelman, que empreendeu uma pesquisa acerca das diversas origens de pensamento das ciências humanas e da ciência jurídica propriamente dita, focalizando sua preocupação maior na formação do raciocínio jurídico.

## **2.1 O normativismo como fundamento da autonomia do Direito**

A Teoria do Direito de Hans Kelsen (1998), se propôs a realizar uma análise estrutural do seu objeto, sistematizando de modo estrutural o que é compreendido como propriamente jurídico, expulsando a justiça, a sociologia, as origens históricas e as ordens sociais do seu núcleo central. Isto porque difere totalmente o que é jurídico, no sentido de fenômeno jurídico puro, do que não é jurídico, como o cultural, sociológico, antropológico, ético, metafísico e religioso.

Assim, Kelsen lida com duas categorias, a do ser (*Sein*) e a do dever-ser (*Sollen*), como dois pólos que diferenciam a realidade e o Direito. Entende o sistema jurídico como unitário, orgânico, fechado, completo e autossuficiente, não faltando nele nada que seja necessário ao seu aperfeiçoamento, partindo-se do conceito de validade para fundamentar todo o ordenamento jurídico através da norma fundamental (*Grundnorm*).

A norma fundamental desempenha, então, o importante papel de fechamento do sistema normativo escalonado, onde as normas inferiores buscam seu fundamento de validade em normas hierarquicamente superiores, até no cume da pirâmide escalonada de normas jurídicas, onde se encontra a norma fundamental pressuposta logicamente. Tal conjunto de normas forma a ordem jurídica, que é o sistema hierárquico de normas legais (Kelsen, 1998), possuindo seu fundamento de validade na norma fundamental, que é uma ficção do pensamento na busca de

determinar logicamente um começo e um fim, conforme raciocínio corroborado abaixo por Ferraz Júnior:

Este princípio (da unidade) recebe em Kelsen o nome de norma fundamental, noção intuitivamente simples de ser percebida (se as normas do ordenamento compõem séries escalonadas, no escalão mais alto está a primeira da série, de onde todas as demais promanam) mas difícil de ser caracterizada (é questão do seu estatuto teórico: é norma? É um ato de poder? É uma norma historicamente positivada ou uma espécie de princípio lógico que organiza o sistema?) (2001, p. 176)

Contudo, toda essa condução de normas por uma norma fundamental não exclui a possibilidade de o juiz agir aplicando e interpretando para, assim, produzir normas individuais. Nesse passo, o sentido das normas jurídicas alcançado através da interpretação não consiste em um processo de cognição apriorístico e causado por leis morais ou naturais, mas sim parte do sentido de um texto normativo em sua literalidade. Para Kelsen (1976), a interpretação é uma operação mental que segue o processo de aplicação do Direito numa cadeia do nível superior ao inferior.

Saliente-se que a ciência do direito para Kelsen não possui nenhum caráter vinculativo, pois a decisão judicial ou administrativa é que determinará o sentido possível e admissível de uma norma jurídica a ser aplicada no caso concreto. Sua atividade, neste caso, consiste em produzir proposições jurídicas, descrevendo seu objeto, não estando autorizada a decidir conteúdos de direito, pois ela descreve os múltiplos sentidos gerados a partir da interpretação que é extraída da norma jurídica.

Dessa forma, Larenz (1997) diz que a ciência do Direito para Kelsen nada tem a ver com a conduta efetiva do homem, pois se

atém apenas ao que está prescrito juridicamente. Isto porque não se trata de uma ciência de fatos, como ocorre com a sociologia, mas sim de uma ciência de normas, cujo objeto não é o que é ou acontece, pois, seu objeto mesmo é um complexo de normas.

Com efeito, Kelsen defendeu a ideologia da autonomia do Direito a partir do isolamento do jurídico e do não-jurídico, o que faz do Direito, enquanto ciência, significar um estudo lógico-estrutural da norma jurídica ou do sistema jurídico de normas. Dentro desse contexto é que a própria interpretação se torna um ato cognoscitivo (ciência do direito) ou não cognoscitivo (jurisprudência) em busca da definição dos possíveis sentidos da norma jurídica. Segundo seu entendimento a interpretação do juiz é um ato prudencial e se transforma no ato de criação de uma norma individual, sendo que a utilização de qualquer regra de preenchimento só será admitida se autorizado por normas jurídicas.

## **2.2 O poder de argumentação do julgador**

Várias foram as manifestações do século XX no combate ao positivismo jurídico e à lógica formal, definindo as bases de uma lógica-jurídica específica, que não se vale apenas de do raciocínio dedutivo, mas também deste, procurando identificar a não-redução do raciocínio jurídico, principalmente judicial, com o raciocínio dedutivo. Para um de seus grandes expoentes, Chaim Perelman, o raciocínio jurídico deve antes verificar que a própria atividade de definição do conteúdo das premissas do raciocínio é uma atividade complexa para o juiz, pois a lógica judiciária não se resume à mera dedução de conclusões extraídas do texto da lei.

Assim, o raciocínio jurídico não pode ser restringido aos recursos linguísticos da lei, pois quanto maior sua vagueza, maior será a interpretação que o jurista terá que fazer para realizar sua aplicação. O juiz, no momento de julgar, não produz a verdade, no sentido de que seu raciocínio não funciona tornando a realidade dos autos numa transparente descrição de acontecimentos passados que geram consequências jurídicas. O raciocínio do juiz é

para decidir, para resolver conflitos, para conferir a determinada questão jurídica o estatuto da questão julgada.

Não se pode enxergar o julgador como um tradutor da verdade, visto que isso o converteria em uma máquina silogística, porque onde residem fatos e normas, residem também instrumentos de muita maleabilidade retórica. O enfoque aqui é dado mais a práxis do direito do que às estruturas formais do pensamento jurídico, aproximando-se, na preocupação filosófica, a teoria da prática, para distanciar o jurista do purismo da lógica formal, que em face das influências de estudos positivistas, restaram desembocando na área jurídica.

O juiz não pode ser visto como a boca da lei, pois na lógica da argumentação se vislumbra a atividade do juiz como um complexo empreendimento de elaboração, condensação, valoração, ponderação, divisão de elementos de diversas naturezas, não sendo somente a norma jurídica o ponto de referência, uma vez que colide com impressões psicológicas, históricas e vivência comunitárias, intuições pessoais, provas não produzidas, critérios esses considerados irrelevantes para outros modelos teóricos.

Para concluir uma decisão, o juiz sofre influências ao entrar em contato com os argumentos e com os documentos existentes nos autos, bem como pelos relatos e diversas fundamentações sobre textos normativos. Enfrenta, então, um conjunto de evidências apresentadas por ambas as partes litigantes do processo. A decisão, desse modo, é resultante de um grande e dificultoso processo de ponderação de inúmeros fatores e elementos, pautado num argumento decisório que afasta outras possíveis formas de argumentação sustentada pelas partes.

Durante a formação da vontade decisória, é de extrema relevância o domínio de técnicas de argumentação e do uso de provas, quer pelo agente julgador, quer pelos operadores do direito que estejam interagindo no caso concreto. Isto porque, as técnicas

de argumentação são instrumentos hábeis para a afirmação do que se pleiteia ou do que se decide, enquanto o estudo das provas é indispensável por essas serem o verdadeiro respaldo de toda decisão.

Destarte, a função do julgador é bem complexa, pois ele possui atribuições de construir e completar o sistema jurídico diante das lacunas e das antinomias jurídicas. Para Perelman (Bittar e Almeida, 2009), é possível falar em sistema jurídico aberto, mas não em sistema jurídico fechado, hermético, distanciado da prática prudencial, do convívio, da argumentação, do razoável de cada situação, possuindo o julgador o poder, inclusive, de superar a lei para fazer justiça.

### **3. A INTERAÇÃO DIALÉTICA DO SISTEMA JURÍDICO**

A questão do sistema jurídico foi suscitada no século XIX como característica muito forte do pensamento positivista, dentro da ideia de um modo rigoroso de conjunto de normas do ordenamento jurídico. Sua força dogmática resultou incorporada na ciência e na prática jurídica de modo definitivo, restando determinante para a formação da cultura jurídica moderna.

Entretanto, para pensar em sistema é necessário interligar os elementos integrantes do universo valorativo do direito. A noção de sistema jurídico deve ser pensada numa relação dialética com a posição tradicional de Hans Kelsen, que era apegado ao sistema de normas, piramidal, escalonado, hierárquico, de único fundamento de validade, dotado de uma norma fundamental, no sentido de sua superação teórica como modelo descritivo do sistema jurídico.

Para tanto Ferraz Júnior (2003) propõe um modelo contrário ao positivista, realizando uma leitura mais realista do sistema jurídico como sistema social e descrito de modo mais elucidativo e consentâneo com a práxis viva do próprio Direito contemporâneo. Na descrição que é feita sobre o sistema jurídico, os fundamentos de validade são vários e estão dispersos pelo ordenamento,

possuindo seu critério de estabelecimento na efetividade e não na validade.

Ademais, o sistema jurídico não funciona como um esquematismo binário, qual seja, conforme a pressuposição da negação lógica entre validade e invalidade na estruturação do sistema, assim como corresponde a um alicerce poroso, móvel, dinâmico, de plasticidade indefinida, não possuindo vértice ou descritivos evocativos somente do critério organizativo hierárquico. É visto e descrito no plano horizontal sob uma projeção caótica com séries normativas conflitantes entre si e com invalidades, anomalias, lacunas e antinomias.

O sistema jurídico, também, é inserido na dimensão decisória, sendo feito e refeito a todo momento em que uma decisão judicial ou uma norma de origem é lançada no sistema. Não possui a ideia hierarquizante de competências autorreferíveis e escalonadamente distribuídas, como regra para determinar sua estruturação e conformação. Possui, ainda, cunho conflitivo por estar em constante confronto com a realidade contextual na qual se encontra, tanto histórica, como política e axiológica.

Por conseguinte, o sistema jurídico é definido *a posteriori*, por meio de seus operadores, com maior importância para o papel do aplicador do direito, que definirá na prática sobre a inconstitucionalidade da norma, sobre a invalidade de um ato, como também sobre a revogação tácita de uma norma do sistema, enfrentando uma difícil tarefa para administrar as contradições existentes. Funciona, por fim, como instrumento para realização da justiça, permitindo, pois, evocar a ideia de uma substância moral definidora do agir comum em sociedade, legitimando a ação da ordem jurídica, sem o qual o sistema seria considerado arbitrário e confundido com o uso da violência, mesmo dotado de validade.

Isto posto, o atual sistema jurídico tem em suas bases primitivas reflexos do ideário teórico positivista, funcionando como importante instrumento ideológico do Estado, na medida em que

sua estabilidade oficial não admite que se mova em múltiplas e incoerentes direções (Ferraz Júnior, 2001). A garantia de uma plasticidade externa de sistematicidade orgânica é um dos elementos inerentes à própria eficácia do sistema figurando também como elemento determinante da contínua invocação do sistema como um todo unitário para solucionar litígios sociais como monopólio da força pelo Estado.

Assim sendo, esse mesmo sistema jurídico que integra e é integrante do Estado, tem na sua formação o exercício das atividades jurídico-estatais, que devem estar em conformidade com expectativas de justiça e princípios mínimos definidos através de critérios de ação do poder, de formação da *ratio iuris*. O que significa o exercício de um poder controlado, amparado em bases legítimas, a fim de implantar a ordem, instigar a consciência, fomentar o aspecto lúdico da distribuição de forças sociais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar no sistema jurídico como um sistema autônomo não implica isolá-lo como um sistema social autopoietico, auto-referencial, distanciado dos outros sistemas sociais como a moral, a religião, a economia, a ciência, a política, dentre outros, pois são todos funcionalmente diferenciados uns dos outros nas sociedades complexas do mundo moderno. Não significa, pois, apoiar o formalismo e o reducionismo positivista relegando ao banal toda e qualquer forma de manifestação produzida pelo órgão julgador.

Isto porque a produção da decisão jurídica evidencia um sistema envolvido com as construções sociais específicas da realidade, solucionando conflitos sociais sob a orientação das normas jurídicas vigentes e válidas dentro desse mesmo ordenamento legítimo. Assim, aceitar o sistema jurídico não só como componente do Estado, mas como seu elemento integrador, é aceitar a decisão jurídica inserida no sistema através da resolução de conflitos sociais.



À vista disso, Machado Segundo (2016) afirma que não é suficiente conhecer o que as normas hipoteticamente prescrevem se não for possível apreender o que ocorre no mundo fenomênico, para atribuir aos fatos nela previstos os efeitos legalmente indicados. Impossível se exercer a jurisdição adequadamente sem conhecer o caso concreto, a fim de determinar corretamente o Direito. Por tais razões, a decisão jurídica realizada pelo julgador é de suma importância não só para a Ciência do Direito como para pacificação social.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 7ª ed. revisada e aumentada. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CHALMERS, A. F. O que é ciência afinal? Tradução de Raul Filker. Brasília: Editora Brasiliense, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do Direito. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, reimpressão 2009.

\_\_\_\_\_. Introdução ao Estudo do Direito. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna. Introdução a uma Teoria Social Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

KELSEN, O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Trad. De Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo. 2ª ed. revista e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. O direito e sua ciência. Uma Introdução à Epistemologia Jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do Direito: conceito, objeto, método. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional. Pressupostos Teóricos e Análises Concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

## RUI BARBOSA E A DEFESA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS ESTADOS NA CONFERÊNCIA DA PAZ DE 1907

**MAYNA CAVALCANTE FELIX:** Advogada.  
Mestranda em Direito Constitucional pela  
Universidade Federal do Ceará.

**RESUMO:** No presente artigo, tem-se por objetivo demonstrar a contribuição do pensamento de Rui Barbosa para a consolidação no direito internacional do princípio da igualdade jurídica entre os Estados, na ocasião da II Conferência da Paz, ocorrida em Haia em 1907. Rui Barbosa atuou intensamente em diversas áreas do conhecimento, portanto, inicialmente, será feita uma breve análise acerca de seu pensamento e será demonstrada sua influência nos diversos campos em que atuou. Após isso, serão apresentados os contextos históricos internacional e brasileiro, no qual a Conferência se inseriu, a fim de que reste explicitado, que o contexto por trás da Conferência era de animosidade, com relação às novas ideias trazidas pelo brasileiro. Por fim, adentra-se na participação efetiva de Rui Barbosa na Conferência da Paz, discutindo-se acerca dos reveses encontrados pelo jurista, na sua atuação, bem como demonstrando-se sua importante contribuição para a formação e fortalecimento desse princípio.

**Palavras-chave:** Rui Barbosa; Conferência da Paz; princípio da igualdade jurídica entre os Estados.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to demonstrate the contribution of Rui Barbosa's thinking to the consolidation in international law of the principle of juridical equality between States at the Second Peace Conference held in The Hague in 1907. Rui Barbosa acted intensely in several fields of knowledge, so initially a brief analysis will be made of his thinking and his influence will be demonstrated in the various areas in which he has acted. After this, the international and Brazilian historical contexts will be presented, in which the Conference was inserted, in order to make it explicit, that the context behind the Conference was one of animosity, in relation to the new ideas brought by the Brazilian. Finally, the effective participation of Rui Barbosa in the Peace Conference will be analysed, discussing the setbacks encountered by the jurist in his work, as

well as demonstrating his important contribution to the formation and strengthening of this principle.

**Keywords:** Rui Barbosa; Hague Peace Conference; sovereign equality of States principle;

**Sumário:** 1. Introdução 2. Circunstâncias Históricas e Políticas 3. A Conferência da Paz de Haia de 1907 3.1 A Corte Permanente de Justiça Arbitral e a Igualdade entre os Estados 2. Conclusão.

---

## Introdução

O pensamento vanguardista de Rui Barbosa explica porque até os dias atuais, quase um século após sua morte, seus discursos ainda são lembrados e citados como precursores de direitos e princípios hoje já consolidados. Nascido em 1849, em Salvador, foi jurista, advogado, jornalista, político, deputado provincial, deputado geral, senador, ministro, quatro vezes candidato à presidência, diplomata, escritor, atuando, portanto, em diferentes áreas do conhecimento.

No plano interno, foi grande apoiador da abolição da escravatura, a qual chamava de verdadeira abominação. Também se dedicou à luta pelo voto direto, pois, segundo ele, a eleição indireta teria por base o pressuposto de que o povo é incapaz de escolher acertadamente os deputados (BARBOSA, 1987, p. 249).

Grande defensor da igualdade não somente entre os Estados, mas também entre os indivíduos tomou forte posicionamento, em favor de candidata à carreira diplomática, que teve sua admissão ao concurso contestada pelas autoridades. Com a ajuda da defesa de Rui, Maria José de Castro tornou-se a primeira mulher diplomata do país, no ano de 1918.

Rui Barbosa também se posicionou contra a injusta condenação do militar francês de origem judaica, Alfred Dreyfus, acusado de traição e espionagem em uma França militarista e antisemita. Foi o primeiro a publicamente defender o capitão, no artigo intitulado “O Processo do

Capitão Dreyfus”, publicado no *Jornal do Commercio*. Neste mesmo artigo, Barbosa já critica a justiça como espetáculo, afirmando que desonram a pátria as contorções de um patriotismo histórico, que antepõe a popularidade à justiça (BARBOSA, 1896, p. 10).

Sua atuação, entretanto, não se resumiu ao plano interno. Além de chefiar a delegação brasileira na Segunda Conferência da Paz, em Haia, sobre a qual nos debruçaremos a seguir, Rui Barbosa atuou como Embaixador Extraordinário e Plenipotenciário do Brasil em Buenos Aires, durante a celebração do primeiro centenário da independência argentina.

Nesta oportunidade, dedicou-se à defesa do direito internacional e de uma identidade própria para a diplomacia brasileira comprometida com o princípio da igualdade entre os Estados e a resolução pacífica dos conflitos. Em discurso realizado na Faculdade de Direito de Buenos Aires por ocasião do recebimento do título de *Professor Honoris Causa* (VICENTINI, 2012, p. 53), o brasileiro fez duras críticas ao que denominou de neutralidade inerte e surda-muda dos países subdesenvolvidos.

Para ele, com a internacionalização crescente dos interesses nacionais, com a penetração mútua entre as nacionalidades, com a interdependência entre as nações, a discussão sobre as questões de guerra não poderia cingir-se ao redor dos Estados com maior poderio militar e econômico.

O jurista defendeu uma orientação pacificadora da justiça internacional, na qual todos os países teriam iguais direitos a voto quanto aos rumos da guerra, visto esta ser uma situação que afeta o mundo como um todo. Vislumbra-se aí mais uma situação em que Rui se posiciona a favor da igualdade entre os Estados, no plano internacional. Vale dizer que, quando desse discurso, em 1916, ainda estava em curso a Primeira Guerra Mundial, que se iniciou sete anos após o término da II Conferência da Paz.

É tarefa difícil definir em qual área ele teria deixado sua maior contribuição, entretanto percebe-se pelo breve apanhado aqui feito de

suas ideias, que estas sempre estiveram envoltas nos conceitos de justiça e igualdade. Foi imbuído dessas ideias que Rui Barbosa se fez presente na Segunda Conferência da Paz, causando desconforto às grandes soberanias da época que não viam a igualdade com bons olhos, especialmente em função do contexto histórico vivido no momento.

## **2 Circunstâncias Históricas e Políticas**

A Segunda Conferência da Paz, em Haia, ocorre oito anos após a primeira, realizada em 1899, na qual foram feitos avanços significativos no sentido da delimitação de regras de direito internacional humanitário. Nesta Primeira Conferência da Paz, à qual compareceram delegados de 26 países, foi aprovada, dentre outros documentos, a Convenção para a Solução Pacífica de Conflitos Internacionais.

Apesar dos importantes passos no campo da solução amistosa de controvérsias e limitação aos meios e métodos de combate, a Primeira Conferência não foi bem sucedida no seu escopo inicial de frear a corrida armamentista. Com relação a isso, a Ata Final cingiu-se a declarar que a Conferência acreditava que a restrição dos gastos militares, os quais representavam um fardo para o mundo, seria extremamente desejável para o bem-estar material e moral da humanidade<sup>[1]</sup>.

O cenário mundial passava então por um período de polarização, formando-se uma divisão cada vez mais clara entre os Estados mais fortes e os mais fracos. Nesse período, batizado por Eric Hobsbawn, como a “era dos impérios” (HOBBSAWN, 2011, p. 583), o imperialismo das grandes potências acabou por gerar conflitos entre estas, surgindo grandes rivalidades, que culminaram posteriormente com a Primeira Guerra Mundial.

O Brasil, apesar de convidado para comparecer à Primeira Conferência, declinou do convite. Em nota assinada pelo representante brasileiro em São Petersburgo, o país informou que passava por um período de instabilidade interna, por isso sua ausência, mas reforçou seu compromisso com a reorganização das forças militares com vistas a um fim pacífico.

No contexto do continente americano, o imperialismo mudava de roupagem, visto que não existiam muitas superpotências para disputar território, como acontecia no caso europeu. Nas Américas, havia apenas uma grande potência mundial, os Estados Unidos, que exerciam grande influência sobre as demais nações daquele continente. O então presidente norte-americano, Theodore Roosevelt, reavivando a Doutrina Monroe, conhecida pela célebre frase “a América para os americanos”, desenvolve o chamado Corolário Roosevelt, procurando dessa forma justificar a política de coerção desenvolvida contra os Estados latino-americanos[2].

O corolário representou o marco inicial de um período de controle direto pelos Estados Unidos sobre as demais nações americanas. É certo que, ao fazer uso dessa doutrina, Washington procurava assegurar sua influência exclusiva sobre o continente. Além disso, os Estados Unidos se firmavam como uma grande liderança mundial, demonstrando que, através de sua supervisão, as nações americanas conseguiam preservar a ordem pública e manter seus compromissos em dia. A diplomacia brasileira, ciente do importante papel que os Estados Unidos desempenhavam no cenário global, procurou estreitar seus laços com esse país. Existia, à época, o que Bradford Burns denominou de aliança não escrita (BURNS, 2003) entre ambos os países, que se apoiavam mutuamente.

O Barão do Rio Branco, Ministro das Relações Exteriores do Brasil entre 1902 e 1912, rápido percebeu que os Estados Unidos estavam destinados a ser uma grande potência mundial e, por essa razão, buscou fazer essa aliança não formalizada com aquela nação, num modelo de política externa que passou a ser denominado de americanismo pragmático (RICUPERO, 1995).

O Brasil atravessava um momento importante para suas relações internacionais, visto que procurava definir seu lugar dentro da América Latina e do mundo. Para isso, precisava fortalecer as instituições internas, a fim de que pudesse buscar o estabelecimento de uma política externa própria e autônoma. Nesse contexto, de extrema importância para o Brasil a participação em uma conferência internacional.

Percebe-se que o momento em que foi convocada a Segunda Conferência da Paz não era particularmente propício para a difusão de um princípio da igualdade jurídica entre os Estados. Num mundo imperialista, em que poucos fortes dominavam muitos mais fracos, onde havia clara predominância da força sobre o Direito, a ideia de voz equânime para todas as nações, independente de poderio militar e econômico, parecia utópica. Daí a relevância da contribuição de Rui Barbosa, nesse contexto histórico, inserindo seus ideais de igualdade e demonstrando às grandes potências que os países subdesenvolvidos não iriam se sujeitar indefinidamente a seus desmandos. Sobre isso, se tratará a seguir.

### **3 A Conferência da Paz de Haia de 1907**

A Primeira Conferência Internacional de Haia de 1899, e assim também a Segunda de 1907 ficaram conhecidas, por inspiração da opinião pública, como Conferências da Paz. Isso se deu, pois ambas as conferências tiveram como lastro instigador a ideia de paz, defendida pelos movimentos pacifistas do século XIX (LAFER, 2007).

Como visto, o mundo passava por um momento de intensa polarização, por essa razão optou-se por não se realizar as Conferências em alguma cidade das grandes potências, pois além de haver o perigo de influências políticas, a escolha do local poderia acabar por gerar conflitos. Diante disso, decidiu-se por realiza-las, na Holanda, que era vista como um país neutro. Assim, em meados de 1907, o Brasil recebe o convite formal para se fazer presente na Segunda Conferência da Paz, em Haia, convocada pelo então czar da Rússia, Nicolau II, atendendo a proposta do presidente norte-americano Theodore Roosevelt, que respondia aos anseios dos movimentos pacifistas da época.

Nesta conferência, participaram 44 (quarenta e quatro) nações. Diferentemente da primeira, onde compareceram apenas Estados Unidos e México do continente americano, nesta segunda, compareceram Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, República Dominicana, Cuba, Equador, Guatemala, Haiti, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai, Venezuela e Nicarágua<sup>[3]</sup>, dando grande representatividade aos países Latino-Americanos.



A delegação brasileira seria inicialmente chefiada por Joaquim Nabuco, mas a imprensa e a opinião pública acabaram por apontar o nome de Rui Barbosa, então vice-presidente do Senado. Diante disso, Joaquim Nabuco, amigo pessoal de Rui, opta por recusar o convite em favor do colega, dispondo-se a auxiliá-lo no que fosse preciso. Num primeiro momento, Barbosa relutou em aceitar o encargo, mas eventualmente concordou em chefiar a delegação brasileira<sup>[4]</sup> e, em 15 de junho de 1907, acontecia a cerimônia de abertura da Segunda Conferência de Paz em Haia, com a presença do Brasil, um fato marcante para a história das relações internacionais brasileiras.

Joaquim Nabuco, então embaixador nos Estados Unidos, fez intensa campanha internacional em favor do amigo. Barbosa foi nomeado presidente de honra da Primeira Comissão da Conferência, responsável pelas discussões a respeito da solução pacífica de conflitos internacionais e pela organização do Tribunal de Presas.

A aclamação inicial, entretanto, cedeu lugar a grande hostilidade com o delegado brasileiro. O trabalho intenso de Rui, na elaboração de seus discursos e no oferecimento de pareceres sobre as mais diversas questões, acabou por gerar certa antipatia dos representantes das grandes potências, a quem não interessava um país latino-americano com um representante tão participativo.

Essa falta de simpatia com o delegado brasileiro acabou se traduzindo em um pequeno incidente ocorrido com o delegado russo, conforme narrado por Hildebrando Accioly em seu prefácio escrito na obra de Barbosa sobre a Conferência. Segundo Accioly, durante seu discurso a respeito da transformação dos navios mercantes em vasos de guerra, Rui fez algumas incursões na esfera da alta política. Ocasão em que o presidente da comissão, Martens, observou que a política deveria ser excluída dos debates da Conferência.

Essa fala, recebida com aplausos, conforme ata da comissão, representou uma certa censura ao discurso do brasileiro. Diante disso, Rui Barbosa se pronunciou novamente, afirmando que se proibir o contato com a política seria o mesmo que se proibir o uso da palavra, pois a

política era a atmosfera dos Estados, a região do direito internacional<sup>[5]</sup>. Esse incidente foi importante, pois tornou o delegado brasileiro mais conhecido e respeitado pelas principais figuras da Conferência. Foi, porém, durante as tratativas a respeito da criação de uma Corte Permanente de Justiça Arbitral, que o delegado brasileiro fez contribuições que iriam marcar a o direito internacional.

### **3.1 A Corte Permanente de Justiça Arbitral e a Igualdade entre os Estados**

O projeto de criação da corte foi apresentado pela delegação norte-americana, sugerindo a criação de um tribunal permanente com sede em Haia, que seria responsável pela resolução de controvérsias internacionais e a ele estariam obrigatoriamente submetidos todos os Estados soberanos.

As discussões começaram, quando após intervenções da Alemanha e Grã-Bretanha, o projeto inicial foi modificado para sugerir-se a composição da corte da seguinte forma: dezessete juízes, onde nove teriam assento permanente e seriam indicados pelas grandes potências da época, Estados Unidos, Alemanha, França, Japão, Inglaterra, Império Austro-Húngaro, Itália, Rússia e Holanda – esta última convidada a compor esse seletivo grupo, em razão de sediar a Conferência - e os oito assentos restantes seriam rotativos e indicados por agrupamentos de Estados.

A nova proposta foi encarada com tamanha temeridade por Rui Barbosa que este, em telegrama enviado a Rio Branco, chegou a sugerir que não veria mais como o Brasil poderia continuar na Conferência, diante do que caracterizara como tamanha e amarga humilhação<sup>[6]</sup>.

Ao se pronunciar a respeito do projeto, afirmou que este seria a proclamação da desigualdade entre as soberanias nacionais. Para ele, a proposta dava a todos as nações o direito de nomear um dos membros da Corte. Porém, uma vez nomeado, uns teriam o direito de fazer parte por um tempo mais ou menos curto, enquanto outros exerceriam suas funções durante o período de duração total.

A desigualdade no exercício de um direito implicava na desigualdade no próprio direito, segundo Rui Barbosa, porque o valor de um direito só poderia ser medido pela possibilidade jurídica de o exercer. No direito de nomear, seriam todos iguais, entretanto seriam desiguais no direito de fazer parte. Afirmou, por fim, que o governo brasileiro não subscreveria nenhum projeto que ofendesse a igualdade entre os Estados.

O discurso de Barbosa chamou a atenção da imprensa internacional. Os jornais das importantes nações criticavam sua tese, pois ainda não conseguiam vislumbrar um princípio da igualdade entre as nações. Os países da América Latina, entretanto, adotaram a bandeira levantada pelo brasileiro que passou a atuar como um líder dos países subdesenvolvidos, os quais seriam diretamente prejudicados pelo projeto.

O princípio da igualdade jurídica entre os Estados passou a ganhar numerosos adeptos, o que levou o grupo de países autores do projeto a oferecerem um lugar permanente na Corte para o Brasil, mas o Barão do Rio Branco recusou veementemente a proposta, afirmando que o país ficaria do lado do Direito, e não da força.

Por iniciativa de Rui Barbosa, foi criada uma comissão para discutir a criação dessa Corte chamada de Comissão dos Sete Sábios<sup>[7]</sup>, da qual além do brasileiro faziam parte os representantes dos Estados Unidos, Alemanha, França, Japão, Império Austro-Húngaro, Rússia e Itália. Na Comissão, o projeto anterior foi abandonado e Rui Barbosa e o princípio da igualdade entre os Estados consagraram-se vencedores. Começou-se a escrever um novo projeto, tendo agora como inviolável a igualdade entre as nações.

O projeto, entretanto, acabou não se realizando, em razão do boicote realizado por alguns países. Ainda assim, foi reconhecida a vitória de Rui Barbosa e do direito internacional. O último discurso de Rui foi no dia 9 de outubro de 1907 e foi considerado pelo próprio seu trabalho mais importante. O brasileiro começa seu discurso tratando a respeito da soberania e da igualdade entre os Estados, assim defendendo (BARBOSA, 1966, p. 383):

A soberania é o direito elementar por excelência dos Estados independentes e constituídos. Ora, soberania significa igualdade. Tanto na ideia, como na prática a soberania é absoluta. Ela não sofre gradação. Mas a distribuição jurisdicional do direito é um ramo da soberania. Portanto, se parece necessário existir entre os Estados um órgão comum de justiça, obrigatoriamente, todos deverão ter uma representação equivalente.

Nesse discurso, Rui cita o major-general Halleck do exército norte-americano, que afirma que todos os Estados soberanos, qualquer que seja a sua força relativa, são iguais aos olhos do Direito Internacional e, naturalmente, dotados dos mesmos direitos e vinculados aos mesmos deveres, submetidos a obrigações equivalentes. Uma inferioridade intelectual não dá uma superioridade de direito ao vizinho mais forte e, se esse se apoderar de alguma vantagem, será por pura usurpação. As diferenças de grandeza não deviam implicar em nenhuma distinção jurídica (BARBOSA, 1966, p. 389).

Segundo Rui Barbosa, a igualdade entre os Estados é a peça fundamental para a manutenção da paz entre as nações. A desigualdade de soberanias acabava por gerar conflitos, apenas com a igualdade se encontraria a solução pacífica. Além disso, para o representante brasileiro, medir-se a grandeza internacional pela força das armas, dando maior prestígio e poder de voto aos países com maior poderio militar seria subverter-se o sentido da Conferência da Paz, que terminaria por conduzir os países para o caminho da guerra, e não o da paz.

Ao terminar seu discurso, Rui Barbosa foi ovacionado pelos demais participantes da Conferência, consagrando-se na história como um dos principais defensores da igualdade jurídica entre os Estados e recebendo a alcunha popular de “Águia de Haia”.

Barbosa, representando um país com uma população de pouco mais de 25 milhões de pessoas enfrentou em pé de igualdade as demais delegações que representavam 800 milhões de pessoas e todos os

exércitos e armadas efetivos do mundo. No fim, quem se sagrou vitorioso foi o princípio da igualdade entre os Estados.

### **Conclusão**

Em um contexto em que se vivia sob a égide do padrão civilizatório europeu (GONG, 1984), com a imposição do modo de vida da Europa sob as demais nações do mundo, introduzir-se a ideia de igualdade entre os Estados, ainda mais por um país periférico e recém-independente, como o Brasil, não era uma tarefa simples. Além disso, importante o registro que o cenário mundial encontrava-se extremamente polarizado, com a dominação político-econômica de alguns sobre os demais, não havendo o espaço que as nações em desenvolvimento atualmente possuem.

O antigo pensamento jurídico clássico - baseado no princípio da soberania absoluta, do padrão civilizatório e positivismo jurídico - deu lugar a uma razão jurídica moderna que criticava a soberania absoluta, enfatizava o interesse da comunidade internacional e apoiava doutrinas jurídicas anti-formalistas.

O novo direito internacional propiciou a aquisição de soberania pelos países subdesenvolvidos, um movimento que começou durante o século XIX, e trouxe essas nações para o centro das discussões a respeito dos rumos da comunidade internacional. A própria participação na Conferência serviria para reafirmar a soberania desses países periféricos e para inseri-los internacionalmente.

Entretanto, apesar de soberanos e ocuparem um lugar, na comunidade mundial, esses Estados permaneciam em desvantagem em relação às grandes potências. O brilhantismo de Rui Barbosa consistiu no fato de usar conceitos de direito internacional clássico, em favor da igualdade dos Estados, apropriando-se de termos como soberania, equidade e autonomia para afirmar sua posição. Ao fazer uso do próprio direito internacional, ao invés de um discurso de heroísmo ou “coitadismo”, Rui tornou seus argumentos irrefutáveis.

Ao afirmar que a soberania não pode sofrer gradação, ou seja, não poderiam existir Estados mais soberanos que os outros, Rui Barbosa relaciona diretamente a soberania à igualdade e as torna interdependentes. Entre Estados soberanos, portanto, não poderiam haver diferenciações. O que Barbosa trouxe, portanto, foi um novo espírito internacionalista, de uma "sociedade de estados igualitários juridicamente e que se organiza sob a lei".

Isso representava uma mudança significativa no direito internacional clássico, que ainda era muito centrado no sistema hierárquico e aristocrático instituído no Congresso de Viena, no qual, as grandes potências tinham direitos especiais de intervir nos assuntos de outras soberanias.

Essa ordem internacional fundamentada no princípio da soberania absoluta representava um obstáculo para a criação de organizações internacionais, tribunais e regras mais severas para limitar a autonomia dos Estados. O princípio da igualdade vem, portanto, para derrubar esses dogmas, tornando a comunidade internacional mais aberta e mais fluida, menos engessada, o que possibilitaria a ascensão de novos atores e, com eles, novas práticas e ideias.

A partir desse princípio se pôde conceber a criação de organizações de Estados soberanos, iguais entre si, como é o caso da Organização das Nações Unidas. Além disso, o projeto da Corte Permanente de Arbitragem serviu como um embrião para o desenvolvimento da atual Corte Internacional de Justiça (CIJ), que tem sede em Haia, a qual Rui Barbosa foi eleito para integrar, posteriormente, mas faleceu antes de ter participado de qualquer sessão. O Brasil, atualmente, possui um representante seu na CIJ, o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

Apesar de não ter sido constituída a Corte Permanente de Justiça Arbitral, o impacto principal consistiu no fato de esta não ter sido constituída em razão de representar uma violação ao princípio da igualdade. A relevância, portanto, da Conferência não dependia de pôr fim à guerra ou de adotar uma convenção específica, mas sim na sua

contribuição para a fundação de uma comunidade internacional organizada sob a lei.

A Conferência da Paz de 1907 representou, assim, um marco para a construção de uma sociedade internacional mais democrática e para a universalização do direito internacional e teve como um de seus principais expoentes o brasileiro Rui Barbosa.

### **Referências**

AMORIM, Celso. **A diplomacia multilateral do Brasil: um tributo a Rui Barbosa**. Brasília: FUNAG, 2007.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**. Vol. II. Tomo II. Rio de Janeiro: Ministério da Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987.

\_\_\_\_\_. **“O Processo do Capitão Dreyfus” in Cartas de Inglaterra**. Rio de Janeiro: Ministério da Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1986.

\_\_\_\_\_. **II Conferência da Paz Haia, 1907 - A correspondência telegráfica entre o Barão do Rio Branco e Rui Barbosa**. FUNAG: Rio de Janeiro, 2014.

BUENO, Clodoaldo; CERVO, Amado Luiz. **História da Política Exterior do Brasil**. 3 ed. Ed. UnB: Brasília, 2008.

BURNS, Bradford. **A aliança não escrita: o Barão do Rio Branco e as relações Brasil - Estados Unidos**. Rio de Janeiro: EMC, 2003.

GONG, Guerrit W. **The Standard of ‘Civilisation’ in International Society**. Oxford: Clarendon Press, 1984

HAGUE PEACE CONFERENCE. **The Proceedings of the Hague Peace Conferences – The Conference of 1899**. Oxford University Press: New York, 1920. Acesso em 08/07/2017. Disponível em <[http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/Hague-Peace-Conference\\_1899.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Hague-Peace-Conference_1899.pdf)>.

HAGUE PEACE CONFERENCE. **The Proceedings of the Hague Peace Conferences – The Conference of 1907. Volume I – Plenary Meetings of the Conference.** Oxford University Press: New York, 1920. Acesso em 08/07/2017. Disponível em [http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/Hague-Peace-Conference\\_1907-V-1.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Hague-Peace-Conference_1907-V-1.pdf)

HAGUE PEACE CONFERENCE. **The Proceedings of the Hague Peace Conferences – The Conference of 1907. Volume II – Meetings of the First Commission.** Oxford University Press: New York, 1920. Acesso em 08/07/2017. Disponível em [http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/Hague-Peace-Conference\\_1907-V-2.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Hague-Peace-Conference_1907-V-2.pdf)

HOBBSBAWN, Eric J. **A Era dos Impérios.** 13ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

LAFER, Celso. **Conferências da Paz de Haia (1899 e 1907).** Disponível em <http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/CONFER%C3%84NCIAS%20DA%20PAZ%20DE%20HAIA.pdf>. Acesso em 08/07/2017.

LORCA, Arnulf Becker. **Sovereignty beyond the West: The End of Classical International Law in Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842–1933.** Cambridge University Press: Cambridge, 2015. P. 143-199.

MYERS, Denys P. **The Origin of the Hague Arbitral Courts.** In **The American Journal of International Law - Vol. 10, No. 2.** Cambridge University Press: Cambridge, 1996. Pp. 270-311. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/pdf/2187523.pdf?refreqid=excelsior:5a850db554e1d545fa7ecb7fea3ba460>. Acesso em 08/07/2017.

RICUPERO, Rubens. **“O Brasil, América Latina e os EUA desde 1930: 60 Anos de uma Relação Triangular”.** In **Visões do Brasil: Ensaio sobre a História e a Inserção Internacional do Brasil.** Ed. Record: Rio de Janeiro, 1995.



SCHABAS, William; SHANNONBROOKE, Murphy. Research Handbook on International Courts and Tribunals. Edward Elgar: Northampton, 2017. Acesso em 08/07/2017. Disponível em <https://books.google.com.br/books?id=P-sTDgAAQBAJ&pg=PA188&lpg=PA188&dq=ruy+barbosa+wise+men+hague+peace+conference&source=bl&ots=ywomAQttql&sig=9qzcfqvMsHgGyrdUXWJM6aPLse0&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwig1qOXi5fXAhWBlpAKHalkAwwQ6AEIKjAA#v=onepage&q=ruy%20barbosa%20wise%20men%20hague%20peace%20conference&f=false>

VIANA FILHO, Luís. **Três estadistas: Rui-Nabuco-Rio Branco**. Brasília: José Olympio, 1981.

VISENTINI, Paulo Fagundes. "A **Águia de Haia**": **Rui Barbosa Diplomata**. In **Rui Barbosa: uma personalidade multifacetada**. Brasília: FUNAG, 2012. P. 49-57. Disponível em [http://funag.gov.br/loja/download/985-Rui Barbosa uma personalidade multifacetada.pdf](http://funag.gov.br/loja/download/985-Rui%20Barbosa%20uma%20personalidade%20multifacetada.pdf). Acesso em 08/07/2017.

#### NOTAS:

[1] Hague Peace Conference. **The Proceedings of the Hague Peace Conferences – The Conference of 1899**. Oxford University Press: New York, 1920. P. 233

[2] "O conceito de proteção do hemisfério contra agressões extracontinentais, cerne daquela doutrina, foi retrabalhado pelo então Presidente norte-americano, de forma que desse justificativa à política de coerção contra os Estados latino-americanos. Como contrapartida, os Estados Unidos garantiram à Europa que as nações latinas da América, sob sua supervisão, preservariam a ordem pública e manteriam seus compromissos em dia.". BUENO, Clodoaldo; CERVO, Amado Luiz. **História da Política Exterior do Brasil**. 3 ed. Ed. UnB: Brasília, 2008, p. p. 180 e 181.

[3] HAGUE PEACE CONFERENCE. **The Proceedings of the Hague Peace Conferences, Volume I – Plenary Meetings of the Conference**. Oxford University Press: New York, 1920. P. 2-15.

[4] Foram também designados Eduardo dos Santos Lisboa (2º delegado), Roberto Trompowski e Tancredo Burlamaqui (delegados adjuntos), Artur de Carvalho Moreira e Rodrigo Otávio (1ºs secretários) e Antônio Batista Pereira (2º secretário, juntamente com outros).

[5] Sobre a política, Rui Barbosa assim discursou: “*Ela transformou o direito privado, ela revolucionou o direito penal, ela fez o direito constitucional, ela criou o direito internacional. É a vida dos povos em si, é a força ou o direito, é a civilização ou a barbárie, é guerra ou paz. Como então proibi-la em uma Assembleia de homens livres, reunidos no início do século XX com o fim de atribuir uma forma convencional para o direito das Nações?*”. BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Vol. XXXIV, Tomo II. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1966. P. 65. Tradução livre do original em francês.

[6] “Por amigo comum tive confidência completa tribunal terá dezessete membros base população. França Inglaterra Alemanha Áustria Itália Rússia Estadosunidos Japão Holanda cada uma um membro. Os mais por grupos seguinte modo: Espanha e Portugal, Bélgica Suíça e Luxemburgo, Turquia e Pérsia, China e Sião, Suécia Noruega e Dinamarca, Bálcãs. Nosso continente: México e América Central um; América do Sul um. Vocência verá se por meio Washington nos poupam tamanha e amarga humilhação. Verificada ela não compreendo Brasil possa dignamente continuar conferência.” Telegrama de Rui Barbosa ao Barão do Rio Branco. BARBOSA, Rui. *II Conferência da Paz Haia, 1907 - A correspondência telegráfica entre o Barão do Rio Branco e Rui Barbosa*. FUNAG: Rio de Janeiro, 2014 P. 87

[7] Surge o grupo dos sete sábios (Comitê des Sept ou Sept Sages) formado por: Joseph Hodges Choates – embaixador plenipotenciário dos EUA; Leon Bourgeois – primeiro delegado plenipotenciário da França; Barão Marschall von Bieberstein – primeiro delegado plenipotenciário da Alemanha; Alexandre Ivanovitch Nélidow – delegado plenipotenciário da Rússia; Gaëtan Mérey Kapos-Mére – embaixador extraordinário e plenipotenciário do Império Austro-Húngaro; Conde Joseph Tornielli Brusati di

Vergano – delegado plenipotenciário da Itália; Rui Barbosa – embaixador extraordinário e plenipotenciário e delegado do Brasil. (Atendendo à proposta de RB, ao grupo se reuniu Sir Edward Fry, um dos delegados plenipotenciários da Grã-Bretanha, que sugeriu uma proposta conciliatória, sem que a Junta perdesse a denominação de Comitê des Sept).

## **OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO NO CPC/2015: PATERNALISMO OU EFICIÊNCIA? UM BREVE PARALELO COM O PROCESSO DO TRABALHO**

**ANDRE BORGES COELHO DE MIRANDA FREIRE:**

Advogado. Graduado do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB.

**Resumo:** O presente artigo trata do tema da obrigatoriedade da audiência de mediação e conciliação no novo Código de Processo Civil. Para a referida análise, primeiramente analisa o disposto na novel lei processual sobre tema, com definições básicas e estudo da sistemática. Toma, em seguida, como referência a audiência de conciliação no processo do trabalho, destacando suas vantagens e comparando-os com os da legislação processual civil. Há, ainda, o estudo do quadro descrito pelo cotejo com as categorias jurídicas do ônus e do dever jurídicos, na doutrina de Eros Grau. Conclui-se que a inovação legislativa tem bons propósitos e pode ser bem instrumentalizada, desde que haja rigoroso controle judicial de eventuais abusos que a obrigatoriedade da audiência estudada pode gerar.

**Palavras-chave:** Audiência de mediação e conciliação; audiência de conciliação trabalhista; ônus jurídico; dever jurídico.

**Sumário:** 1.Introdução; 2. Breve noção de mediação e conciliação e de seu tratamento legal; 3. Obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação no CPC/2015; 4. A experiência do processo do trabalho com a audiência de conciliação; 5. Análise da razoabilidade da obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação à luz da experiência trabalhista; 6.Conclusão; 7.Referências.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

O Código de Processo Civil de 2015, no ápice do processo de massa de massa brasileiro, veio com a grande promessa de desafogar o Judiciário brasileiro, sobretudo através do mais forte estímulo à solução de conflitos pela autocomposição.

Nessa toada, foi que o diploma previu em seu art. 334 a obrigatoriedade *a priori* da audiência de conciliação ou mediação, objeto de atual controvérsia entre aqueles que a veem como grande solução modificativa da cultura jurídica litigiosa e os que a criticam, não só pela afronta à liberdade que representaria, mas pelos atrasos inúteis que tem potencial para gerar no processo.

Assim, o presente artigo quer explorar sucintamente a referida questão, principalmente através da comparação com as audiências trabalhistas.

Primeiramente, apresentar-se-á a situação normativa da questão, elucidando os conceitos básicos de conciliação e mediação, em cotejo ao tratamento da audiência em questão pelo art. 334 do CPC/2015. Em seguida, elencar-se-ão alguns argumentos em favor e contra o preceptivo estudado.

Em segundo lugar, traçar-se-á o panorama das audiências trabalhistas, com foco na inaugural, com base no procedimento ordinário, perquerindo as consequências jurídicas do não-comparecimento a esses atos judiciais e fazendo o paralelo com essas consequências no processo civil.

Postas as bases do debate, será, então, possível expor nossa compreensão da questão, e, a partir da experiência de décadas da Justiça do Trabalho com o tema, propor algumas das condicionantes para que as boas intenções do legislador alcancem seus objetivos de maior e mais duradoura pacificação social, assim como de redução numérica dos feitos em tramitação em nosso Judiciário.

## **2. BREVE NOÇÃO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E DE SEU TRATAMENTO LEGAL**

Boa parte da doutrina<sup>[1]</sup> distingue mediação de conciliação pelo nível de intervenção do mediador/conciliador.

Nesse sentido, o conciliador tem postura mais interventiva, de apresentar verdadeira solução para o caso, sem, é claro, a possibilidade

de impô-la, pois que de heterocomposição não se cuida (SCAVONE JUNIOR, 2014).

Já na mediação, o profissional tenta fazer com que as próprias partes encontrem uma solução, sem propriamente interferir nos termos dos termos do acordo (SCAVONE JUNIOR, 2014).

Embora a distinção seja doutrinária, não se pode deixar de perceber que acabou por ser endossada pelo legislador, que vinculou a conciliação a casos em que não há vínculo anterior entre as partes e a mediação, àqueles em que esse vínculo existe, senão vejamos:

“Art. 165.

*(omissis)*

*§ 2º O conciliador, **que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes**, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.*

*§ 3º O mediador, **que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes**, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (grifos ausentes no original)”*

Além da distinção apontada, digna de nota é a previsão do fim do §2º, que veda expressamente “a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”.

Dessarte, previne-se a reprodução no processo civil da malsã prática de certos juízes do trabalho de, realizando insinuações sobre a dificuldade de que certas pretensões das partes prosperarem, forçar o acordo, esquecendo-se de que suas posições não são absolutas e podem

ser revistas por outras instâncias. Assim, dando a entender qual seria o resultado naquela instância, acabam sendo por demais incisivos no estímulo a que as partes resolvam naquela ocasião em definitivo a questão, por meio da autocomposição.

Portanto, é, a nosso ver, legítimo, que o juiz ou mediador/conciliador estimule a busca de um acordo, ressaltando as vantagens tanto do lado da celeridade, pois se obterá de imediato uma decisão judicial transitada em julgado, sem necessidade de confirmação por outras instâncias como também no sentido da autodeterminação das partes, de modo que os índices de satisfação tendem a ser maiores muitas vezes quando não há imposição de solução por parte de um terceiro.

### **3. OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIÇÃO NO CPC/2015**

Pela dicção legal, é a audiência de conciliação ou mediação, a princípio, obrigatória.

Primeiro indício é o *caput* do art. 334, que usa a expressão “o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação”. Segunda é a previsão da exceção que confirma a regra; com efeito, quando ambas as partes manifestarem desinteresse na composição consensual ou a ação não admitir autocomposição, não haverá a referida audiência (§4º do art. 334).

Portanto, pode-se perceber que, não se manifestando uma das partes pelo desinteresse na composição, **a audiência de conciliação ou mediação será obrigatória**. E quais são as consequências da ausência à referida audiência.

Pelo §8º do artigo em comento, percebe-se que é verdadeiro dever da parte comparecer, se não incidir alguma excludente ou não houver justificativa para ausência, de modo que a ausência configura ato atentatório contra a dignidade da justiça e gera dever de pagar multa de 2% sobre o valor da causa ou vantagem econômica pretendida, em favor da União ou do estado-membro.

Vê-se que de ônus processual não se cuida, pois não há propriamente uma consequência intraprocessual que afete o deslinde da lide, a exemplo de revelia ou qualquer consequência no âmbito do ônus da prova. Há apenas uma obrigação de pagar e sequer é em favor da parte.

Com efeito, na pesquisa bibliográfica de Grau, que o relaciona o dever jurídico a um interesse de terceiro e não da própria parte (GRAU, sem data), *in verbis*: “dever jurídico consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever há de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica — o seu não atendimento configura comportamento ilícito”.

O interesse aí protegido com a obrigatoriedade da audiência seria da coletividade, do Estado, em obter mais eficazmente a pacificação social. O caráter de dever da previsão também se traduz em que a multa susorreferida se reverte para o Estado.

À distinção entre dever e ônus se voltará em tópico abaixo.

É, sem dúvida, certa intervenção na liberdade das partes, pois basta que uma queira para que deva haver a audiência.

A primeira imaginável é, portanto, algum nível de cerceamento à liberdade da contraparte, que, embora não possa, é claro ser compelida a transacionar terá ao menos de comparecer ao ato, ainda que para afastar de início toda e qualquer possibilidade de autocomposição.

Uma segunda crítica a essa previsão de obrigatoriedade é talvez o intuito protelatório de alguma das partes, que, mesmo tendo convicção de que não quer/pode transacionar força que haja a audiência com fins meramente protelatórios, na ânsia de granjear mais alguns meses, por exemplo, em sua situação de inadimplemento.

Terceira crítica é o possível atraso que tal previsão pode ensejar nos feitos em que não seja efetivada a transação consequente à mediação ou conciliação.



Por outro lado, vislumbram-se também certas vantagens nessa obrigatoriedade, ainda que reveladora de certo paternalismo estatal. Isso porque é evidente que só o fato de ter de comparecer ao ato é persuasivo da busca de um resultado útil.

Iniciados os atos, não se desconhece a forte possibilidade de que as partes cheguem a um denominador comum, seja pelo reestabelecimento de mínima comunhão entre as partes (mediação), possibilitando, assim, que elas mesmas, cedam em certos pontos e alcancem solução, seja por intermédio de proposta habilmente apresentada pelo conciliador.

Assim, parece ser o raciocínio do Código de Processo Civil que, constringendo-se, em certos casos, as partes, pela omissão de manifestação do desinteresse de ambas ou pelo expresse interesse de apenas uma delas, a sentarem à mesa de negociação, dá-se real estímulo à autocomposição, que certamente não avançaria na atual cultura litigiosa, se fosse necessário que ambas as partes requeressem que houvesse a audiência de conciliação/arbitragem.

#### **4. A EXPERIÊNCIA DO PROCESSO DO TRABALHO COM A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO**

No processo do trabalho, é histórica a busca pela conciliação, sem dúvida por algum ranso fascista de busca da integração pelo Estado dos conflitos entre empregadores e trabalhadores<sup>[2]</sup>, mas que é atualmente bastante ao gosto da tendência atual revelada pelo CPC/2015.

Naquele ramo do Direito, a CLT trata da audiência do trabalho, a princípio, como uma, mas que, na prática, é dividida em audiência inaugural ou de conciliação, de instrução e de julgamento (muitas vezes por sentença publicada).

Primeiramente, há uma tentativa de conciliação (art. 846 da CLT), sem o que haverá nulidade processual, ressalvada a ausência de prejuízo e falta arguição na primeira oportunidade (LEITE, 2015).

Não havendo acordo, há, pelo art. 847 da CLT, contestação, que geralmente se dá atualmente por contestação escrita.

Passa-se, então, à instrução (art. 848 da CLT) e, após as razões finais, haverá nova proposta de conciliação, sem a qual será proferida a decisão (art. 850), que muitas vezes é prolatada posteriormente e publicada.

É de se notar que, pelas peculiaridades do processo do trabalho e havendo previsões muito específicas citadas, a tendência é de afastar-se o influxo do CPC novo sobre uma possível audiência de mediação e conciliação[3].

Interessante perceber as consequências da ausência à audiência inaugural ou de conciliação, o que se poderá depreender do seguinte dispositivo celetista:

*“Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.*

*Parágrafo único - Ocorrendo, entretanto, motivo relevante, poderá o presidente suspender o julgamento, designando nova audiência.”*

O art. 844 da CLT distingue as consequências a depender de quem falta. Sendo o reclamante, há mero arquivamento, que, geralmente não impede nova propositura da ação.[4] Sendo o reclamado o ausente, o mesmo artigo fala em revelia e confissão sobre a matéria de fato.

Se a falta for à audiência de prosseguimento (após a conciliação), não há mais arquivamento, mas apenas confissão quanto à matéria de fato[5] (LEITE, 2015) e, se ambos faltarem, julgamento do processo segundo as regras de distribuição do ônus da prova (SCHIAVI, 2015).

Assim, pelo menos quanto ao reclamado, pode-se dizer que há, no processo do trabalho, verdadeiro ônus processual de comparecer à audiência, pois que o não-comparecimento acarreta a confissão ficta, ou, quanto ao autor, o arquivamento, que não traz consequências para o deslinde do mérito da questão.

Nesse sentido, após extensa revisão bibliográfica, define ônus processual como “vínculo que a lei impõe à vontade do sujeito como condição à obtenção ou conservação; pelo próprio sujeito, de um interesse seu” (GRAU, sem ano).

Faltando à audiência trabalhista, não vê o autor sua causa sequer julgada e ao reclamado é tirado o direito de fazer contraprova dos fatos alegados pelo reclamante, tomados, *a priori*, como verdadeiros, de modo que, no processo do trabalho, é autêntico ônus processual o comparecimento à audiência de conciliação.

Igualmente no procedimento dos juizados especiais cíveis, há ônus semelhante, conforme prevê a lei 9.099/95: “Art. 16. Registrado o pedido, independentemente de distribuição e autuação, a Secretaria do Juizado designará a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de quinze dias.” É igualmente ônus processual, com consequências jurídicas semelhantes às do processo do trabalho, conforme se depreende da conjunção dos dois seguintes artigos da lei 9.099/95:

*“Art. 20. Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz.*

*Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo;”*

Outra diferença marcante em relação ao regime comum é que na Justiça do Trabalho não é dado às partes fazer-se representar na audiência, nem mesmo na de conciliação, por qualquer procurador com poderes bastantes, de modo que o empregador deve enviar preposto que seja empregado<sup>[6]</sup>, sob pena até de confissão ficta (SCHIAVI, 2015). Mais que isso, não sabendo dos fatos sobre os quais versa a ação, mesmo presente o preposto, pode haver revelia.

No regime processual comum, há maior liberdade, para constituir procurador com poderes para negociar e transigir (§10º do art. 334 do CPC). Embora pareça uma obviedade a necessidade de haver poderes para transigir, salutar a previsão, eis que na prática dos juizados cíveis, em que já há desde muito antes a exigência da tentativa de conciliação, é comum que as empresas enviem prepostos sem poderes para transacionar[7], o que fulmina totalmente os fins da conciliação.

Esse rigor do processo do trabalho quanto ao preposto é importante elemento de estímulo à busca da verdade real e à conciliação, pois não se desconhece que muitas vezes os prepostos acabam por comprometer a reclamada com o que falam, em benefício do reclamado e que a presença de verdadeiro empregado à mesa de negociação é mais eficaz que o envio de um terceiro qualquer apenas para cumprir a formalidade, como estagiário do escritório de advocacia- o que ocorre no âmbito dos juizados especiais cíveis- para que haja mesmo um acordo.

Passa-se agora às consequências práticas para o processo do trabalho. Com esse verdadeiro ônus, é o processo do trabalho de logo mais eficaz que o processo civil, no sentido de trazer as partes à audiência de conciliação.

O que se nota, assim, é que o regime do processo trabalhista é muito mais interventivo que o processual civil, o que se deve, entre outras razões, ao princípio da proteção mitigada[8] que permeia esse ramo, à busca da verdade real, celeridade e eficiência.

Exigindo-se, sob severos ônus, que as partes compareçam e que compareçam de maneira qualificada, i.e., minimamente conhecendo a realidade fática subjacente à demanda, as chances de haver verdadeiramente transação são muito maiores.

São essas algumas das razões pelas quais a quantidade de conciliações no âmbito trabalhista é muito mais numerosa que em outros âmbitos.

## 5. ANÁLISE DA RAZOABILIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO À LUZ DA EXPERIÊNCIA TRABALHISTA

Embora sobretudo após a EC 45/2004 a Justiça do Trabalho tenha conhecido aumento em sua competência, abarcando agora relações de trabalho *stricto sensu* e não apenas relações de emprego e equiparadas, a variedade de litígios cujos procedimentos se regem pelo Código de Processo Civil é infinitamente maior.

Dessarte, embora a Justiça do Trabalho seja modelo para o Código de Processo Civil, em sua busca pela oralidade, informalidade e celeridade, é certo que no regime comum não há sempre as mesmas justificativas que embasam o dirigismo que há no ramo juslaboral, a criar meios efetivos de conciliação, sem chegar ao constrangimento das partes. Há forte persuasão, mas claro é que as partes podem também nesse ramo especializado rechaçar completamente qualquer possibilidade de conciliação sem qualquer prejuízo, desde que cumpram as formalidades de que se tratou no tópico anterior.

No Código de Processo Civil, reputa-se o nível de obrigatoriedade como adequado. É dever e há consequências, mas não há os gravosos ônus processuais encontrados no processo do trabalho.

Imagine-se por exemplo um importante conflito societário entre empresas anônimas de capital aberto, que não medem esforços para afastar incertezas em relação aos investidores e, havendo tentado, com auxílio de profissionais, todo tipo de solução extrajudicial, veem-se na contingência de buscar o Judiciário. Nesse caso, não há mais muitas razões para haver uma audiência de conciliação, motivo por que é salutar a previsão legal que permite que, ambas as partes expressando o desinteresse em haver a audiência de conciliação/mediação, não haja.

Por essa mesma razão, é que se sugere, dada a amplitude do art. 190 do CPC na previsão de negócios jurídicos processuais a figura carta à demanda, que, em certos países é pré-requisito para o processo judicial. Entre nós, certamente não seria pré-requisito para o acesso ao Judiciário,

até mesmo pela inafastabilidade da jurisdição (art. 5º: XXXV) entretanto, havendo essa chamada “carta à demanda”, que é um chamado à conciliação ou mediação antes do processo (MACHADO, 2016) e, sendo negativa a resposta, já não haveria mais possibilidade de haver a audiência.

Outro ponto interessante é que, conforme sugere Didier, não seja o juiz o conciliador (DIDIER, 2015), exatamente para evitar o constrangimento à conciliação e para que o mero desinteresse da parte em transacionar não se reflita negativamente na prestação jurisdicional.

Especialmente visíveis são as vantagens do estímulo a essas audiências no âmbito do direito de família, em que a mediação encontra seu campo mais fértil. Prevê o novo diploma, *in litteris*: “Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito”.

Por essa previsão, percebe-se com mais facilidade que o fundo da previsão do art. 334 é justamente a liberdade. Que liberdade há em permitir que apenas uma parte rechace totalmente a abstrata possibilidade de mediação em caso de família? Que liberdade há em se impor uma decisão do Estado-juiz nas relações privadas mais íntimas que há? Respeitada a ordem pública, é nesse ramo, bastante profícuo o estímulo a essas audiências, buscando-se verdadeira justiça restaurativa, que não só soluciona em concreto conflito, mas igualmente recompõe relações interpessoais de maneira saudável, para maior pacificação social.

Importante prática, para evitar o intuito protelatório, seria interpretar extensivamente a possibilidade de imposição de multa por ato atentatório à dignidade da justiça, no sentido de multar quem, não se manifestando para que não haja a audiência em estudo, afirma na audiência não haver qualquer proposta de acordo ou que seu acordo corresponde à totalidade de sua pretensão versada nos autos. Assim, dá-se seriedade a esse dever processual em relação àquele que, não informando o juízo de que não deseja participar da audiência, terá

implicitamente consentido com sua existência e, por conseguinte, deve apresentar algum tipo de proposta séria.

Ulterior paralelo que se deve fazer entre os regimes processual civil e trabalhista é quanto à própria possibilidade de transação, resultado buscado com a mediação/conciliação.

No direito do trabalho, embora haja ainda hoje polêmicas, há certa clareza de que as traduções econômicas dos direitos indisponíveis trabalhistas podem ser transacionados.

Nesse sentido, fala Godinho, embora tratando especificamente do direito material, em indisponibilidade absoluta e relativa. A absoluta refere a direitos como assinatura de CTPS, salário-mínimo, normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador e outras previsões de patamar civilizatório mínimo (GODINHO, 2014), ao passo que a relativa se circuncreve a interesses individuais ou bilaterais simples, a exemplo de desistir da pretensão de receber indenização por dano moral, por alegado assédio moral, desde que o empregador pague, por exemplo, de imediato, as horas extras e o adicional de insalubridade pleiteados na mesma ação.

Com o favorecimento à autocomposição, espera-se que essa possibilidade de transação do direito do trabalho em relação a verbas que muitas vezes são alimentares se transponha para os entraves- mais fáticos que jurídicos<sup>[9]</sup>- que envolvem os entes públicos, especialmente no que se refere ao processo de massa, como previdenciário e tributário.

Assim, deve-se reconhecer que pode ser de interesse público receber menos do que o total pleiteado, se tal for a única possibilidade de receber ou a única possibilidade de auferir logo o ganho em menos de X anos.

Em reforço à utilidade da audiência de conciliação/mediação para a Administração pública, veio a lei 13.140/15, que parece caminhar no mesmo sentido do direito do trabalho, quanto à possibilidade de transação, senão vejamos:

*“Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.*

*§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.*

*§ 2º **O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.**”*

Aceita-se, portanto, a possibilidade de transação judicial de direito indisponíveis, mais transigíveis, o que se fará, suspeita-se, em termos semelhantes aos do direito processual do trabalho.

## **6. CONCLUSÃO**

Reputa-se, portanto, avissareira a mudança. Claro é que não deixa de ser pequena redução na liberdade das partes e pode ser instrumento da má-fé das partes em atrasar o julgamento final.

Entretanto, a criação do dever é salutar e atende bem a interesses de toda a coletividade.

Entende-se que pela gama de direitos submetidos às normas procedimentais do Código de Processo Civil é razoável a previsão, que não é tão leniente que permita a continuidade da cultura de litígio que impera em nosso sistema jurídico, nem tão severa como justificadamente o é em certos âmbitos, a saber, Justiça do Trabalho, pela proteção ao trabalhador e juizados especiais cíveis, pois a pequena complexidade das causas e reduzido valor econômico admitem a maior intervenção estatal.

De modo a reforçar a liberdade das partes, deve-se admitir negócios jurídicos envolvendo a audiência de conciliação, inclusive sob a forma da citada carta à demanda, embora não possa ser entre nós pressuposto processual para ajuizamento da ação.



Para evitar esse mau uso, devem-se criar instrumentos para que as pautas de audiência de conciliação sejam independentes das de audiências outras, o que se faz sobremaneira mais facilmente delegando a função de conciliadores e mediadores a terceiros especializados e não ao juiz.

Assim, a audiência de conciliação seria feita mais rapidamente e, embora atrase a entrega da contestação, não afetaria substancialmente a data da audiência de instrução ou da sentença, em eventual caso de julgamento antecipado do mérito (art. 335 do CPC).

Igualmente em busca da efetividade dessas audiências, salutar multar por ato atentatório contra a dignidade da justiça, nos termos do tópico anterior, aqueles que só não dispensam a audiência de mediação/conciliação com intuitos protelatórios.

Em suma, nota-se que veio em boa hora a previsão e que as acusações de cerceamento de liberdade de ineficiência não são bem fundadas, inclusive porque a suma liberdade é a autocomposição, que prescinde da solução do Estado-juiz na vida dos particulares.

## 7. REFERÊNCIAS

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

GODINHO, Maurício. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus**. In: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan. 1982. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 10/10/2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Processo do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco Machado. **Como escapar da audiência de conciliação ou mediação do novo CPC.** Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/como-escapar-da-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-novo-cpc>>. Acesso em: 06/10/2016.

SCAVONE Jr., . **Manual de arbitragem, mediação e conciliação.** São Paulo: Gen, 2015.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho.** São Paulo: LTr, 2016.

Notas:

[1] Além do autor aqui citado, traz definição semelhante Fredie Didier Jr., na obra referenciada no presente trabalho.

[2] Nesse sentido, fala Maurício Godinho Delgado, na obra referenciada no corpo do texto, em modelo estatal subordinado de gestão trabalhista, que tem como um de seus caracteres justamente o que ele chama de sistemática intraestatal de solução do conflitos trabalhistas.

[3] Para além de sua controversa validade jurídica, prevê a Instrução Normativo 39 do TST expressamente a inaplicabilidade da sistemática do processo civil ao do trabalho, senão vejamos: “

Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: IV - art. 334 (audiência de conciliação ou de mediação);”

[4] Nesse sentido prevê a CLT:

Art. 731 - Aquele que, tendo apresentado ao distribuidor reclamação verbal, não se apresentar, no prazo estabelecido no parágrafo único do art. 786, à Junta ou Juízo para fazê-lo tomar por termo, incorrerá na pena de perda, pelo prazo de 6 (seis) meses, do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho.

Art. 732 - Na mesma pena do artigo anterior incorrerá o reclamante que, por 2 (duas) vezes seguidas, der causa ao arquivamento de que trata o art. 844.

[5] Essa confissão é um pouco mitigada pela previsão da súmula 74 da jurisprudência do TST, *ad litteram*:

I - Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor. (ex-Súmula nº 74 - RA 69/1978, DJ 26.09.1978)

II - A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (arts. 442 e 443, do CPC de 2015 - art. 400, I, do CPC de 1973), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores. (ex-OJ nº 184 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

III- A vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo.

[6] Há poucas exceções a isso, como se percebe do teor da súmula 377 do TST: “Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. “

[7] Ao arrepio do art. 9º,§4º da lei 9.099/95.

[8] Afirma-se que há um caráter protetivo ao litigante mais fraco, assegurando-lhe certas prerrogativas, pela hipossuficiência econômica, dificuldade de prova etc. Por outro lado, o juiz do trabalho deve ser imparcial e dirigir o processo com equilíbrio, daí falar Schiavi, na obra referenciada ao fim do texto, em **protecionismo temperado ao trabalhador**.

[9] Aquele artigo:  
<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/0j0ub037/6N3NEIBT5Vxsl0fq.pdf>

## **IRPJ E AS PERDAS NO RECEBIMENTO DE CRÉDITOS**

**ROBERTO RODRIGUES DE MORAIS:** Especialista em Direito Tributário. Ex-Consultor da COAD.

### **I - INTRODUÇÃO**

Até o ano-calendário de 1996 existia, para fins da apuração do IRPJ, a provisão para devedores duvidosos, debitando em conta de despesa com esse nome e creditando em conta de provisão. No exercício seguinte dava-se baixa na conta da referida provisão pelos valores efetivamente considerados como perdas e, no encerramento do exercício, fazia-se a reversão do saldo da provisão com débito nessa conta e crédito como receita tributável.

A partir do ano-calendário de 01-01-97 ficou revogada a dedução, na determinação do lucro real, da provisão para créditos de liquidação duvidosa de que tratava o art. 43 da Lei nº 8.981, de 1995, sendo substituída a referida provisão pela dedução das perdas no recebimento de créditos, disciplinadas pela lei incorporada aos arts. 340 a 343 do RIR/1999 (1), cujo art. 9º dispõe que poderão ser registrados como perda os créditos:

I - em relação aos quais tenha havido a declaração de insolvência do devedor, em sentença emanada do Poder Judiciário;

II - sem garantia, de valor:

até R\$5.000,00, por operação, vencidos há mais de seis meses, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

acima de R\$5.000,00 até R\$30.000,00, por operação, vencidos há mais de um ano, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento, porém, mantida a cobrança administrativa;

superior a R\$30.000,00, vencidos há mais de um ano, desde que iniciado se mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

III - com garantia, vencidos há mais de dois anos, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento ou o arresto das garantias.

IV - contra devedor declarado falido ou pessoa jurídica em concordata ou recuperação judicial, relativamente à parcela que exceder o valor que esta tenha se comprometido a pagar, observado o disposto no § 5º (redação do art. 8º da Lei nº 13.097 de 2015).

Assim, a parcela do crédito cujo compromisso de pagar não houver sido honrado pela pessoa jurídica em concordata ou recuperação judicial poderá, também, ser deduzida como perda, levando tal despela, no final do exercício, à conta de resultado no fechamento do balanço,

Com a modificação da legislação citada, para os contratos inadimplidos a partir de 08-10-14 (data de publicação da MP nº 656) poderão ser registrados como perda os créditos (2

I - em relação aos quais tenha havido a declaração de insolvência do devedor, em sentença emanada no Poder Judiciário;

II - sem garantia , de valor:

a) até R\$15.000,00, por operação, vencidos há mais de seis meses, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

b) acima de R\$15.000,00 até R\$100.000,00, por operação, vencidos há mais de um ano, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento, mantida a cobrança administrativa ; e

c) superior a R\$100.000,00, vencidos há mais de um ano, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

III - com garantia, vencidos há mais de dois anos, de valor:

até R\$50.000,00, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento ou o arresto das garantias; e

superior a R\$50.000,00, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento ou o arresto das garantias; e

IV - contra devedor declarado falido ou pessoa jurídica em concordata ou recuperação judicial, relativamente à parcela que exceder o valor que esta tenha se comprometido a pagar, observado o disposto no § 5º.

## II - O VALOR POR OPERAÇÃO

O conceito de operação foi estabelecido por Instrução Normativa (3). Nas transações mercantis ela será caracterizada pela emissão da fatura, mesmo que englobe mais de uma nota fiscal. Sea empresa emitiu uma fatura e respectiva duplicata de R\$6.000,00 correspondentes a duas notas fiscais de venda de R\$3.000,00 cada uma, o valor da operação é de R\$6.000,00 para efeito dos limites da lei (4). No caso de contrato de mútuo de dinheiro de R\$40.000,00 para pagamento em dez prestações de R\$4.000,00 o valor da operação é de R\$40.000,00 menos as parcelas pagas.

No livro PERGUNTAS E RESPOSTAS de 2007 editado pela RFB a resposta à pergunta nº 120 diz que “os limites de que trata a legislação serão sempre calculados sobre o valor total da operação, ainda que tenha honrado uma parte do débito, o devedor esteja inadimplente de um valor correspondente a uma faixa abaixo da que se encontra o valor total da operação.”

Desta forma, se uma empresa fez venda no valor de R\$6.000,00 para pagamento em três prestações de R\$2.000,00. Neste caso, se o cliente pagou duas prestações e ficou inadimplente da última prestação, a Receita Federal considera o crédito de valor acima de R\$5.000,00. Aquele entendimento contraria o texto literal da lei e, também, o seu objetivo.

Ora, se a lei dispõe que poderão ser registrados como perda os créditos, sem garantia, de valor até R\$ 5.000,00, por operação, vencidos há mais de seis meses, se houve pagamento de parte do valor da

transação e o saldo não liquidado é inferior àquele limite, não há créditos vencidos, por operação, acima de R\$5.000,00.

Por outro lado, se numa venda de R\$ 35.000,00 para pagamento em dez prestações, a falta de pagamento da última prestação de R\$3.500,00 necessitasse de ação judicial para cobrança, o objetivo da lei ficaria frustrado porque o custo de cobrança judicial seria maior que o valor do crédito a receber.

Por sua vez a Instrução Normativa diz que para os fins de se efetuar o registro da perda, os créditos serão considerados pelo seu valor original acrescidos de encargos moratórios em razão da sua não liquidação, considerados até a data da baixa. Essa determinação é absurda porque, com exceção das instituições financeiras, as demais empresas não contabilizam os encargos moratórios sobre créditos vencidos. Mesmo que contabilizasse, o art. 11 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a sua exclusão na determinação do lucro real, independente de cumprir o prazo para baixa da perda.

Deste modo, o crédito de valor superior a R\$30.000,00 somente poderá ser deduzido como perda, na determinação do lucro real, após um ano de seu vencimento e desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento

Por sua vez os créditos com garantia, isto é, aqueles provenientes de vendas com reserva de domínio, de alienação fiduciária em garantia ou de operações com outras garantias reais, qualquer que seja o valor, só poderão ser deduzidos como perdas quando vencidos há mais de dois anos e desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento ou o arresto das garantias.

Outrossim, quando a dedução da perda estiver condicionada ao início da cobrança judicial do crédito, ocorrendo a desistência da cobrança pela via judicial antes de decorridos cinco anos da data do vencimento do crédito, a perda registrada deverá ser estornada ou adicionada ao lucro líquido, na apuração do lucro real do período-base em que ocorrer a

desistência. Nesta hipótese, o imposto será considerado como postergado desde o período-base da dedução da perda.

Essa é, portanto, a regra geral aplicada a todas as empresas tributadas pelo Lucro Real e que desejam deduzir como despesas as perdas na cobrança de seus créditos.

O que dissemos até não se aplica nos casos de empresa falida, em liquidação extrajudicial ou concordatária, que tem regulamentação específica para tais casos.

### III - REGISTRO CONTÁBIL DAS PERDAS

De todo o exposto, resta dizer que os créditos deduzidos como perdas na determinação do lucro real deverão ser escriturados a débito da conta de resultado e a crédito:

I - da conta que registra o crédito em se tratando de crédito sem garantia e de valor até R\$5.000,00;

II - da conta redutora do crédito, nas demais hipóteses.

A dedução da perda não poderá ser feita no LALUR, ou seja, mediante exclusão do lucro líquido. Os valores registrados na conta redutora dos créditos poderão ser baixados definitivamente da escrituração contábil, a partir do período de apuração em que se completar cinco anos do vencimento do crédito sem que o mesmo tenha sido liquidado pelo devedor. A baixa será mediante débito do valor na conta redutora.

No RIR/1999 (6) há disposição no sentido de que os registros contábeis das perdas admitidas nesta Subseção serão efetuados a débito de conta de resultado e a crédito da conta que registrou o crédito, em se tratando de valor até R\$5.000,00, por operação, sem garantia, vencido há mais de seis meses. Entretanto, nada impede que a pessoa jurídica registre a perda a débito da conta de resultado e a crédito de conta redutora, sem dar baixa do crédito.



Os créditos deduzidos como perdas que tenham sido recuperados, em qualquer época ou a qualquer título, inclusive nos casos de novação da dívida ou do arresto dos bens recebidos em garantia real deverão ser computados na determinação do lucro real. Os bens recebidos a título de quitação do débito serão escriturados pelo valor do crédito ou avaliados pelo valor definido na

#### IV - O PRAZO PARA REGISTRAR A PERDA DE CRÉDITOS

Qualquer que seja o valor do crédito, a empresa não está obrigada a deduzir o crédito como despesa. Trata-se de uma faculdade e não de obrigação.

Muitas ações judiciais de cobrança de créditos levam mais de cinco anos até transitar em julgado. A empresa não está obrigada a lançar o crédito como despesa mas à opção de deduzir como perda poderá ser exercida a qualquer tempo, mesmo após decorridos cinco anos e antes ou depois do trânsito em julgado. Enquanto durar a ação judicial a perda não é efetiva e com isso não há que falar em regime de competência.

#### V - OS ENCARGOS FINANCEIROS DE CRÉDITOS VENCIDOS

Após dois meses do vencimento do crédito, sem que tenha havido o seu recebimento, a pessoa jurídica credora poderá excluir do lucro líquido, para determinação do lucro real, o valor dos encargos financeiros incidentes sobre o crédito, contabilizado como receita, auferido a partir do prazo de dois meses do vencimento. Essa hipótese ocorre nas instituições financeiras.

No caso de crédito com garantia ou sem garantia mas de valor superior a R\$30.000,00, a exclusão das receitas financeiras somente tem aplicação quando a pessoa jurídica houver tomado às providências de caráter judicial necessárias ao recebimento do crédito. Os valores excluídos deverão ser adicionados ao lucro líquido do período em que, para os fins legais, se tornarem disponíveis para a credora ou em que reconhecida à respectiva perda. O CARF/MF assim decidiu:

“A forma de classificação contábil dos rendimentos de encargos financeiros vencidos, determinada pelas normas do Banco Central do Brasil, não altera, as suas características para efeitos fiscais e tributários, que se regem por determinação própria” (7)

## VI - OS ABATIMENTOS CONCEDIDOS NA LIQUIDAÇÃO DE CRÉDITOS

O 1º C.C., atual CARF/MF, decidiu que “não se tratando a situação fática de perdas com créditos de liquidação duvidosa, prevista no art. 43 da Lei nº 8.981/95, não há que se falar em esgotamento das possibilidades e meios de cobrança. Assim, os abatimentos concedidos ao devedor na liquidação de operações de crédito classificam-se como despesas operacionais e são dedutíveis do lucro operacional” (8).

A situação decidida pelo Conselho de Contribuintes ocorre com frequência na renegociação de empréstimos ou créditos, quando é concedido perdão ou dispensa de parte ou totalidade de juros ou parte dos créditos. O maior receio das empresas é o das perdas serem consideradas como meras liberalidades, indedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Novamente o CARF decidiu “que as perdas ocorridas na recuperação de créditos resultantes de acordos extrajudiciais são dedutíveis como despesas operacionais na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL de instituições financeiras” (9). (Ac. 1103- 00.453 no DOU de 26-01-12).

Finalmente, na renegociação de dívida por instituição financeira nas operações de crédito realizadas por essas instituições, o reconhecimento da receita para fins de incidência de IRPJ e CSLL ocorrerá no momento do efetivo recebimento do crédito (10).

Concluindo podemos asseverar que o sistema implantando a partir de 01/01/1997 para registro das perdas com recebimentos de créditos como despesas dedutíveis para fins de apuração do lucro real para o IRPJ ficou mais condizente com a realidade empresarial do que o método da antiga provisão para devedores duvidosos.

**NOTAS:**

- (1) Arts. 9º a 12 da Lei nº 9.430, de 1996;
- (2) art. 8º da Lei nº 13.097 de 2015;
- (3) art. 24 da IN nº 93, de 24-12-97;
- (4) art. 9º da Lei nº 9.430, de 1996;
- (5) (5) IN nº 93, de 1997;
- (6) art. 341 do RIR/1999;
- (7) Ac. nº 103-21.619/2004 do 1º C.C. no DOU de 24-06-04;
- (8) Ac. nos 107-06.500/2001 no DOU de 18-04-02, 107-06.506/2001 no DOU de 21-03-02, 101-95.469/2006 no DOU de 18-07-06 e 103-22.556/2006 no DOU de 06-10-06;
- (9) Ac. 1103- 00.453 no DOU de 26-01-12;
- (10) art. 48 da Lei nº 12.715 de 2012.

**BIBLIOGRAFIA:**

- (A) **BRAGA, Hugo Rocha, Demonstrações contábeis: Estrutura e Análise de Balanços, 1999, Editora Atlas, 1999.**
- (B) **DIVERSOS AUTORES, Regulamento do Imposto de Renda 2017, SP, Editora Revistas dos Tribunais.**
- (C) **Equipe Técnica COAD, Curso Prático IRPJ 2012, 12 Volumes, COAD, RJ - Um dos dos Temas específicos do Volume de nº 11.**
- (D) HIGUCHI, Hiromi, Imposto de Renda das Empresas, SP, APET, 41ª Ed., 2017.
- (E) MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário*, 23ª Ed., SP, Malheiros Editora, 2003.

- (F) MARTINS, Eliseu, MANUAL DE CONTABILIDADE SOCIETÁRIA: Aplicável a todas as Sociedades de Acordo com as Normas Internacionais e do CPC, Atlas. 1ª edição (2010) 824 pgs, Editora Atlas.
- (G) PAULSEN, Leandro, *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência*, 6ª ED., Porto Alegre, Livraria do Advogado, ESMAFE, 2004
- (H) PEDREIRA, José Luiz Bulhões, *Imposto de Renda*, Rio de Janeiro: Justec, 1971.

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**VINICIUS DE SOUZA CASTRO**

**ANÁLISE DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.**

VOLTA REDONDA

2017

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**ANÁLISE DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.**

Monografia apresentada ao curso de  
Direito do UniFOA como requisito à  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aluno:

Vinicius de Souza Castro

Orientador:

Prof. Ricardo Maia

**VOLTA REDONDA**

**2017**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Aluno: Vinicius de Souza Castro

Título de Monografia: Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz da jurisprudência e dos princípios constitucionais.

Orientador: Ricardo Fernandes Maia

Banca Examinadora

---

Prof.

---

Prof.

---

Prof.

Monografia avaliada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

Dedico esse trabalho à minha família e amigos.



## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por me dar saúde durante a feitura desse trabalho. Agradeço também ao meu nobre orientador por nortear os caminhos que esse trabalho deveria percorrer, além dos preciosos ensinamentos jurídicos. Agradeço a todos os professores do curso de Direito da FOA, por fomentar em mim a paixão pelo direito. Por fim, agradeço aos meus pais pelo apoio financeiro e psicológico, e à minha namorada Ana Clara, por me emprestar quando foi necessário, material bibliográfico.

## RESUMO

Esse trabalho visa analisar se o tratamento como hediondo dispensado ao tráfico privilegiado está de acordo com os princípios constitucionais norteadores do direito e processo penal. Para isso, o trabalho apresenta um apanhado geral da lei 8.072/1990 (lei de crimes hediondos), abordando sua natureza e consequências jurídicas. Em seguida há a apresentação do dispositivo legal que trata das condutas envolvendo o tráfico de drogas (art. 33 da lei 11.343/2006), sendo esmiuçada todas as condutas previstas. No capítulo seguinte foi feita uma análise da compatibilidade entre a lei de crimes hediondos e o tráfico privilegiado, levando em consideração a etimologia da palavra “hediondo”, e os princípios constitucionais da legalidade, individualização da pena e proporcionalidade. Por fim, esse trabalho examinou a evolução histórica jurisprudencial sobre o tema nos âmbitos do STJ e STF, até a mudança de paradigma por parte do STF, ocorrida em meados de 2016.

Palavras-chave: tráfico privilegiado; hediondez; princípios constitucionais; jurisprudência.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 BREVE ANÁLISE DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS .....</b>	<b>10</b>
2.1 Origem .....	10
2.2 Crimes elencados como hediondos e equiparados.....	12
2.3 Consequências jurídicas.....	13
2.3.1 Tratamento processual penal.....	15
2.3.2 Tratamento penal.....	20
<b>3 ANÁLISE DO ART. 33, LEI 11.343/06 .....</b>	<b>25</b>
3.1 Tráfico de drogas (art. 33, caput).....	26
3.2 Tráfico equiparado (art. 33, § 1º).....	29
3.3 Induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de drogas (art. 33, § 2º) 36	
3.4 Cessão gratuita para consumo (art. 33, § 3º).....	38
3.5 Tráfico Privilegiado (art. 33, § 4º).....	39
<b>4 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE ENTRE O TRÁFICO PRIVILEGIADO E A LEI DE CRIMES HEDIONDOS.....</b>	<b>47</b>
4.1 A questão da hediondez sob o enfoque etimológico .....	49

4.2 Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz do princípio da legalidade e reserva legal.....	51
4.3 Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz do princípio da individualização da pena.....	57
4.4 Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz do princípio da proporcionalidade.....	60
<b>5 MUDANÇA DE PARADIGMA.....</b>	<b>64</b>
5.1 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça .....	64
5.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal .....	68
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>75</b>
<b>7 REFERÊNCIAS.....</b>	<b>77</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1998, ao determinar em seu art. 5º, XLIII, que não seria suscetível de fiança, graça ou anistia, dentre outros, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, equiparou-o aos crimes hediondos, dando um mandamento ao legislador ordinário para disciplinar a matéria, que assim fez, por meio da lei 8.072/90<sup>1</sup>.

Ocorre que, com a edição da lei 11.343/2006, precedida pela retrógrada lei 6.368/76, foram trazidas algumas inovações, dentre elas, a contemplada no seu artigo 33 § 4º, que passou a diferenciar a figura do traficante profissional do traficante eventual, que na vigência da antiga lei de drogas (lei 6.368/76) recebiam as mesmas penas sem qualquer diferenciação<sup>2</sup>.

No dispositivo acima mencionado da nova lei de drogas, ao traficante eventual, isto é, ao sujeito primário e de bons antecedentes, que eventualmente se utiliza do comércio ilícito de drogas, mas que não apresenta um perfil delinquencial, não se dedica e nem possui raízes fincadas no crime, e que em muitas das vezes experimenta a traficância por pura necessidade econômica ou até mesmo para sustentar o próprio vício, a lei previu uma diminuição substancial da pena, que pode variar de 1/6 a 2/3.

Diante disso, passou-se a discutir na doutrina e jurisprudência o real alcance da expressão “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, previsto na CF/88 e na lei de crimes hediondos, havendo o questionamento se a nova figura prevista no art. 33 § 4º, lei 11.343/06 apelidada pela doutrina como tráfico privilegiado, deveria sofrer ou não a pecha da hediondez.

---

<sup>1</sup> COUTO, Felipe Guimarães Do. **A aplicação do direito penal do inimigo na repressão ao tráfico de drogas**. 2012. 23 f. Monografia (especialização). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012, p. 19/20. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2012/trabalhos\\_22012/FelipeGuimaraesCouto.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/FelipeGuimaraesCouto.pdf)>. Acesso em 04 de março de 2017.

<sup>2</sup> Vide art. 12 da lei 6.368/76.

A jurisprudência, inicialmente, se inclinou pelo reconhecimento da hediondez do tráfico privilegiado, tendo inclusive o STJ sumulado entendimento pela sua hediondez, no ano de 2014<sup>3</sup>. Mas, com o tempo, tal entendimento foi perdendo força, especialmente no STF, até que em 2016, por meio do Habeas Corpus nº 118.533/MS<sup>4</sup>, de forma inédita, decidiu por afastar seu caráter hediondo, rompendo com o paradigma tradicional.

Em vista desse cenário, esse trabalho tem como escopo, verificar se é correto conferir o rótulo de hediondo ao tráfico privilegiado, usando como norte os princípios da legalidade e reserva legal, individualização da pena, e o princípio da proporcionalidade.

---

<sup>3</sup>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 512**: A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. Terceira Seção. 11/06/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 01 de março de 2017.

<sup>4</sup>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>> Acesso em 01 de março de 2017.

## 2 BREVE ANÁLISE DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

### 2.1 Origem

O tratamento penal diferenciado destinado aos crimes hediondos, no Brasil, surgiu no ordenamento jurídico com a promulgação da atual Constituição Federal, no dia 05 de outubro de 1988, que em seu artigo 5º, inciso XLIII, dispôs que, à prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, e aos crimes hediondos, deveria lei infraconstitucional dispensar um tratamento excepcionalmente mais gravoso, trazendo o dispositivo constitucional a esses crimes, a impossibilidade de concessão de fiança, graça ou anistia<sup>5</sup>.

Portanto, a Constituição Federal de 1988, foi a gênese legal do tratamento excepcional atribuído aos crimes hediondos no nosso ordenamento pátrio, cuidando ainda, de dar ao legislador ordinário, a ordem mandamental de editar uma lei que tratasse dos crimes hediondos e assemelhados.

Ocorre que até o início do ano de 1990, essa lei ainda não havia sido promulgada, havendo uma pressão popular muito intensa sobre a classe política, acerca de medidas satisfativas de combate ao crime, que no fim dos anos 80 e início dos anos 90, sofreram vertiginoso aumento no Brasil, especialmente no que diz respeito aos delitos considerados graves, em particular na cidade do Rio de Janeiro<sup>6</sup>.

Foi então que, dois acontecimentos, foram determinantes e tiveram especial influência na edição e promulgação de nossa lei de crimes hediondos, haja visto o momento de pânico, pressão popular e a grande insegurança que assolava a população brasileira naquele período<sup>7</sup>:

---

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>6</sup> HABIB, Gabriel. **O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos**. 1 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016, p. 19.

<sup>7</sup>*Ibidem*, p. 19/20.

O primeiro acontecimento, foi o sequestro do empresário Abílio Diniz<sup>8</sup>, um dos homens mais ricos do país, no dia 11 de dezembro de 1989, na cidade de São Paulo, que durou seis dias, e cuja libertação da vítima aconteceu na véspera das eleições presidenciais daquele ano, que ocorrera no dia 16.

O segundo acontecimento, foi o sequestro do empresário Roberto Medina<sup>9</sup>, fundador do maior evento de música do Brasil, o Rock in Rio, e irmão do até então Deputado Federal pelo Rio de Janeiro, Rubem Medina, que ocorreu no dia 06 de junho de 1990, na cidade do Rio de Janeiro, perdurando por 16 dias, e culminando na libertação da vítima no dia 21 do mesmo mês.

Essas duas ocorrências tornaram imperativa a urgência de ações políticas no sentido de contenção da criminalidade, o que para o Estado, seria resolvido com a edição de uma lei mais severa que tratasse desses delitos considerados de maior reprovabilidade. Felipe Guimarães do Couto, atento ao contexto histórico acerca da criação da lei de crimes hediondos, discorre que

O Estado, atendendo ao clamor público, com seu poder repressivo, ao publicar a Lei de Crimes Hediondos tinha como escopo demonstrar publicamente que dispunha de um poder punitivo que inibiria a violência dos delinquentes, esquecendo que às raízes da violência está no próprio sistema estatal que promove de maneira brutal a desigualdade social<sup>10</sup>.

Complementando, Alberto Silva Franco *apud* Couto:

A conclusão subsequente é a de que a Lei de Crimes Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos seguimentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja,

<sup>8</sup> REMÍGIO, Marcelo. **Sequestro do empresário Abílio Diniz agitou campanha presidencial em 1989**. Disponível em: <<http://www.averdadesufocada.com/index.php/editoria-do-site-notcias-90/2550-2111-o-sequestro-de-abilio-diniz>> Acesso em 8 de outubro de 2016.

<sup>9</sup> OBSERVATÓRIO DE MÍDIA E VIOLÊNCIA. **Sequestro de Roberto Medina**. Disponível em: <[http://www.midiaeviolencia.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9%3Asequestro-de-roberto-medina&catid=25&Itemid=140](http://www.midiaeviolencia.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9%3Asequestro-de-roberto-medina&catid=25&Itemid=140)> Acesso em 8 de outubro de 2016.

<sup>10</sup> COUTO, Felipe Guimarães Do. **A aplicação do direito penal do inimigo na repressão ao tráfico de drogas**. 2012. 23 f. Monografia (especialização). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012, p. 20. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2012/trabalhos\\_22012/FelipeGuimaraesCouto.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/FelipeGuimaraesCouto.pdf)>. Acesso em 04 de março de 2017.



o de dar à população a falsa ideia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança<sup>11</sup>.

Isto posto, foi nesse cenário de violência crescente, insegurança pública e clamor popular por respostas governamentais, que surgiu a Lei 8.072, conhecida como a lei de crimes hediondos, editada às pressas e publicada no dia 25 de julho de 1990 (34 dias após o fim do sequestro do empresário Roberto Medina), servindo como mera medida paliativa de contenção da crescente criminalidade, inserindo um tratamento penal e processual penal diferenciado, mais rigoroso, para os crimes hediondos e a eles equiparados.

## 2.2 Crimes elencados como hediondos e equiparados

A CF/88, não trouxe em seu dispositivo, definição de crime hediondo e tampouco elencou quais seriam esses crimes, deixando à lei ordinária, a responsabilidade de especificar tais delitos, limitando-se a enunciar, no seu art. 5º, XLIII, que os crimes hediondos, o tráfico de drogas, o terrorismo e tortura, seriam inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia.

Pois então, da leitura do dispositivo constitucional reportado acima, podemos chegar à conclusão que o tráfico de drogas, o terrorismo e a prática de tortura não são considerados propriamente crimes hediondos, mas foram a eles equiparados por vontade do legislador constituinte, já que previu o mesmo tratamento a ambos.

Equiparar<sup>12</sup> significa tornar igual, dar o mesmo tratamento, e por isso, a lei 8.072/90 traz no artigo 1º quais são os delitos hediondos, e em seguida, no seu artigo

---

<sup>11</sup>SILVA FRANCO, Alberto. Crimes Hediondos. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p 582 *apud* COUTO, Felipe Guimarães Do. **A aplicação do direito penal do inimigo na repressão ao tráfico de drogas**. 2012. 23 f. Monografia (especialização). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012, p. 21. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2012/trabalhos\\_22012/FelipeGuimaraesCouto.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/FelipeGuimaraesCouto.pdf)>. Acesso em: 04 mar. 2017.

<sup>12</sup> AURÉLIO, DICIONÁRIO ONLINE. **Equiparar**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/equiparar>> Acesso em 8 de setembro de 2016.

2º, traz os crimes constitucionalmente equiparados a eles, aos quais deverá ser efetivado o mesmo tratamento penal e processual penal.

Preceitua o artigo 1º da Lei 8.072/90, que são hediondos, os crimes consumados ou tentados de: Homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado; lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte, quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; estupro; estupro de vulnerável; epidemia com resultado morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável; e o genocídio<sup>13</sup>.

O artigo 2º completa o anterior, trazendo os crimes assemelhados aos hediondos, e prevendo as consequências penais e processuais penais (que serão abordadas no próximo subtítulo) atribuídas aos crimes supramencionados no parágrafo anterior, e também ao crime de prática de tortura, ao crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins, e ao crime de terrorismo<sup>14</sup>.

### 2.3 Consequências jurídicas

Como já demonstrado anteriormente no subitem 2.1 do presente capítulo, a lei 8.072/90 foi editada e promulgada às pressas, como uma resposta, ainda que simbólica, ao pânico que vivia a população brasileira.

---

<sup>13</sup>BRASIL. Lei de Crimes Hediondos. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>14</sup>*Idem*.

Sua intenção, claramente, foi impedir que o agente que cometesse os delitos hediondos e equiparados, não permanecesse em liberdade, dispondo para isso de um tratamento muito mais rigoroso e severo, seja na seara penal, seja na seara processual penal. Prova disso, é que a lei de crimes hediondos, nesses pouco mais de 26 anos de vigência, sofreu diversas modificações, sendo eivada de diversas inconstitucionalidades.

A redação original do art. 2º da lei de crimes hediondos, por exemplo, vedava em seu inciso II, a concessão de liberdade provisória, e no parágrafo 1º, previa a imposição do regime integralmente fechado aos apenados por crimes hediondos e equiparados, o que impossibilitava a progressão de regime, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, e a concessão do livramento condicional.

Com o advento da lei 11.464 de 2007, que alterou esse artigo, a lei 8.072/90 passou a admitir a liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados, e passou a prever que apenas o regime inicial de cumprimento de pena deveria ser o regime fechado. Antes da promulgação dessa lei, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006, por meio do julgamento do Habeas Corpus 82.959/SP, já havia declarado de forma incidental, a inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime<sup>15</sup>.

Contudo, o novo texto do parágrafo 1º da lei 8.072/90 dado pela lei 11.464/07, que passou a prever a obrigatoriedade de se iniciar o cumprimento de pena no regime fechado, também foi objeto de controle difuso de constitucionalidade, tanto pelo STF quanto pelo STJ, considerando os Tribunais que tal mandamento também é inconstitucional, pois viola o princípio da individualização da pena.

Nesse sentido, assim considerou o Ministro do STJ Og Fernandes, durante o julgamento do HC nº 149.807/SP, em 2010:

[...]. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 9 Cópia HC 111.840 / ES 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é

---

<sup>15</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº82.959/SP**. Plenário. Relator: AURÉLIO, Marco. Julgado em 23/02/2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp/inteiro-teor-100477870>> Acesso em 1 de setembro de 2016.

que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do caso por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso[...]<sup>16</sup>.

Em 2012, o STF, no julgamento do HC nº 111.840/ES, seguiu o entendimento supra e também declarou inconstitucional, via incidental, a imprescindibilidade de se iniciar o cumprimento de pena no regime mais gravoso, admitindo-se o início do cumprimento de pena em regime diverso do fechado<sup>17</sup>.

Importante salientar que o controle incidental de constitucionalidade, também chamado de controle difuso, é aquele realizado em qualquer instância judicial, por qualquer juiz ou tribunal, que pode afastar a incidência de uma norma reputada inconstitucional no caso concreto, tendo eficácia apenas *erga singulum*, ou seja, seus efeitos são sentidos apenas pelas partes do processo onde a inconstitucionalidade foi declarada. Portanto, a norma que prevê o cumprimento inicial em regime fechado, previsto no parágrafo 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 não foi revogada, em que pese a jurisprudência já ter reconhecido incidentalmente sua inconstitucionalidade.

Passemos então, nos próximos subitens a analisar o atual tratamento jurídico conferido aos crimes hediondos e aos crimes a eles equiparados.

### 2.3.1 Tratamento processual penal

---

<sup>16</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 149.807/SP**. Sexta Turma. Relator: FERNANDES, OG. Julgado em 06/05/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16805083/habeas-corpus-hc-149807-sp-2009-0195777-0>> Acesso em: 1 de setembro de 2016.

<sup>17</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 111.840/ES**. Plenário. Relator: TOFFOLI, Dias. Julgado em 27/06/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=111840&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 1 de setembro de 2016.

Inicialmente, destacamos que no plano processual penal, os crimes hediondos e equiparados são insuscetíveis de concessão de fiança, segundo leitura do artigo 2º, II, da Lei 8.072/90.

O instituto da fiança está previsto no capítulo V (art. 319, VIII) e VI (a partir do art. 322) do Código de Processo Penal, tendo natureza de medida cautelar, que visa garantir a efetividade do processo, propiciando, caso o réu seja condenado, a reparação do dano causado, e ainda, permitindo que o réu responda ao processo em liberdade.

Fernando Capez, salienta que “o dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado”<sup>18</sup>. Julio Fabbrini Mirabete, tratando do instituto em comento, assim o conceitua:

A fiança, em termos legais, é uma garantia real de cumprimento das obrigações processuais do réu. É garantia real porque tem por objeto coisas (art. 330), não existindo mais a fiança fidejussória no processo penal comum. É um direito constitucional do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível. É um meio utilizado para obter a liberdade provisória; se o acusado está preso, é solto; se está em liberdade, mas ameaçado de prisão, a custódia não se efetua<sup>19</sup>.

Muito embora seja vedada a concessão de fiança aos crimes hediondos e equiparados, atualmente há o entendimento na doutrina e jurisprudenciano sentido de que a vedação de concessão de fiança não impede, por si só, a concessão de liberdade provisória, tanto é que, foi retirado do texto do inciso II, art. 2º, lei 8.072/90, a parte que vedava a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados. A própria CF/1988, no artigo 5º, inciso LXVI, clarifica esse entendimento, dispondo que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”<sup>20</sup>. Destarte, o juiz deverá observar, se estão

---

<sup>18</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2013, p. 363.

<sup>19</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 7 ed. São Paulo, SP: Atlas, 2000, p. 726.

<sup>20</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

presentes os requisitos necessários para a prisão preventiva, e caso não estejam, deverá o réu ser posto em liberdade.

Em concordância com o acima exposto, Paulo Rangel leciona sobre o tema da seguinte forma:

De acordo com o novo texto legal, não resta dúvida de que o juiz poderá conceder ao réu liberdade provisória, fundamentadamente. A supressão da expressão “liberdade provisória” do inciso II e a redação do § 3º não permitem outro entendimento acerca da possibilidade da liberdade provisória em crime hediondo, até porque a possibilidade de progressão de regime (§ 1º), até então vedada, é outro indicativo da adoção de política criminal mais favorável ao réu.

Nesse sentido, o juiz, hodiernamente, verifica se estão presentes os motivos que autorizam a custódia cautelar do acusado. Se positiva a resposta, decreta a prisão preventiva. Se negativa, concede-lhe a liberdade provisória, tudo em conformidade com o disposto no § 3º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos<sup>21</sup>.

Especificamente quanto ao tráfico de drogas, há ainda a vedação da liberdade provisória por força do art. 44, da lei 11.343/06, porém, a jurisprudência e a doutrina também têm se inclinado pela inconstitucionalidade de tal vedação. Vejamos algumas decisões do nosso Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EXCEÇÃO À SÚMULA N. 691/STF. 1. Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal 2. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. 3. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. 4. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência,

---

<sup>21</sup>RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 878.

da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória. 5. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõe-se porém ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente. 6. Situação de flagrante constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula n. 691/STF. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por al não estiver preso. (HC 100745, Relator (a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-04 PP-01121)<sup>22</sup>.

Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. (HC 104339, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012)<sup>23</sup>.

E o professor Rogério Sanches Cunha, arrematando, pondera:

[...]proibindo o beneplácito da liberdade provisória somente para o tráfico (e não para outros delitos elencados na Lei 8.072/90, alguns até mais graves, como o latrocínio, por exemplo), são desconsiderados princípios basilares do Direito Penal, como o da razoabilidade, da proporcionalidade e da isonomia (porque proibir liberdade provisória apenas ao traficante, e não ao esturador?). Constantemente alertamos o equívoco de se vedar benefícios penais e/ou processuais a determinados crimes em abstrato, ignorando as circunstâncias que rodeiam o caso concreto, técnica que transforma o magistrado num autômato, fazendo preponderar um positivismo cego, em claro detrimento da Justiça<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 100.745/SC**. Segunda Turma. Relator: GRAU, Eros. Julgado em 09/03/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2893115%2E+O+U+93115%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jssgult>> Acesso em 7 de março de 2017.

<sup>23</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 104.339/SP**. Tribunal Pleno. Relator: MENDES, Gilmar. Julgado em 10/05/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28104339%2E+O+U+104339%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jznazmt> Acesso em 7 de março de 2017.

<sup>24</sup> CUNHA, Rogério Sanches. "Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes". *IN: GOMES, Luiz Flavio (ORG). Lei de drogas comentada*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014, p. 227.

Outra consequência processual, é que o apelo em liberdade, no caso de sentença condenatória, estará sujeito a decisão do juiz, segundo o parágrafo 3º, art. 2º da lei em comento. Ora, esse dispositivo inverte a lógica geral que ensina que o juiz deve motivar a decretação da prisão preventiva e não a liberdade provisória, constituindo flagrante antecipação da punição, contrariando inclusive o art. 283, CPP, que estabelece, *in verbis*:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva<sup>25</sup>.

A apelação de sentença penal condenatória é dotada de efeito suspensivo, possibilitando ao acusado, em regra, apelar em liberdade, porém o dispositivo ora abordado previsto na lei de crimes hediondos, faz com que a liberdade vire a exceção, e torna a prisão a regra, já que o juiz deve fundamentar o motivo de colocar o réu em liberdade para apelar, e não, o motivo de cerceamento de sua liberdade através da prisão preventiva, sendo um claro atentado ao princípio da presunção de inocência.

A prisão preventiva, independentemente do crime, deve ser medida excepcional, devendo ser decretada tão somente quando presentes os requisitos previstos no artigo 312, CPP, tais como, garantir a ordem pública e econômica, permitir o deslinde da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal<sup>26</sup>. Corroborando, convém destacar aslições de Tourinho Filho:

Em face do exposto, que tem o apoio da totalidade da doutrina, chegar-se à conclusão inarredável de que a prisão preventiva, pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, **só se justifica quando presente uma dessas circunstâncias: conveniência da instrução criminal ou exequibilidade da efetivação da pena, jamais com fundamento de tratamento punitivo.** Desse modo, **toda e qualquer prisão provisória que supere esse limite é ilegítima, arbitrária,** visto que contrária ao princípio da “presunção de inocência”<sup>27</sup>. (Grifo meu)

---

<sup>25</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** *In:Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Código de processo penal comentado**. 15 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014, p. 930.



Por fim, a última consequência processual penal, segundo o parágrafo 4º, art. 2º, da lei ora conferenciada, a prisão temporária poderá se dar pelo prazo de 30 dias, podendo ser prorrogada por igual período<sup>28</sup>. No tratamento ordinário e habitual dispensado aos crimes não hediondos, a prisão temporária pode se dar por no máximo 5 dias, também podendo ser prorrogada por igual período, em caso de comprovada necessidade<sup>29</sup>.

### 2.3.2 Tratamento penal

No plano penal, os crimes hediondos e equiparados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto, de acordo com o inciso I do art. 2º da lei 8.072/90, sendo válido mencionar que o art. 5º, XLIII, da CF/88, veda apenas a concessão de anistia e graça.

A anistia, a graça, e o indulto nada mais são do que causas de extinção da punibilidade, com previsão legal no art. 107, II, CP. Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, no que diz respeito ao tema, assim orientam:

Extinguem a punibilidade a anistia, a graça e o indulto (art. 107, inciso II). São causas extintivas motivadas por política criminal, além de processo de individualização da pena, para moderar os rigores implacáveis da lei na aplicação ou execução da pena ou, eventualmente, destinadas a remediar erro judiciário<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup>BRASIL. Lei de Crimes Hediondos. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>29</sup> BRASIL. **Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 2º.

<sup>30</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte geral. 28 ed. São Paulo, SP: Atlas, 2012, p. 377.

A competência para conceder anistia é do Congresso Nacional<sup>31</sup>, que por meio de lei federal perdoa determinadas infrações penais já praticadas, extinguindo todos os efeitos penais, subsistindo apenas o dever de indenizar.

Já quanto à graça e o indulto, a competência é do Presidente da República, que por meio de um decreto, concede perdão a determinados transgressores das normas penais, se diferenciando na medida que a graça é uma clemência individual concedida mediante requerimento do próprio condenado, do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa<sup>32</sup>, e o indulto, um perdão coletivo, feito de maneira discricionária pelo Presidente da República<sup>33</sup>, podendo ser delegado aos ministros de Estado, ao procurador-geral da República ou ao advogado-geral da União<sup>34</sup>.

Tanto na graça quanto no indulto, extingue-se apenas os efeitos principais da condenação previstos no respectivo decreto presidencial, restando, porém, os efeitos secundários (como a reincidência, por exemplo), podendo a extinção ainda se dar de forma plena, quando a pena é extinta, ou parcial, quando a pena é diminuída ou comutada (nesse caso, de fato, não existe extinção da punibilidade, mas sim um abrandamento da pena imposta).

Ainda no plano penal, o art. 2º, parágrafo 1º da lei 8.072/90, prevê que os crimes hediondos e equiparados devem ser cumpridos inicialmente obrigatoriamente no regime fechado de pena privativa de liberdade, independentemente do quantum de pena suportado pelo condenado. Hodiernamente, nos crimes não hediondos, o que define o regime inicial de cumprimento de pena é o tipo de pena aplicada ao crime (reclusão ou detenção), o quantum de pena, a reincidência e as circunstâncias judiciais<sup>35</sup>. Válido é lembrar, como já explanado no início do subtítulo 2.3, que muito embora tal mandamento previsto no art. 2º, §1º da lei de crimes hediondos não tenha

---

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 48, VIII.

<sup>32</sup> BRASIL. Lei de Execução Penal. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 188.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 84, XII.

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 84, parágrafo único.

<sup>35</sup> BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 33, § 2º e 3º.

sido revogado, parte da doutrina e jurisprudência consentem pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, por afrontar ao princípio da individualização da pena e por contrariar a Súmula 719 do STF, segundo o qual “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea<sup>36</sup>. Endossando tal compreensão, vejamos o posicionamento de Rogério Greco sobre a fixação do regime inicial de cumprimento de pena:

Assim, a decisão do STF, embora *incidenter tantum*, deverá ser aplicada não somente aos casos futuros, permitindo-se ao julgador, quando possível, a fixação de outro regime inicial de cumprimento de pena, que não o fechado, devendo, ainda, retroagir, a fim de alcançar aquelas condenações, já transitadas em julgado, ou mesmo ainda pendente de recurso, para que esse novo entendimento seja aplicado a todos os agentes condenados não somente pelo tráfico de drogas, mas a todas as infrações penais previstas na Lei nº 8.072/90, que fizerem jus à fixação de um regime inicial de cumprimento de pena, diverso do fechado<sup>37</sup>.

Destacamos ainda, no campo penal, a diferenciação que faz a lei 8.072/90 quanto à progressão de regime, que passou a ser possível no caso dos delitos hediondos e equiparados graças a edição da lei 11.464/07. Dispõe o § 2º, art. 2º da lei de crimes hediondos, que a progressão de regime poderá ser feita mediante cumprimento de 2/5 da pena, no caso de réu primário, e 3/5 se o apenado for reincidente. No tratamento ordinário, a progressão de regime se dá mediante cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior, devendo o condenado, além disso, ter bom comportamento<sup>38</sup>.

Vejamos o que ensina Cezar Roberto Bitencourt acerca da progressão de regime:

A Reforma Penal adotou, como se constata, um sistema progressivo de cumprimento de pena, que possibilita ao próprio condenado, através de seu procedimento, da sua conduta carcerária, direcionar o ritmo de cumprimento de sua sentença, com mais ou menos rigor. Possibilita ao condenado ir conquistando paulatinamente a sua liberdade, ainda durante o cumprimento de pena, de tal maneira que a pena a ser cumprida não será sempre e

---

<sup>36</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 719**. 15/08/2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2238&seo=1>>. Acesso em: 19 de dezembro de 2016.

<sup>37</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 494.

<sup>38</sup> BRASIL. Lei de Execução Penal. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 112.

necessariamente a pena aplicada. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Código a conquista progressiva de parcelas da liberdade suprimida<sup>39</sup>.

Outra medida diferenciadora no campo penal, se refere ao livramento condicional, nos termos do art. 5º da Lei 8.072/90, que acrescentou o inciso V ao art. 83 do CP. Além dos pressupostos costumeiros que devem ser cumpridos por qualquer condenado para alcançar o benefício da liberdade condicional, o condenado a crimes hediondos ou equiparados fará jus a tal benefício, desde que cumpra mais de 2/3 da pena, todavia, se o réu for reincidente específico desses delitos, ou seja, for condenado por algum crime hediondo ou equiparado, e cometer novamente um crime de natureza hedionda, estará impossibilitado de receber o livramento condicional. No tratamento habitual dado aos crimes não hediondos, se o condenado não for reincidente em crime doloso, poderá receber o livramento condicional desde que cumpra mais de 1/3 da pena, e se for reincidente, mais da metade da pena<sup>40</sup>.

Citamos mais uma vez Bitencourt, que assim preleciona sobre a importante função do livramento condicional na recuperação social do condenado:

A concepção moderna de que a finalidade da pena é prevalentemente preventiva e visa também a reinserção social do condenado ou, como diz mais recentemente Muñoz Conde, pelo menos, evitar a “dessocialização”, implica que, quando o apenado mostra-se reformado, a pena já não tem para ele nenhuma finalidade, e deve ser posto em liberdade. Como, no entanto, a reforma apresentada pode ser aparente ou simulada, a liberdade condicional apresenta-se como instrumento adequando, isto é, um período de prova durante o qual o beneficiário continua vigiado e sob condições, para demonstrar sua verdadeira recuperação. É a aprendizagem da nova vida em liberdade. Em verdade, por tal instituto, o condenado a uma pena privativa de liberdade pode sair do estabelecimento antes do término fixado na sentença condenatória, claro, sempre que houver determinadas circunstâncias e sob certas condições. É uma antecipação, embora limitada, da liberdade. A liberação organizada sobre a base de um regime de assistência e vigilância do apenado durante certo prazo, com a possibilidade de reingresso na prisão em caso de má conduta, oferece ao réu mais possibilidade de reinserção, sem esquecer a sociedade, via prevenção geral. Através desse instituto, coloca-se no convívio social o criminoso que apresenta, em determinado momento do cumprimento da pena, suficiente regeneração<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 11 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007, p. 452.

<sup>40</sup>BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 83, I e II.

<sup>41</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 11 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007, p. 656.

Por fim, a lei de crimes hediondos, trouxe o agravamento de pena, em alguns crimes, de acordo com os artigos 6º e 8º:

No art. 6º, houve o aumento de pena dos crimes de roubo, extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia e envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal. No art. 8º, foi disposto que a pena para o delito de associação criminosa deverá ser aumentada de 1 a 3 anos para 3 a 6 anos, se os transgressores se associarem para a prática de crimes hediondos ou equiparados.

Esse é, portanto, o panorama geral da lei de crimes hediondos, necessário para adentrarmos no mérito do trabalho, que visa analisar se esse tratamento diferenciado é de razoável aplicação ao crime do dito tráfico privilegiado.

### 3 ANÁLISE DO ART. 33, LEI 11.343/06

O artigo 33 da lei 11.343/06, é o dispositivo que traz a tipificação do delito de tráfico de drogas em suas diversas formas.

Os crimes previstos nesse artigo têm como sujeito passivo a coletividade, e como bem jurídico tutelado, a saúde pública, entendendo a maior parte da doutrina, que se trata de um crime de perigo abstrato, não havendo por essa razão, necessidade de se comprovar o risco efetivo à saúde pública, já que o perigo é presumido por lei, bastando que o agente pratique alguma das condutas criminalizadas para configurar a ilicitude<sup>42</sup>.

Devido à complexidade da matéria e as constantes modificações das substâncias psicotrópicas, a lei 11.343/06 optou por não definir o conceito de droga, tampouco definir quais as substâncias têm a comercialização proibida no Brasil, se limitando a dizerem seu art. 66:

Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998<sup>43</sup>.

A referida lei, portanto, respeitando a complexidade da matéria, limitou-se a estabelecer quais condutas são criminosas, e quais devem ser as sanções para cada conduta, ficando a tarefa de discriminar quais seriam as substâncias ilegais, sob a responsabilidade da ANVISA, que as determina por meio da Portaria 344<sup>44</sup>. Diante disso, a lei de drogas é considerada uma norma penal em branco, ou seja, uma norma

---

<sup>42</sup>CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. In: GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014, p 181.

<sup>43</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>44</sup>SECRETARIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n.º 344**, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/portaria\\_344\\_98.pdf](http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/portaria_344_98.pdf)> Acesso em 20 de março de 2017.

que necessita de complementação para ter aplicabilidade. Rogério Greco, define o conceito das normas penais em branco da seguinte forma:

Normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de um outro diploma – leis, decretos, regulamentos etc. – para que possam, efetivamente, ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível sua aplicação<sup>45</sup>.

Destarte, faremos nos próximos subtítulos, as considerações mais relevantes e importantes com relação as diversas condutas previstas no art. 33, afim de diferencia-las, bem como suas consequências jurídicas, para que possamos compreender quais condutas devem sofrer a pecha da hediondez.

### 3.1 Tráfico de drogas (art. 33, caput)

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa<sup>46</sup>.

No *caput* do artigo 33, está o delito de tráfico ilícito de drogas, na sua forma simples, havendo 18 verbos compondo o tipo, bastando que o agente pratique dolosamente, sem autorização legal ou em desacordo com a autorização, apenas um dos verbos para incorrer no delito. Importante lembrar, que por se tratar de crime de conteúdo variado, ainda que o sujeito pratique no mesmo contexto, isto é, no mesmo

---

<sup>45</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 22.

<sup>46</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

cenário delituoso, mais de uma das ações previstas no *caput*, responderá por um único crime.

Relevante é comentar que a lei 11.343/06 não prescreve objetivamente, o que na prática, é tráfico de drogas e o que é porte para uso pessoal (já que a maioria das condutas podem ser praticadas por ambos), trazendo meramente critérios subjetivos, penderes de discricionariedade da polícia, do Ministério Público e do julgador para determinar quem é traficante e quem é apenas usuário de drogas. Tais critérios são encontrados no art. 28, § 2º, segundo qual:

Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Em complemento, o art. 52, I, prescreve:

Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:  
I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente<sup>47</sup>;

Diante da falta de critérios mais claros e objetivos para a diferenciação do usuário e do traficante, na vigência da atual lei de drogas, o número de pessoas encarceradas por tráfico de drogas, passou de 31 mil em 2006, quando a lei foi publicada, para 138 mil em 2013<sup>48</sup>.

Por ser em regra, um crime instantâneo, a consumação do delito se dará com a prática de qualquer das ações previstas no *caput*, com algumas exceções, onde a

---

<sup>47</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>48</sup>G1. **Com lei de drogas, presos por tráfico passam de 31 mil para 138 mil no país**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-trafico-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2017.



consumação se protrairá no tempo, como por exemplo, nas modalidades de “expor à venda”, “trazer consigo” e “manter em depósito”<sup>49</sup>.

Em regra, pode ser sujeito ativo do crime, qualquer pessoa, sendo um crime comum. Todavia, exceção se apresenta quanto a conduta de “prescrever”, que exigirá a qualidade específica de profissional da área da saúde com competência para receitar a droga, como médico, dentista, farmacêutico, enfermeiro, sendo quanto a esse caso, tratar-se de crime próprio<sup>50</sup>.

Interessante também, é a previsão do art. 33, caput, quanto ao fornecimento gratuito de drogas ilícitas, demonstrando não ser necessário o propósito mercantilista para se caracterizar o crime, se amoldando à conduta do traficante que distribui as chamadas “amostras grátis” aos usuários. Nota-se, porém, caso esse fornecimento seja eventual e com a finalidade de consumo compartilhado, poderá a conduta se amoldar ao art. 33, § 3º, que será estudada a frente.

Por fim, a situação de traficância só será caracterizada se as condutas previstas no artigo forem praticadas “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar<sup>51</sup>”. Os artigos 2º e 31 da lei 11.343/06, admitem a possibilidade de exploração de drogas no Brasil com autorização legal ou para fins específicos, como por exemplo, para estudos científicos, para fins medicinais, ou ainda, para o uso religioso:

Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.  
Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. In: GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014, p. 181.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>51</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Artigo 33, *caput*.

<sup>52</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Art. 2º, *caput*.

Portanto, em situações extraordinárias, é possível a exploração de drogas em território brasileiro, sendo necessária autorização especial expedida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, devendo o beneficiário da autorização fazê-la nos moldes do que foi autorizado<sup>53</sup>. Vicente Greco Filho *apud* Cunha, assim discorre sobre o uso incorreto da autorização especial:

Equivale à ausência de autorização o desvio de autorização, ainda que regularmente concedido, como, por exemplo, alguém autorizado a importar cem gramas de morfina para fins terapêuticos, fizer a importação de cento e dez; ou, então, se alguém, autorizado a ter a posse para determinado fim, usa o entorpecente para outro<sup>54</sup>.

### 3.2 Tráfico equiparado (art. 33, § 1º)

Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas<sup>55</sup>.

Nos incisos do parágrafo 1º do artigo 33 em estudo, foram tipificadas condutas equiparadas ao tráfico de drogas, prevendo a lei, a mesma pena cominada ao crime previsto no *caput*. Porém, além da pena privativa de liberdade, o agente aqui enquadrado terá sua propriedade expropriada, segundo o art. 32, § 4º, que em consonância com o art. 243, CF/88, determina que as propriedades onde se encontre

---

<sup>53</sup>SECRETARIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n.º 344**, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/portaria\\_344\\_98.pdf](http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/portaria_344_98.pdf)> Acesso em 20 de março de 2017.

<sup>54</sup> GRECO FILHO, Vicente. Lei de Drogas Anotada – Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva 2008, p 82 *apud* CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. *In*: GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014, p. 179.

<sup>55</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. *In: Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

plantações ilegais de drogas, deverão ser confiscadas pelo Estado, não tendo o proprietário, direito algum a indenização.

No inciso I, há a previsão da conduta de tráfico ilícito de matéria-prima, insumo, ou produto químico destinado a preparação de drogas. Foram repetidas novamente quatorze das condutas previstas no *caput*, porém que serão realizadas com relação não a droga em si, mas sua matéria-prima, insumos ou produtos químicos que se destinam a preparação da droga.

Matéria-prima é a substância básica, em seu estado bruto, que se utiliza no fabrico da droga. Por exemplo, a matéria-prima da cocaína são as folhas de *erythroxylon coca*<sup>56</sup>. Insumos são os elementos essenciais na produção da droga, isto é, tudo aquilo que compõe a droga. A acetona, *e. g.*, é um dos insumos utilizados na produção da cocaína<sup>57</sup>. Produto químico é a substância química em si, manipulada na fabricação da droga<sup>58</sup>, *e. g.*, o ácido lisérgico, é um dos produtos químicos utilizados no fabrico do LSD<sup>59</sup>.

No inciso II, incorre qualquer pessoa que semeia, cultiva, ou faz colheita ilicitamente de plantas que se destinam a servir de matéria-prima para a preparação de drogas.

Caso esse plantio seja de pequena quantidade e para uso pessoal, deverá o agente responder pelo crime previsto no art. 28, § 1º (porte para uso pessoal), segundo ensina Sanches Cunha:

[...]. Agora, tratando-se de pequena quantidade, as mesmas consequências para o usuário são aplicadas àquele que, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de substância ou produto

---

<sup>56</sup> PORTAL TUDO SOBRE PLANTAS. **Erythroxylum coca**. Disponível em: <[http://www.tudosobreplantas.com.br/asp/plantas/ficha.asp?id\\_planta=22336](http://www.tudosobreplantas.com.br/asp/plantas/ficha.asp?id_planta=22336)>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

<sup>57</sup> PROFESSOR DOUGLAS. **Cocaína e seus derivados**. Disponível em: <[http://www.profdouglaslafemina.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=17&itemid=18](http://www.profdouglaslafemina.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=17&itemid=18)>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

<sup>58</sup> SILVA, Amaury. Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. **Lei de Drogas** Anotada artigo por artigo. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 226.

<sup>59</sup> AVISOS PSICODÉLICOS. **Lsd - dietilamida do ácido lisérgico**. Disponível em: <<http://avisospsicodelicos.blogspot.com.br/2008/03/lsd-dietilamida-do-cido-lisrgico.html>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

capaz de causar dependência física ou psíquica (art. 28, § 1º). Se média ou grande quantidade (superior ao que necessário para o consumo próprio dos viciados), responde o agente nas penas do art. 33, § 1º, II (tráfico por equiparação)<sup>60</sup>.

Já no inciso III, foi equiparado ao tráfico, a conduta do agente que utiliza ou consente que outra pessoa utilize local ou outro bem que tenha propriedade ou posse para o comércio ilícito de drogas. Nesse caso, estamos diante de um crime próprio, tendo o sujeito ativo que possuir a qualidade de proprietário, possuidor, administrador, guardião ou vigilante do bem usado na atividade criminosa de tráfico.

Nota-se pela leitura do dispositivo, que o sujeito ativo deve praticar a conduta com o objetivo específico de explorar o tráfico de drogas. Caso, utilize ou consinta que outrem utilize o local com o simples intuito de facilitar que terceiros usem ilicitamente drogas, a conduta poderá se amoldar ao art. 33, § 2º, mas não ao art. 33, § 1º, III<sup>61</sup>.

Importante anotarmos, que a doutrina entende que nos delitos previsto nos incisos I e II do art. 33, § 1º, não é necessário que a substância proibida pela ANVISA esteja contida na matéria-prima, no insumo, no produto químico ou nas plantas destinadas a produção da droga. A materialidade delitiva do delito, é feita através do laudo pericial comprovando que o produto apreendido é utilizado como matéria-prima, insumo ou produto químico na fabricação da droga ilícita, e que, junto com outras provas demonstradas no caso concreto (art. 52, I), poderá evidenciar a traficância<sup>62</sup>.

O professor Vicente Greco Filho *apud* Cunha, sintetiza o assunto da seguinte forma:

Não há necessidade de que as matérias-primas tenham já de per si os efeitos farmacológicos dos tóxicos a serem produzidos; basta que tenham as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> GRECO FILHO, Vicente. Lei de Drogas Anotada – Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2008 *apud* CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. In: GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 186.

<sup>61</sup> CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. In: GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 188.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>63</sup> GRECO FILHO, Vicente. Lei de Drogas Anotada – Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 96 *apud* CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito

Complementando, Rogério Sanches Cunha determina:

É perfeitamente aplicável ao tipo em estudo entendimento consagrado na lei revogada no sentido de que para configurar o crime em tela não importa que já apresentem as plantas o princípio ativo, porque o que a lei exige é que estas se destinem ao fornecimento de entorpecentes. Não se cultiva o entorpecente, em si, mas a planta da qual aquele será extraído (TJRS – RJTJRS 170/150)<sup>64</sup>.

Mas, divergência existe, se o ato de importar sementes das plantas que eventualmente são utilizadas como matéria-prima na fabricação de drogas, também podem caracterizar o tráfico ilícito de matéria-prima. Rogério Sanches Cunha, se posiciona da seguinte maneira:

- a) Constatado pelo laudo pericial que as sementes já contêm uma das substâncias listadas como droga pela Portaria SVS/MS 344/1998, a exemplo do que ocorre com o tetraidrocannabinol (THC), princípio ativo da maconha, a conduta do agente já pode ser ajustada, a depender das circunstâncias do caso concreto, ao delito de tráfico de drogas do art. 33, caput, porquanto as próprias sementes já podem ser consideradas espécies de droga;
- b) Se o exame pericial não conseguir detectar a presença de droga nas sementes apreendidas, subsiste apenas o crime do art. 33, § 1º, I, porquanto não se pode descartar a possibilidade de utilização das sementes como matéria-prima para a produção de drogas<sup>65</sup>;

Todavia, na jurisprudência o tema não é pacífico, havendo decisões judiciais enquadrando o ato de importar sementes de drogas como tráfico de matéria-prima (art. 33 § 1º, I), mas também, havendo decisões no sentido de que a importação de sementes não constitui tráfico, podendo, porém, constituir o delito de contrabando (334, CP).

A 11ª Turma do TRF- 3, já há algum tempo, reiteradamente tem decidido que a importação de sementes de maconha não pode ser tipificada como tráfico de

---

de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. In: GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 183.

<sup>64</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Art. 33. In: GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 185.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 183/184.

matéria-prima, sob o argumento de que a matéria-prima da maconha, em verdade, é a sua planta, sendo a semente, a matéria-prima da matéria-prima. Senão vejamos:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA - ART. 33, § 1º, INCISO I, DA LEI 11.343/06. AS SEMENTES DE MACONHA NÃO CONSTITUEM MATÉRIA-PRIMA - OBJETO MATERIAL DO DELITO -. CONDUTA ATÍPICA. RECURSO DESPROVIDO.

I - Por entender que a conduta imputada ao recorrido caracteriza-se como ato preparatório impune, o Juízo a quo rejeitou a denúncia.

**II - A importação de semente de maconha não configura o delito do artigo 33 - § 1º - I, da lei nº 11.343/06 que se refere à matéria prima destinada à preparação de substância entorpecente.**

III- A semente de maconha não é a matéria-prima, porquanto não possui nela própria as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., produzir o entorpecente proibido. **Não se obtém a maconha da semente em si, mas só da planta que resultar da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e produzir as folhas necessárias para tanto.**

IV - A semente é pressuposto lógico e antecedente para a configuração do tipo penal descrito no artigo art. 33, § 1º, inciso II, da Lei n.º 11.343/06, em que o legislador tipificou como sendo crime a conduta de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação da droga. No caso dos autos, o apelante não iniciou os atos executórios consistentes em semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de droga, pois sequer chegou a ter as sementes apreendidas em sua posse.

V - Recurso desprovido.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, RSE - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 6936 - 0008881-71.2013.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 09/12/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/01/2015)<sup>66</sup> (Grifo meu).

PENAL - PROCESSO PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA - DENÚNCIA REJEITADA. I - Correta a decisão do magistrado a quo, visto que das sementes não se pode extrair o princípio ativo da planta maconha, sendo necessário o plantio e o posterior desenvolvimento natural da planta para que desta possa se originar a substância psicotrópica capaz de gerar a dependência química e assim atingir a sociedade com seus efeitos negativos. II - **As sementes de maconha, no estado em que se encontravam, não poderiam ser consideradas drogas, uma vez que não possuíam tetrahidrocanabinol (THC) em sua composição.** III - **Da mesma forma, embora as sementes sejam aptas a gerar "pés de maconha", elas não podem ser consideradas matéria prima, ao menos juridicamente. Isso porque para que as sementes tornem-se próprias para o consumo devem ser primeiramente semeadas e fertilizadas até estarem prontas para a colheita.** IV - Portanto, a semente de maconha não poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à preparação da maconha,

<sup>66</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Recurso em Sentido Estrito nº 0008881-71.2013.4.03.6181/SP.** 11ª Turma. Relator: LUNARDELLI, José. Julgado em 09/12/14. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3494517>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

a que se refere o inciso I, do § 1º do art. 33, da Lei n. 11.343/06. V - Doutra parte, para que a conduta pudesse eventualmente ser enquadrada no artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei nº 11.343/06 seria necessário que o recorrido ao menos houvesse semeado, cultivado ou feito a colheita de planta destinada à preparação do entorpecente ou de substância que determine dependência, o que também não ocorreu, no caso dos autos. VI - Ora, a semente é pressuposto lógico e antecedente para a configuração do tipo penal descrito no artigo 33, § 1º, II, da Lei nº 11.343/06, que tipifica como sendo crime a conduta de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação da droga. VII - No presente caso nem sequer foram iniciados os atos executórios consistentes em semear, cultivar ou colher plantas destinadas a preparação de drogas, supondo-se que tal prática culminaria em uso próprio ou talvez revenda das sementes. **Não há que se falar em punição dos atos contidos na conduta perpetrada pelo agente, visto que no art. 33, § 1º, I da Lei 11.343/2006 a prática de "importar" é considerada típica para o presente caso, mas no tocante a "matéria prima", não se pode aplicar ao agente, pois como já salientado acima, a semente não se traduz como matéria prima, devido à falta do composto químico ativo para a produção da maconha.** VIII - Por outro lado, a importação de sementes não inscritas no Registro Nacional de Cultivares configura, em tese, o crime de contrabando, o qual não admite a incidência do princípio da insignificância. IX - Todavia, cumpre examinar as peculiaridades do caso concreto para verificar a possibilidade de incidência do referido princípio, sob pena de se punir condutas que, não obstante formalmente típicas, não causam lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal. X - No caso concreto, a conduta consistiu na importação de poucas sementes de maconha, a denotar a presença dos parâmetros considerados pelos Tribunais Superiores para o reconhecimento da insignificância: a) mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica. XI - Recurso desprovido.

(RSE 00015756620154036121, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/12/2016. FONTE\_REPUBLICACAO:)<sup>67</sup> (Grifo meu).

PENAL - IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA. CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

I - A apelação foi interposta pelo Ministério Público Federal, contra a sentença que julgou improcedente a pretensão punitiva contida na denúncia e absolveu o acusado, com fulcro no inciso III do artigo 397 do Código Penal.

II - As sementes de maconha, no estado em que se encontravam, não poderiam ser consideradas drogas, uma vez que não possuíam tetrahydrocannabinol (THC) em sua composição.

III - **A importação de sementes não inscritas no Registro Nacional de Cultivares, configura, em tese, o crime de contrabando, que tipifica a importação e a exportação de mercadorias proibidas.** Todavia, a lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social, ou quando a lesão ao bem jurídico protegido for irrelevante.

IV - Apesar da importação de sementes de maconha para uso próprio mereça censura, diante da pequena quantidade e ausência de propósito comercial em sua aquisição, não há demonstração de afronta aos interesses de toda a

---

<sup>67</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Recurso em Sentido Estrito nº 0001575-66.2015.4.03.6121/SP.** 11ª Turma. Relatora: MELLO, Cecília. Julgado em 22/11/16. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5617514>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

sociedade, cabendo invocar, no específico caso, o princípio da insignificância para absolver o acusado.

V - Recurso desprovido.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 68843 - 0008149-22.2015.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 06/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/12/2016)<sup>68</sup> (Grifo meu).

Em sentido oposto, a 5ª Turma do TRF-3 decidiu:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. ART. 33, §1º, INC. I DA LEI 11.343/2006. MATÉRIA-PRIMA PARA PRODUÇÃO DA DROGA. ILÍCITO PENAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. REJEITADA. TRANSNACIONALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. ARTIGO 28 DA LEI 10.711/06. TIPICIDADE DA CONDUTA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

**1. Competência da Justiça Federal mantida pelo reconhecimento da transnacionalidade do delito. Preliminar rejeitada.**

**2. As sementes de maconha, apesar de não apresentarem a substância THC (tetrahidrocannabinol), princípio ativo da droga, constituem matéria-prima para sua produção de maconha e, por tal razão, sua importação é proibida.**

3. A quantidade de sementes importadas é irrelevante e não constitui elemento apto a caracterizar a mínima ofensividade da conduta e/ou condição para exclusão da tipicidade, pois não é possível afirmar quantas plantas irão germinar da estrutura vegetal.

4. A impossibilidade de fixar a quantidade de plantas germináveis de uma única semente impossibilita, outrossim, negar o propósito comercial da importação ou, ainda, que esta tinha por finalidade o consumo próprio.

5. Preliminar rejeitada. Recurso defensivo desprovido.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 62864 - 0002180-45.2011.4.03.6123, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 07/11/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/12/2016)<sup>69</sup> (Grifo meu)

E acompanhando esse entendimento, já decidiu o a 6ª Turma do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI N.

11.343/2006. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTRODUÇÃO ILEGAL EM TERRITÓRIO NACIONAL DE INSUMO DE ENTORPECENTES. IMPORTAÇÃO CLANDESTINA DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA. MATÉRIA-PRIMA DESTINADA À PREPARAÇÃO DE SUBSTÂNCIA

<sup>68</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Apelação Criminal nº0008149-22.2015.4.03.6181/SP**. 11ª Turma. Relatora: MELLO, Cecília. Julgado em 06/12/16. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5635764>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

<sup>69</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Apelação Criminal nº 0002180-45.2011.4.03.6123/SP**. 5ª Turma. Relator: FONTES, Paulo. Julgado em 07/11/16. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5519101>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.



ENTORPECENTE. CONDUTA TÍPICA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. OBITER DICTUM.

1. **A importação clandestina de sementes de cannabis sativa linneu (maconha) configura o tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006.**

2. A conduta do agravante atendeu tanto à tipicidade formal - pois constatada a subsunção do fato à norma incriminadora - quanto à subjetiva, visto que inegável o dolo do agente ao solicitar a importação clandestina das sementes de maconha, conseqüentemente há como reconhecer presente a tipicidade material, na medida em que o comportamento atribuído se mostrou suficiente para caracterizar o tráfico, nos termos do art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006.

3. Não se aplica à espécie a Súmula 7/STJ, porquanto não se discutem fatos, mas, sim, sua classificação jurídica. Em termo diversos, dir-se-á, ainda, e com razão, que a função deste Superior Tribunal não é revolver provas, rediscutir matéria fática. No entanto, também seria suma injustiça aceitar os fatos, mas a errônea classificação jurídica dada pelas instâncias ordinárias, se a outra classificação, mesmo tendo como incontroversos os fatos, chegar a este Superior Tribunal.

4. As simples considerações feitas de passagem pelo Tribunal de origem, a título de *obiter dictum*, não revelam uma tese jurídica oportunamente suscitada e devidamente resolvida no acórdão a quo, na forma como exigido pelo conceito de causa decidida presente no art.

105, III, da Constituição da República, para autorizar a revisão da matéria por este Superior Tribunal.

5. A jurisprudência deste Superior Tribunal considera que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois trata-se de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida.

6. Não há falar em ofensa ao art.34, XVIII, c, do RISTJ, que franqueia ao relator a possibilidade de dar provimento ao recurso especial quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com jurisprudência dominante de Tribunal Superior.

7. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

8. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1442224/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 13/06/2016)<sup>70</sup>. (Grifo nosso)

### 3.3 Induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de drogas (art. 33, § 2º)

Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.442.224 – SP**. Sexta Turma. Relator: JÚNIOR, Sebastião Reis. Julgado em 24/05/16. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60857091&num\\_registro=201400573359&data=20160613&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60857091&num_registro=201400573359&data=20160613&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 14 de janeiro de 2017.

<sup>71</sup>BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Os parágrafos 2º e 3º do artigo 33, trazem formas privilegiadas do tráfico de drogas, constituindo tipos derivados do delito, que por reproduzirem condutas de menor ofensividade, devem ser punidas de maneiras menos severas do que em relação ao delito na forma simples.

Segundo o art. 33, § 2º, comete crime o indivíduo que induzir outrem ao uso ilícito de drogas, ou seja, de alguma forma fazer nascer na cabeça de terceiro o desejo de usar drogas. Também comete crime aquele que instigar outrem, diferenciando-se essa conduta da primeira, na medida que aqui a ideia já existe, tendo o sujeito ativo o papel de reforçar tal ideia. E ainda, comete crime quem auxiliar outrem ao uso indevido de droga, como por exemplo, emprestando dinheiro para a aquisição de substâncias ilícitas.

Importante é a observação de que no último caso, o auxílio material não pode ser o de fornecer a própria droga, podendo, caso isso ocorra, ser a conduta enquadrada no art. 33, caput, ou, no art. 33, § 2º da lei ora abordada. Acerca da caracterização do auxílio material, Amaury Silva discorre:

Seria a participação material, não condizente com o fornecimento ou disponibilidade do próprio tóxico, mas de apetrecho ou objeto destinado ao uso, como a cessão da seringa para inoculação, canudo para aspiração ou papel para acochar e formar cigarro<sup>72</sup>.

Fato interessante, reside quanto ao momento da consumação do crime: Amaury Silva, leciona que o crime ora em comento só será consumado se houver o efetivo uso indevido da droga<sup>73</sup>. Outra parte da doutrina, de modo diverso, entende que o crime se consumará com o mero incentivo ao uso indevido da droga, independentemente do efetivo uso ou não, com destaque para Rogério Sanches Cunha, que aduz que “pune-se, hoje, aquele que induzir, instigar ou auxiliar alguém

---

<sup>72</sup>SILVA, Amaury. Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. In:**Lei de Drogas Anotada artigo por artigo**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 231.

<sup>73</sup>SILVA, Amaury. Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. In:**Lei de Drogas Anotada artigo por artigo**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 231.

ao uso indevido de droga, consumando-se o crime ainda que a pessoa incentivada assim não faça (bastando a potencialidade lesiva) ”<sup>74</sup>.

### 3.4 Cessão gratuita para consumo (art. 33, § 3º)

Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28<sup>75</sup>.

Figura penal nova, é a prevista no art. 33, § 3º, que passou a prever tipo penal específico para o agente que oferece droga, de forma eventual e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento para o consumo em conjunto, prevendo a lei, pena de detenção de 6 meses a 1 ano, e multa.

Por se tratar de crime formal, a consumação do delito se dará com o mero oferecimento da droga, sendo irrelevante se houve ou não o efetivo uso<sup>76</sup>.

O tipo, tem três figuras elementares: O oferecimento eventual da droga, isto é, o oferecimento não pode se dar de maneira habitual; a ausência da finalidade de lucro, caso contrário, poderá haver o enquadramento da conduta no art. 33, *caput*; e o oferecimento deve ser direcionado a pessoa do relacionamento do ofertante, ou seja, deve haver algum tipo de relação entre os sujeitos, *e.g.*, namorados. Estando ausente algum dos requisitos, não incidirá o sujeito ativo na prática da conduta prevista no dispositivo comentado, podendo, porém, incidir em outros dispositivos, como o previsto no *caput* do art. 33.

Por fim, ordena o § 3º, do art. 33 que além da pena privativa de liberdade e multa, fica o réu sujeito a advertência, prestação de serviços públicos e medida

---

<sup>74</sup> CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. In: GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Revista dos Tribunais, 2014, p. 190.

<sup>75</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>76</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Ob. cit., p. 191.

educativa, nos termos do art. 28 (que trata das penas para quem é surpreendido portando ilicitamente drogas para consumo próprio).

### 3.5 Tráfico Privilegiado (art. 33, § 4º)

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa<sup>77</sup>.

Inovação trazida pela lei 11.343/2006, foi a diferenciação entre as condutas do traficante profissional, ou seja, aquele sujeito que exerce de forma habitual o tráfico de drogas, e o traficante ocasional, que é aquele sujeito não dedicado a traficância, que age de modo individual, entendendo o legislador, que este indivíduo, não pode ter a mesma punição do agente que habitualmente se dedica ao exercício da atividade criminosa, prevendo a lei uma pena mais branda.

Segundo leitura do art. 33, § 4º da lei 11.343/06, o agente deverá preencher alguns requisitos para que opere a diminuição da sua pena:

Primeiramente, o réu deverá ser primário, ou seja, não pode assumir o status da reincidência, nos moldes dos artigos 63 e 64 do Código Penal. Também deverá possuir bons antecedentes, devendo haver uma verificação se o agente “já foi envolvido em outros fatos delituosos, se é criminoso habitual, ou se sua vida anterior é isenta de ocorrências ilícitas, sendo o delito apenas um incidente esporádico<sup>78</sup>”. O agente não poderá se dedicar a atividades criminosas, o qual será constatado pela ausência de condenações penais. Nas lições de Amaury Silva:

Sua constatação implica na reincidência plural ou múltipla, revelando mais apego pelo agente à empreitada criminosa. Apenas a partir de decisões definitivas em mais de um caso que se poderá fazer tal avaliação e, assim ocorrendo, pelo menos a ausência de bons antecedentes já terá acontecido,

<sup>77</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>78</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte geral. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 286.

tornando-se ociosa a previsão de que a redução da pena se fará se o agente não se dedicar a atividades criminosas. Não há como se fazer uma leitura de tal dedicação seja extraída de peças investigativas, procedimentos cautelares ou outros que não contenham a chancela de uma decisão judicial transitada em julgado, envolvendo o mérito de uma condenação criminal<sup>79</sup>.

Contrário ao entendimento supra, em 14 de dezembro de 2016, a Terceira Seção do STJ, por meio do Informativo 596, estabeleceu:

É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06<sup>80</sup>.

Por fim, o agente também não poderá integrar organizações criminosas. A lei 12.850/2013, em seu art. 1º, § 1º, define o que é organização criminosa:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional<sup>81</sup>.

Portanto, para que seja reconhecido o direito à diminuição da pena, deverá o réu preencher de forma cumulativa todos os requisitos acima abordados.

Uma vez preenchido os requisitos, não se trata de faculdade do julgador aplicar a diminuição. Muito embora a leitura do dispositivo possa trazer essa ideia (utilizando a expressão “poderão”), verdade é, que preenchidos os requisitos previstos no dispositivo, o juiz deverá aplicar a causa de diminuição.

---

<sup>79</sup>SILVA, Amaury. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. In: **Lei de Drogas Anotada artigo por artigo**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 244.

<sup>80</sup>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo 596**. Terceira Seção. Julgado em 14/12/16. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 2 de março de 2017.

<sup>81</sup>BRASIL. **Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Outra observação é referente ao cumprimento da sentença: Apesar da diminuição da pena, se aplicada na quantidade máxima (dois terços) possa reduzir a pena para até 1 ano e 8 meses, até 2012, o art. 33, § 4º, vedava a substituição dessa pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 43, CP), trazendo uma proibição *ex lege* a todos os incursos no dispositivo penal, ainda que no caso concreto o réu preenchesse os requisitos legais do art. 44, CP, para a comutação da pena. Até que em 2012, por meio da Resolução nº 05, de 15 de fevereiro de 2012, o Senado suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direito”<sup>82</sup> originalmente contida no art. 33, § 4º, da lei de drogas, após o STF ter declarado incidentalmente, em 2010, por meio do HC nº 97.256/RS, a inconstitucionalidade da dita expressão, contida tanto no art. 33, § 4º, como no art. 44, da referida lei<sup>83</sup>.

Ainda que tal óbice tenha sido declarado inconstitucional e até retirado sua execução pelo Senado, o que se vê é que com o tratamento do tráfico minorado sob a pecha da hediondez, muitos juízes ainda não aplicam a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ainda que presentes os requisitos do art. 44, CP, em respeito ao que estabelece a lei de crimes hediondos que prevê que os crimes ali contidos devem ser cumpridos inicialmente em regime fechado. Ilustrando:

A pesquisa intitulada “Prisão Provisória e Lei de Drogas: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo”, realizada em 2011, apontou que ainda que em 58,73% dos processos criminais ali examinados, o réu tenha recebido pena inferior a 4 anos, apenas em 5,24% houve substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> SENADO FEDERAL. **Resolução nº 5, de 2012.** Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm)>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

<sup>83</sup>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 97.256/RS.** Plenário. Relator: BRITTO, Ayres. Julgado em 01/09/10. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

<sup>84</sup> NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA. “**Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo.** Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2017.

Abaixo algumas decisões:

PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS – RECURSOS INTERPOSTOS DENTRO DO PRAZO LEGAL POR ADVOGADOS DIFERENTES. PROCURAÇÃO POSTERIOR QUE REVOGA A ANTERIOR – PEDIDO ARTICULADO EM PRELIMINAR PARA AGUARDAR EM LIBERDADE ATÉ DECISÃO FINAL DO APELO PREJUDICADO EM FACE DO JULGAMENTO DO RECURSO – ATENUANTE QUE NÃO PODE REDUZIR A PENA AQUEM DO MÍNIMO – CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO, AINDA QUE EM SUA MODALIDADE "PRIVILEGIADA". REGIME FECHADO QUE SE IMPÕE – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA.

1) Apresentados dois arrazoados, por advogados constituídos, dentro do prazo legal, prevalece a que foi subscrita pelo profissional constituído posteriormente, vez que a mais superveniente outorga revoga a anterior. Precedente.

2) Manifestamente prejudicado, tendo em vista o julgamento do recurso, o pedido formulado em preliminar para que a condenada pudesse aguardar em liberdade até decisão final do apelo. Ainda assim, percebe-se motivação adequada na medida, que não pode ser entendida como ilegal ou abusiva.

3) Na segunda fase de dosimetria, a pena não pode ser conduzida a quem do mínimo legal em razão da incidência de circunstâncias atenuantes – Súmula de nº 231, do C. STJ.

4) A determinação de cumprimento da pena em regime inicial fechado, para condenados por tráfico de drogas, decorre de exigência expressa na Lei de Crimes Hediondos e na Lei nº 11.343/06. Decisões permissivas dotadas de efeitos "*inter partes*", não se registrando declaração de inconstitucionalidade "*erga omnes*" dos indicados dispositivos – Precedente do C. STJ – Maior rigor na repressão de crimes desse jaez, nos termos da CF/88. Compatibilidade, de qualquer forma, com a gravidade concreta dos fatos.

5) Substituição da corporal por restritivas de direitos – Impossibilidade – Circunstâncias concretas a indicar a insuficiência da imposição de pena restritiva de direitos – Art. 44, III, do CP. (Relator (a): Alcides Malossi Junior; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 28/04/2016; Data de registro: 03/05/2016)<sup>85</sup>.

TRAFICO DE ENTORPECENTES - Fatos descritos na denúncia comprovados pela apreensão, perícia das drogas e prova oral colhida - Testemunhos policiais válidos - Absolvição por inexistência de provas - Impossibilidade - Descabida a desclassificação perseguida para porte com fim de uso - Condenação mantida - Penas e regime prisional adequados - Substituição das penas corporais por restritivas de direitos - Impossibilidade - Expressa vedação legal - Recurso improvido.(TJ-SP - APL: 00530330320108260050 SP 0053033-03.2010.8.26.0050, Relator: Ribeiro

<sup>85</sup>TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Criminal nº 0019331- 98.2014.8.26.0576**. 8ª Câmara Criminal. Relator: JUNIOR, Alcides Malossi. Julgado em 28/04/2016. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9399096&cdForo=0>> Acesso em: 28 de fevereiro de 2017.

dos Santos, Data de Julgamento: 28/02/2013, 15ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 18/03/2013)<sup>86</sup>.

Outra observação que merece destaque, é quanto a natureza jurídica do art. 33, § 4º, da lei de drogas: Não obstante tenha recebido o apelido de tráfico privilegiado pela doutrina e jurisprudência, e muito embora não se olvide que o parágrafo 4º, numa perspectiva mais ampla privilegie os casos ali inseridos, já que prevê penas muito menores do que a estabelecida no *caput*, tecnicamente, trata-se de uma causa de diminuição de pena e não de uma privilegiadora (assim como o homicídio privilegiado, por exemplo, que também se trata de um homicídio com causa de diminuição da pena).

Na teoria do tipo penal, temos o tipo básico e o tipo derivado. Greco explica o assunto da seguinte forma:

Entende-se por tipo básico ou fundamental a forma mais simples da descrição da conduta proibida ou imposta pela lei penal. A partir dessa forma mais simples, surgem os chamados tipos derivados que, em virtude de determinadas circunstâncias, podem diminuir ou aumentar a reprimenda prevista no tipo básico<sup>87</sup>.

Quando falamos de crime (ou tipo) privilegiado, no nosso ordenamento jurídico, estamos diante não de um tipo autônomo, mas de um tipo derivado daquele previsto em sua forma simples, pois a ação fundamental do tipo derivado, é a mesma do tipo simples, com a diferença, de que o tipo derivado privilegiado, agrega à ação fundamental, elementares (objetivas ou subjetivas) e cominações de pena próprias, inferior àquela prevista na forma simples, que servirá de baliza na dosimetria da pena,

---

<sup>86</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Criminal n° 0053033-03.2010.8.26.0050**. 15ª Câmara Criminal. Relator: SANTOS, Ribeiro dos. Julgado em 28/03/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6583354&cdForo=0>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

<sup>87</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 174.



com novos limites mínimos e máximos<sup>88</sup>, de modo a diminuir a reprovabilidade da ação fundamental.

Exemplificando: O caput do art. 33, lei 11.343/06, é o tipo básico do tráfico de drogas<sup>89</sup>, trazendo ali as ações fundamentais. Os §§ 2º e 3º, trazem formas derivadas do tipo previsto no *caput*, com novas elementares e novas penas. O §2º traz como elementares, “induzir, instigar ou auxiliar” prevendo detenção de 1 a 3 anos, e o § 3º, além da elementar “oferecer” (já prevista no caput), acrescenta “eventualmente e sem o objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”, prevendo detenção de 6 meses a 1 ano. Portanto, os §§ 2º e 3º, nada mais são do que formas privilegiadas do tráfico.

Ao revés, as causas de diminuição de pena não criam tipo penal derivado, mas sim, apresentam circunstâncias subjetivas ou objetivas que tornam o crime menos grave e por isso irão diminuir a pena, de acordo com o quantum fornecido pela lei, sempre em frações, aplicada na última fase da dosimetria da pena<sup>90</sup>, nos moldes do art. 68, *caput*, do Código Penal.

Paulo Rangel, explica que

A Lei 11.343/2006, dentre outras inovações, trouxe a figura do tráfico privilegiado, isto é, uma causa especial de diminuição de pena para os crimes de tráfico ou equiparados ao tráfico do art. 33, *caput*, e § 1º, diminuição essa que deve ser feita na última fase do sistema trifásico de aplicação da pena (terceira fase)<sup>91</sup>.

No § 4º da lei 11.343/06 não se acrescentou novas formas de praticar a traficância. O sujeito pratica o delito previsto no caput ou § 1º, tendo direito a diminuição da pena, se preenchidos os requisitos.

---

<sup>88</sup> LADO DIREITO. **Privilegiadora, atenuante e causa de diminuição de pena: diferenças.** Disponível em: <<http://www.blogladodireito.com.br/2013/05/privilegiadora-atenuante-e-causa-de.html#.whea-fmrls0>>. Acesso em 14 de janeiro de 2017.

<sup>89</sup>BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>90</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral, volume I.** 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 571.

<sup>91</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 743.

Damásio E. de Jesus, discorrendo sobre as causas de aumento e diminuição de pena, ensina:

São causas de facultativo ou obrigatório aumento ou diminuição da sanção penal em quantidade fixada pelo legislador (um terço, um sexto, o dobro, a metade etc.) ou de acordo com certos limites (um a dois terços, um sexto até metade etc.). [...]. As causas de diminuição da pena são obrigatórias ou facultativas, de acordo com a determinação do Código.

A expressão “causa facultativa” de redução da pena, aliada ao termo “pode” empregado pelo CP nas disposições que a contém, não indica poder o juiz reduzir ou não a sanção penal, segundo seu puro arbítrio, não obstante a presença das circunstâncias exigidas. Se estas se mostram presentes, a redução é obrigatória, reservando-se ao juiz a tarefa de determinar o *quantum* da diminuição<sup>92</sup>.

Ocorre que a doutrina parece não se preocupar tanto em diferenciar os crimes privilegiados dos crimes com causa de diminuição. Damásio E. de Jesus, quando discorre sobre a modalidade privilegiada de um crime, limita-se a ensinar que ele será privilegiado quando a lei prever alguma situação, seja ela diz respeito ao crime ou ao agente, que tenha a função de diminuir a pena:

O legislador, às vezes, após a descrição fundamental do crime, acrescenta ao tipo determinadas circunstâncias de natureza objetiva ou subjetiva, com função de diminuição da pena. No homicídio, após a definição do tipo básico, contida na cabeça do artigo, o legislador acrescentou circunstâncias de caráter subjetivo, com função específica de diminuir a pena (art. 121, § 1º). Diz-se, então, que o crime é privilegiado (ou *exceptum*)<sup>93</sup>.

Seguindo essa linha, Mirabete e Renato N. Fabbrini, acrescentam que o crime privilegiado é aquele em que determinadas circunstâncias tornam o crime de menor reprovabilidade, merecendo, por conseguinte, sanções penais de menor rigor:

Crime privilegiado existe quando ao tipo básico a lei acrescenta circunstâncias que o torna menos grave, diminuindo, em consequência, suas sanções. São crimes privilegiados, por exemplo, o homicídio praticado por relevante valor moral (eutanásia, por exemplo), previsto no art. 121, § 1º, o furto de pequeno valor praticado por agente primário (art. 155, § 2º); o estelionato que causa pequeno prejuízo, desde que primário o autor (art. 171,

---

<sup>92</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral, volume I. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 579.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 206.

§1º) etc. Nessas hipóteses, as circunstâncias que envolvem o fato típico fazem com que o crime seja menos severamente apenado<sup>94</sup>.

Note que ambos autores supracitados exemplificam como crime privilegiado, o art. 121, § 1º, ainda que tecnicamente seja uma causa de diminuição de pena, e Mirabete ainda cita os artigos 155, § 2º e 171, § 1º, que também reproduzem causas especiais de diminuição de pena.

Interessante são as palavras de Amaury Silva, quando discorre sobre o art. 33, § 4º, ensinando o autor que “a criação de uma causa especial de diminuição de pena funciona como privilégio, preenchidos os pressupostos legais ante a ostentação mais densa da pena cominada abstratamente para os crimes do art. 33, caput, § 1º”<sup>95</sup>.

Por tudo manifesto, podemos concluir que o art. 33, § 4º da lei de drogas, por não constituir tipo penal autônomo, e pelo fato de trazer em níveis fixos a diminuição da pena prevista no caput (diminuição de um sexto a dois terços), por rigor técnico tem a natureza de causa especial de diminuição de pena, apesar do apelido de tráfico privilegiado.

Passada a análise do art. 33, § 4º da lei de drogas, passaremos no próximo capítulo a verificar se existe uma subsunção do tráfico privilegiado de drogas à lei de crimes hediondos, tendo como orientação, além do enfoque sobre a natureza hedionda, a égide dos princípios constitucionais, dentre os quais destacamos os princípios da legalidade, da individualização da pena e da proporcionalidade.

---

<sup>94</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte geral. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 116.

<sup>95</sup>SILVA, Amaury. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. *In: Lei de Drogas Anotada artigo por artigo*. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 238/239.

## 4 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE ENTRE O TRÁFICO PRIVILEGIADO E A LEI DE CRIMES HEDIONDOS

Os princípios, nada mais são do que a pedra de toque que fundamenta o direito positivo. Gilmar Mendes diz que “os princípios, como delineados por Dworkin, captam os valores morais da comunidade e os tornam elementos próprios do discurso jurídico<sup>96</sup>”.

No ordenamento jurídico, os princípios servem para nortear e orientar o legislador na criação das normas jurídicas, dando a essas normas legitimidade. Na atividade jurisdicional, os princípios têm a função de orientar o julgador na interpretação da norma<sup>97</sup>. Segundo Barroso:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte com fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui<sup>98</sup>.

E Barroso ainda complementa:

Pois os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A ideia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Regras e princípios em Dworkin e Alexy”. *In: Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

<sup>97</sup> LIMA, George Marmelstein. **As funções dos princípios constitucionais**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2624>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

<sup>98</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Capítulo II - Princípios de interpretação especificamente Constitucional”. *In: Interpretação e aplicação da Constituição*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 138.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 139.

Ao seu turno, Mendes arremata:

Os princípios, nessa linha, desempenhariam uma função argumentativa. Por serem mais abrangentes que as regras, e por assinalarem os standards de justiça relacionados com certo instituto jurídico, seriam instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio menos amplo<sup>100</sup>.

A Constituição Federal de 1988, quando resolveu dar ao tráfico de drogas, um tratamento mais rigoroso do que a outros delitos, consagrou em seu art. 5º, XLIII, a expressão “tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins”, dispondo que a esses, aos crimes hediondos, ao terrorismo e ao delito de tortura, deveria ser conferido tratamento penal e processual pena mais severo do que o tratamento habitual dado aos crimes comuns.

Ocorre que a expressão “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” é ampla, envolvendo uma gama de condutas. O ato de traficar tem o significado de fazer negócio, trocar mercadorias, comerciar, transacionar<sup>101</sup>, no caso em estudo, as substâncias ilícitas. Portanto, se interpretada no seu sentido amplo, quaisquer condutas e circunstâncias envolvendo a negociação de drogas ilícitas e incriminadas pela lei de drogas, seria crime equiparado a hediondo, o que levaria a absurdos jurídicos e pior, levaria a profundas injustiças, já que nem todas as situações envolvendo o tráfico ilícito de drogas apresentam tamanha gravidade que justifique seu tratamento sob os rigores da hediondez.

Exemplo disso, como já explanado no capítulo anterior, é a conduta prevista no art. 33, § 2º da lei em comento, que prevê uma modalidade privilegiada do tráfico de drogas, criminalizando a cessão gratuita e eventual de drogas para o consumo em conjunto, cuja lei considerando crime de menor potencial ofensivo, cominou a pena de detenção de 6 meses a 1 ano. Se interpretado de forma literal e ampla, a cessão

---

<sup>100</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Modalidades de normas constitucionais – Regras e Princípios”. In: **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72.

<sup>101</sup> PRIBERAM DICIONÁRIO. **Tra-fi-car** “traficar”. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/traficar>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

gratuita para consumo se amolda a expressão “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, porém, sendo totalmente desarrazoado trata-la com os rigores dos crimes hediondos.

Diante disso, não prospera uma interpretação no sentido de que quaisquer condutas e situações envolvendo a transação de drogas ilícitas deve ser considerada hedionda, fazendo-se mister uma interpretação restritiva da expressão constitucional, repetida também na lei de crimes hediondos, levando em consideração, tanto a essência do que é ser hediondo, isto é, as características que fazem algo ser intitulado como hediondo, como também os princípios motrizes da Constituição Federal, a fim de se verificar quais condutas possuem especial gravidade, que seja necessário tratá-las de maneira mais gravosa e diferenciada, com mais ímpeto e rigor.

#### 4.1 A questão da hediondez sob o enfoque etimológico

Talvez, o primeiro passo para que se proceda na análise de compatibilidade entre o tráfico privilegiado e a lei de crimes hediondos, seja compreender o que significar ser hediondo, através de um estudo etimológico que possibilite a compreensão da essência da palavra, para a partir de aí chegar-se a alguma conclusão acerca da subsunção ou não do tráfico privilegiado à hediondez.

A palavra “hediondo”, tem sua origem no latim, das palavras “*foetibundus*” e “*foetere*”<sup>102</sup>, que significa ter mau cheiro, feder, ser repugnante<sup>103</sup>. Zaffaroni ensina que a palavra surgiu na idade média, quando se usava para definir a prática da sodomia<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> ORIGEM DA PALAVRA - SITE DE ETIMOLOGIA. **Hediondo**. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/?s=hediondo>>. Acesso em 24 de fevereiro de 2017.

<sup>103</sup>AGÊNCIA SENADO. **O que a língua nos ensina sobre a palavra 'hediondo'**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/07/09/o-que-a-lingua-nos-ensina-sobre-a-palavra-hediondo>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

<sup>104</sup>ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte geral**, volume 1. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 127.

Passou-se a caracterizar hediondo como algo “que causa horror”, e ainda, “que provoca reação de grande indignação moral; ignóbil, pavoroso, repulsivo”<sup>105</sup>.

Mirabete ensinava que os crimes hediondos, são aqueles que “por sua natureza ou pela forma de execução, se mostram repugnantes, causando clamor público e intensa repulsa”<sup>106</sup>.

Nessa esteira, o professor Damásio de Jesus, preleciona que tais crimes “são delitos repugnantes, sórdidos, decorrentes de condutas que, pela forma de execução ou pela gravidade objetiva dos resultados, causam intensa repulsa”<sup>107</sup>.

Em sentido contrário ao definido supra, a conduta prevista no art. 33, § 4º em nada apresenta esses contornos. O referido dispositivo, trata não do traficante contumaz, envolvido num contexto de práticas delituosas e pertencente a um grupo associado para a prática de crimes, mas sim, ao seu turno, trata de indivíduos que não tenham uma vida pregressa no crime (que muitas das vezes se envolvem no comércio ilícito de drogas apenas para sustentar seu vício), nem sejam pertencentes a nenhuma organização criminosa, que possuem bons antecedentes e que sejam condenados primários, reconhecendo o legislador, que a esses indivíduos, devem ser impostas penas bem menores do que ao traficante habitual.

O tratamento previsto na lei de crimes hediondos às condutas ali elencadas, é uma medida de exceção, justificando-se tal medida extraordinária apenas em casos específicos onde determinadas condutas, por possuírem maior reprovabilidade, necessitem de uma resposta mais enérgica do Estado-Juiz.

O que existe de hediondo no tráfico, não é o mero ato de transacionar drogas, já que esse ato por si só, não carrega demasiada periculosidade e reprovabilidade, mas em verdade, a hediondez reside no que cerca essa atividade, como a violência depreendida por facções, a briga por controle de área, a ocupação, a formação de um

---

<sup>105</sup>AGÊNCIA SENADO. **O que a língua nos ensina sobre a palavra 'hediondo'**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/07/09/o-que-a-lingua-nos-ensina-sobre-a-palavra-hediondo>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

<sup>106</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte geral. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 122.

<sup>107</sup>JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral, volume I. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 223.

poder paralelo, que apesar da finalidade *a priori* ser o tráfico, engloba a prática de outros diversos crimes, cuja repugnância e alta reprovabilidade ficam evidenciadas. Então o tráfico de drogas se torna apenas um meio, que viabiliza e desencadeia a prática de outros crimes, e não o fim, do que é hediondo e reprovável. Retirado todo o contexto criminoso que geralmente cerca o tráfico de drogas, retira-se também o que nele é considerado hediondo.

Se não houver uma associação criminosa para a prática delitiva, se não houver a prática anterior de crimes, subsistindo apenas o simples comércio individual e eventual de drogas, não há hediondez. Não existe razoabilidade em considerar, a conduta de alguém que, nunca cometeu sequer um crime, mas que por algum motivo, resolve de maneira individual e eventual mercantilizar ilicitamente drogas, como repugnante, nefasta, sórdida, merecedora de uma punição comparável a dada ao traficante pertencente a facção criminosa, que vive da prática delituosa e para a prática delituosa.

Ao tratar o traficante ocasional de maneira diferente do traficante contumaz, o próprio legislador ordinário reconheceu ser o tráfico privilegiado de menor reprovabilidade, não havendo proporcionalidade entre a pena prevista para esse delito (que pode chegar a 1 ano e 8 meses), e o tratamento mais rigoroso previsto na lei 8.072/90.

Portanto, o fato do agente não fazer parte de nenhuma organização criminosa, não viver da prática de crimes, ser primário e com bons antecedentes criminais, indica uma mitigação da reprovabilidade e periculosidade que recai sobre a traficância, afastando o seu caráter hediondo.

#### **4.2 Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz do princípio da legalidade e reserva legal**

Muito embora parte da doutrina não faça distinção entre a legalidade e a reserva legal, há quem diferencie os princípios. Rogério Greco, acerca disso aponta:



Segundo parte da doutrina, a diferença residiria no fato de que, falando-se tão somente em princípio da legalidade, estaríamos permitindo a adoção de quaisquer dos diplomas elencados pelo art. 59 da Constituição Federal (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções); ao contrário, quando fazemos menção ao princípio da reserva legal, estamos limitando a criação legislativa, em matéria penal, tão somente às leis ordinárias – que é a regra geral – e as às leis complementares<sup>108</sup>.

Por ser a diferença entre os princípios uma questão apenas de restrição legislativa sobre conteúdo penal, subsistindo, porém, o mesmo espírito em ambas, nesse trabalho trataremos a legalidade e a reserva legal como sinônimos.

O princípio da legalidade ou da reserva legal, está previsto no art. 5º, XXXIX, CF/88, e no art. 1º, CP, dispondo o diploma constitucional que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal<sup>109</sup>”.

Alexandre de Moraes, diz que

Essa previsão é tradicional nas Constituições que caracterizam os Estados de Direito, e foi consagrada pelo art. 8º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26-08-1789, com a seguinte redação: “ A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”<sup>110</sup>.

Pelo princípio da legalidade, só pode haver punição a um indivíduo pela prática de determinado ato, se esse ato já estava previamente criminalizado. Em decorrência desse princípio, a lei deve taxativamente dispor sobre as condutas criminalizadas e sobre as penas cominadas a elas, significando uma garantia penal e processual penal aos cidadãos. Continuando nesse interim, Rogério Greco aduz:

---

<sup>108</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 108/109.

<sup>109</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>110</sup>MORAES, Alexandre De. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência<sup>o</sup>. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 244.

O princípio da reserva legal não impõe somente a existência de lei anterior ao fato cometido pelo agente, definindo as infrações penais. Obriga, ainda, que no preceito primário do tipo penal incriminador, haja uma definição precisa da conduta proibida ou imposta, **sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. A lei deve ser, por isso, taxativa**<sup>111</sup>. (Grifo meu)

E ainda, o professor Paulo de Souza Queiroz *apud* Greco, argumenta:

O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio<sup>112</sup>.

Então, com relação aos crimes hediondos, somente a lei poderá definir quais condutas sofrerão o tratamento hediondo, devendo ainda fazer do modo mais taxativo possível, não se admitindo ampliação do seu rol mediante analogia. Nesse diapasão, sintetiza Moraes:

Essas exigências constitucionais impedem a utilização de aplicação analógica *in pejus* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções; bem como que no exercício jurisdicional o juiz se converta em legislador, criando novas figuras típicas ou novas sanções. Dessa forma, o princípio da reserva legal não permite a condenação por analogia ou por considerações de conveniência social<sup>113</sup>.

E Gabriel Habib continua: “Se, pelo princípio da legalidade penal, somente a lei pode dizer quais as condutas que são consideradas criminosas, da mesma forma, somente a lei pode dizer quais são os delitos tidos por hediondos e equiparados”<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup>GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 100.

<sup>112</sup>QUEIROZ, Paulo de Souza *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 100.

<sup>113</sup>MORAES, Alexandre De. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência<sup>o</sup>. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 244.

<sup>114</sup>HABIB, Gabriel. **O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos**. Niterói: Impetus, 2016, p. 22.

E assim fez a lei 8.072/90. Analisando esta lei, percebemos que ela é quase sempre categórica, ao fazer menção de forma taxativa e explícita às condutas consideradas hediondas, trazendo ainda os artigos e incisos e as formas de prática do crime que são hediondas.

No artigo 1º da lei, por exemplo, dispõe que os crimes ali dispostos serão taxados como hediondos se praticados tanto na forma consumada como na forma tentada, e ainda, traz ao longo dos incisos, o exato dispositivo que deve sofrer com os rigores da hediondez. No inciso I, por exemplo, ao tratar do homicídio, a lei explicita que é hediondo, o “homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII) <sup>115</sup>”.

Todavia, quanto aos crimes equiparados a hediondo, não foi a lei 8.072/90 tão cuidadosa na descrição das condutas, se limitando, no caso do tráfico a repetir *ipsis litteris*, no seu art. 2º a expressão consagrada pela CF/88 “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”.

Até a inédita decisão proferida no HC 118.533/MS, a jurisprudência assentava o entendimento pela hediondez do tráfico privilegiado, no fato de não se tratar de tipo penal. Ocorre que tal compreensão, embora verdadeira, não impede sob a ótica da legalidade, por si só, que o tráfico privilegiado seja descaracterizado como hediondo. Senão vejamos:

Muito embora, o tráfico privilegiado não constitua crime autônomo nem uma derivação do crime constante no caput e § 1º do artigo 33 da lei de drogas, trata-se de uma situação que a lei reconheceu ser menos grave, devido a características subjetivas do agente, merecendo por isso sanção mais branda, assim como as condutas do art. 33, §§ 2º e 3º.

Como já visto acima, a própria lei de crimes hediondos, quando quis inserir em seu rol, modalidade de crimes sem autonomia tipológica mas que mudasse substancialmente a pena (caso do tráfico privilegiado), o fez expressamente, como é o caso da inserção expressa dos delitos tentados, constante no caput do artigo 1º da

---

<sup>115</sup>BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

lei 8.072/90, ou ainda do delito de epidemia, que só será hediondo se presente a causa especial de aumento de pena do § 1º, art. 267, CP (resultado morte), e ainda, quando dispõe que o delito de lesão corporal só será hediondo se praticado contra os sujeitos passivos minuciados no seu art. 1º, 1-A.

Não perdendo de vista que a lei de crimes hediondos é de 1990, e na época, de fato, sequer existia a figura do tráfico privilegiado, e a atual lei de drogas é de 2006, sempre que o legislador quer incluir alguma conduta ou situação específica no seu rol, o faz taxativamente, como por exemplo, fez em 2015, ao incluir que a lesão corporal dolosa, gravíssima ou com resultado morte, somente será hedionda quando praticadas contra os agentes públicos e seus parentes descritos no art. 1º, I-A, lei 8.072/90.

Então, se a lei de crimes hediondos quisesse dar também ao tráfico privilegiado o tratamento hediondo, deveria ter feito expressamente.

Carecendo a expressão “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” de determinação e taxatividade, não pode o intérprete, em respeito ao princípio da legalidade, fazer uma interpretação extensiva.

Em harmonia com o exposto acima está o ensinamento de Capez sobre o tema:

[...] a reserva legal impõe também que a descrição da conduta criminosa seja detalhada e específica, não se coadunando com tipos genéricos, demasiadamente abrangentes. O deletério processo de generalização estabelece-se com a utilização de expressões vagas e sentido equívoco, capazes de alcançar qualquer comportamento humano e, por conseguinte, aptas a promover a mais completa subversão no sistema de garantias da legalidade. De nada adiantaria exigir a prévia definição da conduta na lei se fosse permitida a utilização de termos muito amplos, tais como: “qualquer conduta contrária aos interesses nacionais”, “qualquer vilipêndio à honra alheia” etc. A garantia nesses casos, seria meramente formal, pois, como tudo pode ser enquadrado na definição legal, a insegurança jurídica e social seria tão grande como se lei nenhuma existisse<sup>116</sup>.

Para corroborar ainda mais com o entendimento no sentido pelo afastamento da hediondez do tráfico minorado, lembramos que o artigo 44 da lei de drogas, que

---

<sup>116</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito pena, parte geral**: volume I. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62/63.

prevê sanções bem parecidas com as previstas na lei de crimes hediondos, ao taxar os dispositivos que devem sofrer os rigores ali descritos, silenciou-se quanto ao §4º, excluindo o tráfico privilegiado de suas hipóteses de incidência, mostrando mais uma vez a vontade do legislador de tratar tal delito de maneira diferenciada, mais branda.

A propósito, vejamos o teor do art. 44 da lei de drogas:

Os crimes previstos **nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37** desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico<sup>117</sup>. (Grifo meu)

Entendendo da mesma forma, Rangel, ao discorrer sobre a possibilidade de *sursis* no tráfico privilegiado, leciona:

Todavia, percebe o leitor que o que a Lei diz expressamente é que nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37, excluindo o § 4º do art. 33 onde se encontra o tráfico privilegiado (que não é crime hediondo). Nesse sentido, se houver redução de pena, caindo para o tráfico privilegiado, admissível será a concessão do *sursis*, pois a proibição do art. 44 não o alcança<sup>118</sup>.

Robustecendo essa compreensão, a Defensoria Pública/SP, no terceiro encontro estadual de defensores públicos de São Paulo:

A tudo isso, deve ser agregado o fato do art. 44 da Lei 11.343/06 vedar, apenas em relação aos delitos previstos no art. 33, *caput* e §1º e 35 a 37 desta lei, a concessão de fiança, a aplicação de sursis, graça, indulto anistia e liberdade provisória. Por 'coincidência', são justamente estes os rigores decorrentes da classificação de um crime como hediondo ou equiparado (vide Constituição Federal e Lei dos Crimes Hediondos). Se o legislador não fez referência, no art. 44 da lei 11.343/06, a figura privilegiada prevista no §4º do art. 33 é porque não quis classificar este delito como equiparado a hediondo<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>118</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 745.

<sup>119</sup> DEFENSORIA PÚBLICA/SP. **Sugestão de Tese 23**. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:of-Hf5cS3SIJ:https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/TODAS%2520AS%25>

### 4.3 Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz do princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena encontra-se positivado no nosso ordenamento jurídico no art. 5º, XLVI da CF/88. Reza tal princípio, que a pena dada a determinado transgressor da norma penal, deve ser aplicada de maneira personalizada, levando em consideração os fatores inerentes a cada caso concreto, de modo que a pena seja suficiente à punição e prevenção do crime.

Luiz Carlos Bettiol *apud* Greco, tratando do tema, assim ensina:

Todo direito penal moderno é orientado no sentido da individualização das medidas penais, porquanto se pretende que o tratamento penal seja totalmente voltado para características pessoais do agente a fim de que possa corresponder aos fins que se pretende alcançar com a pena ou com as medidas de segurança<sup>120</sup>.

Alexandre de Moraes, ensina no sentido de que o referido princípio, deve nortear a dosimetria na aplicação da pena de modo a ser suficiente para prevenir e reprimir o injusto:

O princípio da individualização da pena exige uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. Assim, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta)<sup>121</sup>.

---

20TESES/3%2520ENCONTRO/TESE%252023.doc+&cd=10&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

<sup>120</sup> BETTIOL, Luiz Carlos *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 73.

<sup>121</sup>MORAES, Alexandre De. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência<sup>o</sup>. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 267.

A individualização da pena ocorre basicamente em três etapas: Inicialmente, com o legislador penal, escolhendo quais condutas que agridem bens juridicamente protegidos serão punidas, cominando a essa conduta uma pena em abstrato. Em seguida, passa a individualização da pena ao crivo do aplicador da lei penal, tendo ele, diante do caso concreto, que dosar a pena em concreto de acordo com o caso julgado, levando em consideração as circunstâncias do crime e as condições pessoais do infrator. E por fim, a individualização da pena ocorre na execução penal, devendo a pena ser cumprida de modo a propiciar a justa punição e a possibilidade de reinserção social do condenado.

Caso condutas com diferentes níveis de gravidade sejam igualmente tratadas, haverá um desequilíbrio e desproporção, tornando até mesmo inócuo a diferenciação entre as condutas, já que, tendo elas o mesmo tratamento, poderá o agente ser encorajado a realizar a conduta mais grave, já que terá o mesmo tratamento dispensado a conduta menos grave. A respeito disso, Beccaria:

[...] se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo de recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição desigual das penas fará nascer a contradição, tanto notória quanto frequente, de que as leis terão de castigar os delitos que fizeram nascer<sup>122</sup>.

Mirabete *apud* Greco, tratando da individualização da pena na etapa de execução, ensina:

Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 69.

<sup>123</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 75.

Então, ainda que mais de um sujeito pratique o mesmo crime, a pena de cada um deverá ser particularizada, atendendo às características pessoais de cada um de modo a ser justa e proporcional.

A antiga lei de drogas (lei 6.368/76), não fazia qualquer distinção entre o traficante profissional e o traficante eventual, prevendo em seu art. 12, as mesmas sanções penais para ambos<sup>124</sup>. Quando a lei 11.343/06 em seu art. 33, § 4º, inovou, diferenciando o traficante eventual do traficante profissional, o que pretendeu o legislador, foi individualizar a pena de acordo com o criminoso, admitindo que as circunstâncias pessoais do primeiro, tornam o crime menos grave, merecendo por isso, uma pena mais branda em relação ao último.

Entender que o traficante eventual, primário, e sem envolvimento com facções criminosas deve passar pelo mesmo tratamento como hediondo, dispensado ao traficante profissional, inserido em alguma organização criminosa, é relegar a individualização da pena, e pior, é relegar as finalidades da pena, que além de visar punir o crime, visa recuperar o indivíduo, já que como bem assinala Mirabete, “individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social<sup>125</sup>”.

Destarte, o tratamento como hediondo do dito tráfico privilegiado fere o princípio constitucional da individualização da pena, ao passo que, ao tratar de maneira padronizada tanto o traficante profissional como o traficante eventual, prevendo para ambos todos ônus relativo a lei de crimes hediondos, ignora as particularidades que tornam o tráfico episódico de menor gravidade, e por via de consequência, merecedor de um tratamento mais brando.

Diversos foram os julgamentos pela nossa Corte Maior, em que tal princípio foi utilizado como baliza na interpretação da lei penal. Exemplo disso, ocorreu no julgamento do Habeas Corpus nº 149.807/SP, (já comentado no subitem 2.3 desse trabalho), em que se entendeu ser inconstitucional por afrontar a individualização da pena o mandamento previsto no art. 2º, § 1º da lei 8.072/90 que dispõe que os crimes

---

<sup>124</sup> BRASIL. **Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)> Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

<sup>125</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 75.



hediondos e equiparados devem obrigatoriamente ser cumpridos em regime inicialmente fechado. Da mesma forma, no Habeas Corpus 97.256/RS o STF declarou afrontar a individualização da pena a proibição de conversão em pena restritiva de direitos, antes constante no art. 33, § 4º e ainda constante no art. 44 da lei de drogas.

#### **4.4 Análise da hediondez do tráfico privilegiado à luz do princípio da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade da pena, apesar de não estar contido de maneira expressa em nossa Constituição Federal, é considerado um princípio implícito, sendo corolário de outros princípios, como o da legalidade penal, o da razoabilidade e o da individualização da pena. Fernando Capez, ao abordar o princípio, leciona:

Além de encontrar assento na imperativa exigência de respeito à dignidade humana, tal princípio aparece insculpido em diversas passagens de nosso Texto Constitucional, quando abole certos tipos de sanções (art. 5º, XLVII), exige individualização da pena (art. 5º, XLVI), maior rigor para casos de maior gravidade (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves (art. 98, I). Baseia-se na relação custo-benefício. [...]. Uma sociedade incriminadora é uma sociedade invasiva, que limita em demasia a liberdade das pessoas<sup>126</sup>.

Luiz Regis Prado, por sua vez, assim trata do referido princípio:

Embora sua origem remonte à Antiguidade, foi só com o Iluminismo, em especial com a obra de Cezzare Beccaria, que o princípio da proporcionalidade se afirmou como um verdadeiro pressuposto penal. Para esse autor, as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos, e, de certo modo, ao dano causado à sociedade. O dano à sociedade é a verdadeira medida dos crimes. [...]. Para a cominação e imposição da pena, agregam-se, além dos requisitos de idoneidade e necessidade, a proporcionalidade. Pela adequação ou idoneidade, a sanção penal deve ser um instrumento capaz, apto ou adequado à consecução da finalidade pretendida pelo legislador (adequação do meio ao fim). Além da aptidão da

---

<sup>126</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte geral**: volume I. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

pena para a garantia do bem jurídico, a idoneidade implica que ela seja “qualitativamente adequada para conseguir a finalidade” e que ademais seja de factível realização por meio de normas processuais e de execução penal. O requisito da necessidade significa que o meio escolhido é indispensável, necessário, para atingir o fim proposto, na falta de outro menos gravoso e de igual eficácia<sup>127</sup>.

O princípio da proporcionalidade, não se trata apenas de mera ferramenta de hermenêutica constitucional, mais ainda, se trata de verdadeiro controle sobre o legislador e sobre o aplicador do direito, ao qual, a pena, tanto em abstrato como em concreto, deve ser proporcional ao injusto.

O princípio da proporcionalidade, portanto, indica que o legislador e o aplicador do direito devem valorar as condutas, e aplicar a elas, penas proporcionais, de acordo com a gravidade de cada uma, de modo a causar um equilíbrio entre o delito e a pena, sendo vedado o excesso punitivo.

A análise da proporcionalidade aqui, diz respeito a proporcionalidade entre o montante de pena cominada ao tráfico privilegiado e as vedações impostas pela lei de crimes hediondos.

O § 4º, art. 33, estabelece uma diminuição de pena que pode variar de 1/6 a 2/3 da pena prevista no caput. Isso significa, por exemplo, que se a pena fica no mínimo legal (5 anos), e a diminuição opera em nível máximo (2/3), a pena final será fixada em 1 ano e 8 meses de reclusão. Sem os rigores da hediondez, diversas benesses poderiam receber os réus com a pena nesse patamar, como por exemplo a comutação da pena, em que o réu poderia ter a pena privativa de liberdade substituída pela pena restritiva de direito<sup>128</sup>, ou pelo menos iniciar o cumprimento de pena em regime inicial aberto<sup>129</sup>.

Interessantes são as palavras de Paulo Rangel:

---

<sup>127</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: Parte geral, volume 1. 11 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 173/174.

<sup>128</sup> BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Art. 44.

<sup>129</sup> BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Art.33 §2º, c.

[...]. A duas que, pelo princípio da razoabilidade, não é ponderável e, conseqüentemente, justo, prudente, moderado, de bom senso, uma condenação pelo tráfico privilegiado a uma pena de dois anos de reclusão em regime, necessariamente, inicial fechado e outra condenação num homicídio simples, por exemplo, a uma pena de seis anos em regime inicial semiaberto. Bens jurídicos distintos entre si (saúde pública e vida) tratados de forma desproporcional. Até porque o tráfico privilegiado não é crime hediondo, razão pela qual não há motivo para aplicação da regra inserta no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990<sup>130</sup>.

No mais, o rótulo de hediondo impede a concessão de outros benefícios, como o indulto, a liberdade provisória mediante fiança<sup>131</sup>, a progressão de regime mais célere (nos moldes do art. 112, LEP) e etc., o que evidencia, a desproporcionalidade de tratar o tráfico minorado sob a pecha da lei de crimes hediondos.

Outra prova da desproporção de se tratar o tráfico minorado como hediondo, reside no fato de que o crime previsto no art. 35 da lei 11.343/06, que é o de associação para o tráfico, não é considerado hediondo, o que evidencia ainda mais essa disparidade, já que se trataria com um rigor maior o sujeito que não faz parte de facções criminosas, primário e de bons antecedentes, em relação ao sujeito que vive do delito, que se associa a uma facção criminosa para juntos praticarem o tráfico ilícito.

O Ministro Fachin, discorrendo sobre o acima exposto, durante o julgamento do HC 118.533/MS, em seu voto, assim se posicionou:

É óbvio que não se cuida de atribuir ao tráfico minorado o caráter de infração de menor potencial ofensivo, ou de afirmar que o tempo de pena confere, *ipso facto*, direito subjetivo aos benefícios listados.

Trata-se, tão somente, de, sob o prisma da quantidade mínima de pena, signo a traduzir, por excelência, a gravidade do crime e a extensão da necessidade de punição penal, extrair que o tratamento equiparado a hediondo configuraria flagrante desproporcionalidade. Isso porque, sob todos os ângulos elencados, o ordenamento jurídico confere ao delito de tráfico minorado, segundo a perspectiva da quantidade de pena, tratamento que não se coaduna com a agressividade ínsita à hediondez por equiparação<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 750/751.

<sup>131</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014. Art. 322.

<sup>132</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

Cesare Beccaria, ao concluir sua obra intitulada em português “dos delitos e das penas”, arremata o seguinte:

De tudo o que acaba de ser exposto pode-se deduzir um teorema geral de muita utilidade, porém pouco conforme ao uso, que é o legislador comum dos países:

É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei<sup>133</sup>.

Por tudo o exposto, a luz do princípio da proporcionalidade da pena, o tráfico privilegiado, não deve receber os mesmos tratamentos dispensados aos crimes hediondos, sob pena de causar desequilíbrio entre o delito e o tratamento penal e processual penal.

---

<sup>133</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 107.

## 5 MUDANÇA DE PARADIGMA

Nossa jurisprudência, no âmbito dos Tribunais Superiores, por muito tempo foi uníssona no entendimento pela compatibilidade do tratamento excepcional previsto na lei de crimes hediondos ao tráfico privilegiado, proferindo acórdãos quase sempre unânimes reconhecendo sua hediondez, sob o principal argumento de que o tráfico privilegiado não constitui figura autônoma, sendo apenas, o §4º do artigo 33 da lei 11.343/06, uma causa de diminuição de pena que de maneira alguma, teria o poder de afastar a reprovabilidade presente no tráfico de drogas e conseqüentemente seu caráter hediondo.

Percebemos porém que, principalmente a partir de 2012, tal entendimento até então solidificado, pela hediondez do tráfico privilegiado, foi gradualmente perdendo força na jurisprudência, havendo decisões que, embora ainda denegassem o pedido de afastamento da hediondez, já não negavam mais de forma unânime, até que finalmente no ano de 2016, rompeu-se de vez com o entendimento tradicional, com a inédita decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, afastando a hediondez do tráfico privilegiado.

Nesse capítulo, vamos nos dedicar a demonstrar de forma linear, a evolução jurisprudencial acerca do entendimento sobre o tema, com as principais decisões sobre o assunto desde 2010, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, até a mudança paradigmática ocorrida em 2016.

### 5.1 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência do STJ, acerca do tema, há muito, tem decidido no sentido de que a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 da lei de drogas não descaracteriza sua hediondez, sendo totalmente compatível com o tratamento dado pela lei 8.072/90, sob o argumento de que tais circunstâncias

interferem apenas no quantum de pena que deve ser aplicado e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas.

Abaixo, traremos as principais decisões do STJ sobre o tema, mostrando como esse Tribunal tem tratado a questão.

No dia 23 de fevereiro de 2010, a Quinta Turma, realizou o julgamento do HC nº 143.361/SP, cujo relator era o Ministro Jorge Mussi, em que o paciente, condenado a 4 anos, 3 meses, e 10 dias de reclusão pelo crime de tráfico de drogas com o expreso reconhecimento do privilégio previsto no parágrafo 4º, buscava a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial de pena, fundamentando, que, o paciente cumpria todos os requisitos para o cumprimento em regime semiaberto, devendo a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º da lei de drogas, apartar o caráter hediondo do delito.

Na ocasião, de forma unânime, a Quinta Turma firmou o entendimento de que tal causa de diminuição, de maneira nenhuma poderia ser justificativa para afugentar o tratamento especial nos moldes da lei 8.072/90, pois, apesar do dispositivo prever redução de pena, não tem a capacidade de amenizar a alta reprovabilidade que recai sobre a traficância, mantendo portanto, seu caráter hediondo<sup>134</sup>. O Ministro Jorge Mussi, relator do julgamento em comento, assim se manifestou em seu voto:

Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa, as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 143.361/SP**. 5ª Turma. Relator: MUSSI, Jorge. Julgado em 23/02/2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8372930&num\\_registro=200901461615&data=20100308&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8372930&num_registro=200901461615&data=20100308&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

<sup>135</sup>*Idem*.

No dia 13 de setembro de 2011, a mesma Quinta Turma, durante o julgamento do HC nº 160.102/MS, de relatoria da Senhora Ministra Laurita Vaz, em que a impetrante Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul buscava o reconhecimento da concessão de indulto à condenada por tráfico privilegiado, que havia sido concedido em primeiro grau, porém, reformado em segunda instância, denegou a ordem, novamente de forma unânime, concluindo pelo não cabimento do benefício, já que, segundo acordaram os Ministros, a causa de diminuição prevista no §4º, artigo 33 da lei 11.343/06, em nada afetaria no tratamento penal como hediondo, dado pela CF/1988 e pela Lei 8.072/90<sup>136</sup>. Vejamos a conclusão que chegou a Relatora, em seu voto:

Vê-se, portanto, que a Constituição Federal veda expressamente a concessão de graça e indulto aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo irrelevante o fato de ter sido aplicada na fixação da pena a causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto remanesce a mesma tipificação da conduta<sup>137</sup>.

No ano seguinte, mantendo o entendimento, a Quinta Turma, durante o julgamento do HC nº 168.447/MS, no dia 5 de junho de 2012, quando novamente se discutia a possibilidade de concessão de indulto à condenada ao crime de tráfico privilegiado, também denegou a ordem por unanimidade<sup>138</sup>.

Na ocasião, assim entendeu o Relator Ministro Marco Aurélio Belizze:

O Superior Tribunal de Justiça, por reiteradas vezes, firmou a compreensão no sentido de que não é cabível a concessão do benefício do indulto aos condenados por tráfico de entorpecentes. A circunstância de ter sido aplicado à espécie o redutor de penas previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 não altera esse entendimento, uma vez que não modifica a

---

<sup>136</sup>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 160.102/MS**. 5ª Turma. Relator: VAZ, Laurita. Julgado em 13/09/2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17037493&num\\_registro=201000106263&data=20110928&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17037493&num_registro=201000106263&data=20110928&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

<sup>137</sup>*Idem*.

<sup>138</sup>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 168.447/MS**. 5ª Turma. Relator: BELIZZE, Marco Aurélio. Julgado em 05/06/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18358925&num\\_registro=201100174892&data=20120615&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18358925&num_registro=201100174892&data=20120615&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

figura típica, ou seja não desnatura o seu caráter de delito equiparado a hediondo<sup>139</sup>.

Ainda nesse diapasão, no dia 23 de outubro de 2012, a Quinta Turma voltou a enfrentar o tema, através do Agravo Regimental no HC nº 249.249/MG, asseverando novamente por unanimidade, pela impossibilidade de se afastar a hediondez ao tráfico privilegiado<sup>140</sup>. O Senhor Ministro Relator Marco Aurélio Belizze, assim aduziu em seu voto:

Assim, a incidência de causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do delito, não sendo apta a afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos<sup>141</sup>.

Finalmente, no dia 13 de março de 2013, a Terceira Seção do STJ, realizou o julgamento do RESP nº 1329088/RS, que havia sido o escolhido como o representativo da controvérsia que girava em torno da hediondez ou não do tráfico privilegiado, previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, decidindo por unanimidade em reconhecer seu caráter hediondo<sup>142</sup>, dando inclusive ensejo a edição da Súmula 512.

Assim ponderou em seu voto o relator do julgamento, o Ministro Sebastião Reis Junior:

Feita a leitura dos dispositivos, de plano, constata-se que o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 não excluiu de seu rol o tráfico de drogas quando houver a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Se assim o quisesse, poderia o legislador tê-lo feito, uma vez que a redação atual do dispositivo, conferida pela Lei n. 11.464/2007, é posterior à vigência da Lei n.

---

<sup>139</sup>*Idem.*

<sup>140</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 249.249/MG**. 5ª Turma. BELIZZE, Marco Aurélio. Julgado em 23/10/12. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22667480/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-249249-mg-2012-0152279-3-stj/inteiro-teor-22667481>>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

<sup>141</sup>*Idem.*

<sup>142</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1329088/RS**. Terceira Seção. Relator: JUNIOR, Sebastião Reis. Julgado em 13/03/2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26642239&num\\_registro=201201242080&data=20130426&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26642239&num_registro=201201242080&data=20130426&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.



11.343/2006. Outrossim, observa-se que a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 elenca como requisitos necessários para a sua aplicação circunstâncias inerentes à pessoa do agente, e não à conduta por ele praticada. Destarte, a primariedade, os bons antecedentes, bem como a não dedicação a atividades criminosas, nem a integração em organização criminosa são fatos que dizem respeito à pessoa do apenado. Em razão dessas circunstâncias – e não de uma eventual menor gravidade da conduta de traficar –, entendeu o legislador que poderia ser reduzida a pena do condenado.[..]A causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não é aplicada por ser a conduta menos grave, mas surge por razões de política criminal, como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma mais rápida oportunidade de ressocialização.<sup>143</sup>

Posteriormente, o STJ, no dia 16 de junho de 2014, publicou a Súmula 512, que uniformizou o entendimento até então prevalecente, *in verbis*: “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas<sup>144</sup>”.

Por fim, com o objetivo de realinhar sua posição jurisprudencial de acordo com a nova compreensão adotada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2016, no dia 23 de outubro de 2016, o Superior Tribunal de Justiça, durante o julgamento de questão de ordem, em que se pretendia revisar a tese firmada no RESPnº 1329088/RS, a Terceira Seção, estabeleceu de forma unânime, o entendimento de que o tráfico de drogas na sua forma privilegiada, não possui natureza hedionda, decidindo por cancelar a Súmula 512<sup>145</sup>.

## 5.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

<sup>143</sup>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1329088/RS**. Terceira Seção. Relator: JUNIOR, Sebastião Reis. Julgado em 13/03/2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26642239&num\\_registro=201201242080&data=20130426&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26642239&num_registro=201201242080&data=20130426&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

<sup>144</sup>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 512**: A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. Terceira Seção. 11/06/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

<sup>145</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Revisão de tese: Tema 600**. Terceira Seção. 23/11/16. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp)>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

No âmbito do nosso Pretório Excelso, também predominava o entendimento em favor da hediondez do tráfico privilegiado, até a inédita decisão em 2016, proferida em sede de julgamento do HC nº 118.533/MS, que significou uma verdadeira ruptura com esse raciocínio até então majoritário, havendo uma mudança de paradigma, fazendo nosso Supremo Tribunal Federal uma releitura constitucional do dispositivo ora em comento, afastando o caráter hediondo.

Faremos uma breve explanação, das principais decisões do Supremo acerca desse tema, até a decisão que reconheceu a não hediondez do tráfico privilegiado, rompendo com o tradicional entendimento.

No dia 16 de Outubro de 2012, a Primeira Turma, ao enfrentar o tema por meio do Agravo Regimental no HC nº 114.452/RS, negou por maioria de votos, provimento ao recurso, em que o agravante pleiteava o direito do paciente a progredir no regime de cumprimento de pena após 1/6 de cumprimento, que é a regra geral, e não 2/5, regra essa aplicada aos crimes hediondos e equiparados, sustentando que assim como o homicídio qualificado-privilegiado não é considerado hediondo, por questão de analogia e respeito aos princípios da proporcionalidade e da igualdade material, o tráfico de drogas privilegiado também não deveria ser, podendo por esse motivo, ter o paciente direito a progressão de regime a partir do cumprimento do quantum de 1/6 da pena<sup>146</sup>. Vejamos o que sentenciou em seu voto, o Ministro, ora Relator, Luiz Fux:

No que tange à questão de mérito deduzida no writ, a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes, limitando-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a lei anterior. Destarte, o reconhecimento da benesse ora pretendida – progressão da pena após o cumprimento de 1/6 – e não das frações previstas na Lei de Drogas, de 2/5, se primário, e de 3/5, se reincidente – constituirá incentivo a que as pessoas cada vez mais se aventurem no tráfico, ante o ínfimo tempo em que ficarão presas<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 114.452/RS**. 1ª Turma. Relator: FUX, Luiz. Julgado em 16/10/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3064804>>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

<sup>147</sup> *Idem*.

Ao seu turno, a Segunda Turma também chegou ao entendimento supra, de forma unânime, no julgamento do HC nº 118.577/MS, de relatoria do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, datado em 05 de novembro de 2013<sup>148</sup>. Vejamos trecho do voto proferido pelo relator:

A minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 foi estabelecida não por que o legislador entendeu que a conduta, nos casos em que verificados aspectos favoráveis ao réu, seria menos grave, mas, sim, por razões de política criminal, pensando-se em beneficiar o pequeno traficante<sup>149</sup>.

No mesmo sentido, em 19 de novembro desse mesmo ano, a Segunda Turma enfrentou o tema, durante o julgamento do HC nº 118.351/MS, novamente sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Nesse julgamento, novamente, a turma denegou a ordem que pedia o afastamento da hediondez do crime de tráfico privilegiado, porém dessa vez, de forma não unânime, votando pela concessão da ordem os vencidos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes<sup>150</sup>. O Ministro Celso de Mello, ao justificar seu voto pela concessão da ordem, assim entendeu:

A mim me parece que, sob a perspectiva da política criminal, **é evidente a intenção que decorre objetivamente do texto normativo de dispensar um tratamento diferenciado ao pequeno traficante, uma vez que são estendidos a ele certos benefícios absolutamente incompatíveis com o caráter hediondo ou, por equiparação legal, dos delitos objetivamente mais graves.** O Supremo Tribunal Federal chegou até mesmo a declarar a inconstitucionalidade parcial desse texto normativo ao permitir que, mesmo no que concerne ao "tráfico privilegiado", se proceda à conversão da pena privativa de liberdade e pena restritiva de direitos, e também autorizando uma substancial redução no quantum da pena privativa de liberdade ao permitir uma causa especial de diminuição de pena, que pode chegar até a 2/3. É evidente, a mim me parece, que muito mais do que a "*mens legislatoris*", a própria "*mens legis*", quer dizer, aquilo que decorre objetivamente do texto normativo, vale dizer, a intenção de se dispensar um tratamento diferenciado, menos rigoroso, a quem? Ao pequeno traficante<sup>151</sup>. (Grifo meu)

---

<sup>148</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.577/MS**. 2ª Turma. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Julgado em 05/11/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4893346>>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

<sup>149</sup> *Idem*.

<sup>150</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.351/MS**. 2ª Turma. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Julgado em 19/11/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6155942>>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

<sup>151</sup> *Idem*.

Continuando nessa esteira, a Primeira Turma, por unanimidade, em 2014, no dia 18 de fevereiro, no julgamento do Recurso Ordinário em HC nº 114.842/MS, firmou entendimento de que a diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da lei de drogas não se tratava de tipo penal diferente do caput, constituindo portanto o mesmo crime, devendo da mesma forma ser equiparado a hediondo:

A minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não tem o condão de descaracterizar a hediondez do delito de tráfico de drogas, porquanto não cria uma figura delitiva autônoma, mas, tão somente, faz incidir, na terceira fase de fixação da pena, uma causa especial de diminuição da reprimenda, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização voltada a esse fim<sup>152</sup>.

Todavia, em 2016, o STF superou entendimento jurisprudencial anterior, decidindo o Pleno da Egrégia Corte, no julgamento do Habeas Corpus nº 118.533/MS, por maioria de 8 votos a 3, por conceder a ordem, afastando a natureza hedionda ao tráfico privilegiado, sendo vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio. A matéria discutida nesse pleito, havia, sido afetada ao Plenário, em 2014, pela Relatora Ministra Cármen Lúcia, para que finalmente fosse pacificado entendimento sobre esse imbróglio.

Para a relatora do julgamento em comento, o tráfico privilegiado não pode ter o mesmo tratamento do tráfico de drogas equiparado a hediondo, já que ele trata de criminosos ocasionais, que não possuem uma vida pregressa no crime, nem fazem parte do crime organizado, entendendo a relatora, que há um verdadeiro “constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores legais destinados ao tráfico de entorpecentes equiparado ao crime hediondo”<sup>153</sup>. Nessa linha, ventilou a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto:

---

<sup>152</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 114.842/MS**. 1ª Turma. Relator: WEBER, Rosa. Julgado em 18/02/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5369648>>. Acesso em: 6 de novembro de 2016.

<sup>153</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em:

A própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente<sup>154</sup>.

Gilmar Mendes, ao seu turno, destacou nesse julgamento, além do fato do art. 44 da lei 11.343/06 não ter abarcado o tráfico privilegiado entre as hipóteses de recrudescimento no tratamento penal, mostrando a vontade legislativa de não tratar o dito traficante eventual da mesma forma que o traficante contumaz, que a Constituição Federal de 1988, deu margem ao legislador infraconstitucional, para retirar algumas condutas envolvendo transação ilícita com drogas do âmbito dos crimes hediondos, já que apenas previu genericamente, no art. 5º, XLIII, a expressão “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, sendo portanto uma questão de hermenêutica constitucional, definir quais crimes devem sofrer a sanção de hediondez, salientando, que no caso do tráfico privilegiado, o seu caráter isolado de envolvimento com o crime que o afasta da esteira da hediondez:

Por óbvio, há casos em que o legislador não pode fugir do regime da hediondez. Casos que denotem habitualidade e intuito de lucro no trato com quantidade significativa de drogas pesadas, claramente, amoldam-se ao regime constitucional. Por outro lado, a pequena monta do tráfico, a inexistência de habitualidade, eventuais motivos nobres, a coação resistível etc. podem servir de fronteira para descaracterizar a hediondez<sup>155</sup>.

O Ministro Edson Fachin, em seu voto, destacou que por ser um tratamento de exceção, a lei de crimes hediondos utiliza o critério legal para a fixação de crimes que devem sofrer esse tratamento, e por isso, para se qualificar um crime como hediondo, deve haver previsão expressa e estrita, não se admitindo *analogia in malam partem*. O Ministro destacou, que embora a minorante do parágrafo 4º, de fato não crie novo

---

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

<sup>154</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

<sup>155</sup> *idem*.

tipo penal, esse fato, não impede a interpretação no sentido pelo afastamento da sua hediondez, sendo que na verdade, a incidência da minorante gera um impacto tão grande no quantum da pena, que altera substancialmente o grau de reprovabilidade da conduta<sup>156</sup>.

Convém destacar trecho do voto proferido pelo Ministro Edson Fachin:

Embora a causa de diminuição não consubstancie tipo penal autônomo, a repercussão na pena é potencialmente tão intensa a ponto de traduzir alteração penal deveras substancial. Assim, embora, de fato, reitere-se, não se divise a existência de novo tipo penal, diante da ausência de correspondência expressa e precisa, a conclusão de que o tráfico minorado é compatível com o regime geral da execução penal e de livramento condicional não se afigura irrazoável.<sup>157</sup>

Já o Ministro Ricardo Lewandowski, ao justificar seu voto, no julgamento em comento, pelo afastamento da hediondez do tráfico privilegiado, entendeu que o assunto transcendia a simples análise jurídica do caso, optando por embasar seu voto com elementos fáticos acerca da realidade que assola a população carcerária brasileira, e as possíveis consequências que essa mudança de paradigma por parte do Supremo, caso opte pela descaracterização como hediondo do tráfico privilegiado, podem trazer ao sistema carcerário<sup>158</sup>. Abaixo, parte do apontamento trazido pelo Ministro Lewandowski:

Estima-se que, entre a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente (ou algo em torno de 80.000 pessoas, em sua grande maioria, repito, mulheres) tenham experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio. Quer dizer, são pessoas que não apresentam um perfil delinquencial típico, tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante. São, enfim, os “descartáveis”, dos quais se utilizam os grandes cartéis para disseminar a droga na sociedade. Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada, que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se

---

<sup>156</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

<sup>157</sup> *Idem*.

<sup>158</sup> *Idem*.

amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam<sup>159</sup>.

Esse, portanto, é o panorama relativo à evolução jurisprudencial do entendimento acerca da hediondez do tráfico privilegiado, que vinha numa posição solidificada pela hediondez, até uma guinada jurisprudencial por parte do STF em 2016, que inclusive, acabou ocasionando na revisão da Súmula 512 por parte do STJ, vindo a ser cancelada, como forma de uniformizar a jurisprudência do STJ com o novo entendimento do STF.

---

<sup>159</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 118.533/MS**. Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

## 6 CONCLUSÃO

Diante de tudo apresentado, parece que o tráfico privilegiado não coaduna com as medidas de exceção prevista na lei de crimes hediondos

Primeiro, quando feita a análise etimológica do que é hediondo, a incompatibilidade com o tráfico privilegiado é cristalina, já que esse último não apresenta nenhum dos contornos definidores da hediondez, tal qual a sordidez, a repugnância, indo em sentido contrário, rumo a uma mitigação da reprovabilidade presente na traficância, já que praticado por indivíduo sem raízes no crime, de forma eventual e não pertencente a facções criminosas.

Segundo, à luz do princípio da legalidade e da reserva legal, também não há espaço para interpretação no sentido da hediondez, haja visto que, usando um critério legal e taxativo para dispor sobre as condutas hediondas, trazendo apenas a expressão “tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins”, foi silente a lei 8.072/90 quanto ao tráfico privilegiado, não cabendo ao interprete nenhum tipo de analogia *in malam partem*.

Terceiro, consoante o princípio da individualização da pena, é incabível o rótulo de hediondo ao tráfico privilegiado, já que ao tratar de maneira uniforme e padronizada todos os tipos de traficantes, relegando a diferente medida da reprovabilidade presente no tráfico profissional e no tráfico privilegiado, fere-se as finalidades da pena, e ignora-se que um merece o tratamento mais abrandado em relação ao outro.

E quarto, norteado pelo princípio da proporcionalidade, tem-se que o tratamento como hediondo do tráfico privilegiado se mostra desarrazoado, já que inexistente proporção entre a substancial diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/06, que pode deixar a pena abaixo do patamar de 2 anos de reclusão, e o tratamento excessivamente rigoroso dispensado aos crimes hediondos, que impossibilita o condenado por tráfico com o reconhecimento do privilégio, de obter diversas benesses possíveis aos crimes comuns, ainda que preenchidos os requisitos necessários, não havendo o mínimo de equilíbrio entre a quantidade de pena e as restrições impostas pela lei 8.072/90.





## 7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. “Capítulo II - Princípios de interpretação especificamente Constitucional”. *In: Interpretação e aplicação da Constituição*. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral I**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: 1940.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF: 1941.

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

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: 1984.

BRASIL. **Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF: 1989.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: 1990.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: 2006.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito pena, parte geral: volume I**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTO, Felipe Guimarães Do. **A aplicação do direito penal do inimigo na repressão ao tráfico de drogas**. 2012. 23 f. Monografia (especialização). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2012/trabalhos\\_22012/FelipeGuimaraesCouto.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/FelipeGuimaraesCouto.pdf)>. Acesso em: 04 mar. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”. *In*: GOMES, Luiz Flavio (ORG). **Lei de drogas comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014.

DEFENSORIA PÚBLICA/SP. **Sugestão de Tese 23**. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:of-Hf5cS3SIJ:https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/TODAS%2520AS%2520TESES/3%2520ENCONTRO/TESE%252023.doc+&cd=10&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

DICIONÁRIO DO AURÉLIO ONLINE. **Equiparar**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/equiparar>> Acesso em 8 de setembro de 2016.

G1. **Com lei de drogas, presos por tráfico passam de 31 mil para 138 mil no país**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-trafico-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014.

HABIB, Gabriel. **O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos**. Niterói: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral, volume I. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LIMA, George Marmelstein. **As funções dos princípios constitucionais**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2624>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Modalidades de normas constitucionais – Regras e Princípios”. *In*: **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Regras e princípios em Dworkin e Alexy”. *In*: **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte geral. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre De. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudênciaº. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA. “**Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**”. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2017.

PORTAL TUDO SOBRE PLANTAS.**Erythroxylum coca**. Disponível em: <[http://www.tudosobreplantas.com.br/asp/plantas/ficha.asp?id\\_planta=22336](http://www.tudosobreplantas.com.br/asp/plantas/ficha.asp?id_planta=22336)>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: Parte geral, volume 1. 11 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

PROFESSOR DOUGLAS. **Cocaína e seus derivados**. Disponível em: <[http://www.profdouglaslafemina.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=17&Itemid=18](http://www.profdouglaslafemina.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=17&Itemid=18)>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SECRETARIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n.º 344**, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/portaria\\_344\\_98.pdf](http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/portaria_344_98.pdf)> Acesso em 20 de março de 2017.

SENADO FEDERAL. **Resolução nº 5, de 2012**. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm)>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

SILVA, Amaury. “Títulos IV: Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Capítulo II: Dos crimes”.IN: **Lei de Drogas** Anotada artigo por artigo. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 249.249/MG**. 5ª Turma. BELIZZE, Marco Aurélio. Julgado em 23/10/12. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22667480/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-249249-mg-2012-0152279-3-stj/inteiro-teor-22667481>>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.442.224 – SP**. Sexta Turma. Relator: JÚNIOR, Sebastião Reis. Julgado em 24/05/16. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60857091&num\\_registro=201400573359&data=20160613&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60857091&num_registro=201400573359&data=20160613&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 14 de janeiro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 10.260/SP**. Sexta Turma. Relator: GONÇALVES, Fernando. Julgado em 21/09/1999. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199900677315&dt\\_publicacao=01-08-2000&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900677315&dt_publicacao=01-08-2000&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 13 de dezembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 143.361/SP**. 5ª Turma. Relator: MUSSI, Jorge. Julgado em 23/02/2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8372930&num\\_registro=200901461615&data=20100308&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8372930&num_registro=200901461615&data=20100308&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 160.102/MS**. 5ª Turma. Relator: VAZ, Laurita. Julgado em 13/09/2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17037493&num\\_registro=201000106263&data=20110928&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17037493&num_registro=201000106263&data=20110928&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 168.447/MS**. 5ª Turma. Relator: BELIZZE, Marco Aurélio. Julgado em 05/06/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18358925&num\\_registro=201100174892&data=20120615&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18358925&num_registro=201100174892&data=20120615&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Informativo 596**. Terceira Seção. Julgado em 14/12/16. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 2 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 1329088/RS**. Terceira Seção. Relator: JUNIOR, Sebastião Reis. Julgado em 13/03/2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26642239&num\\_registro=201201242080&data=20130426&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26642239&num_registro=201201242080&data=20130426&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Súmula nº 512**: A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. Terceira Seção. 11/06/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 114.452/RS**. 1ª Turma. Relator: FUX, Luiz. Julgado em 16/10/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3064804>>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 78.305/MG.** Segunda Turma. Relator: SILVEIRA, Néri da. Julgado em 08/06/1999. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14696800/habeas-corpus-hc-78305-mg>>. Acesso em: 13 de dezembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 82.959/SP.** Plenário. Relator: AURÉLIO, Marco. Julgado em 23/02/2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp/inteiro-teor-100477870>>. Acesso em: 1 de setembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 97.256/RS.** Plenário. Relator: BRITTO, Ayres. Julgado em 01/09/10. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 100.745/SC.** Segunda Turma. Relator: GRAU, Eros. Julgado em 09/03/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2893115%2EENUME%2E+OU+93115%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jssgult>> Acesso em 7 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 104.339/SP.** Tribunal Pleno. Relator: MENDES, Gilmar. Julgado em 10/05/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28104339%2EENUME%2E+OU+104339%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jnzazmt> Acesso em 7 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 111.840/ES.** Plenário. Relator: TOFFOLI, Dias. Julgado em 27/06/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=111840&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1 de setembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 118.351/MS.** 2ª Turma. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Julgado em 19/11/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6155942>>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 118.533/MS.** Plenário. Relatora: LÚCIA, Cármen. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 118.577/MS.** 2ª Turma. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Julgado em 05/11/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4893346>>. Acesso em: 5 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 149.807/SP.** Sexta Turma. Relator: FERNANDES, OG. Julgado em 06/05/2010. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16805083/habeas-corpus-hc-149807-sp-2009-0195777-0>>. Acesso em: 1 de setembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 118.577/MS**. 1ª Turma. Relator: WEBER, Rosa. Julgado em 18/02/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5369648>>. Acesso em: 6 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Súmula 719**. 15/08/2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2238&seo=1>>. Acesso em: 19 de dezembro de 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Código de processo penal comentado**. 15 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Criminal nº 0019331-98.2014.8.26.0576**. 8ª Câmara Criminal. Relator: JUNIOR, Alcides Malossi. Julgado em 28/04/2016. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9399096&cdForo=0>> Acesso em: 28 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal nº 0053033-03.2010.8.26.0050**. 15ª Câmara Criminal. Relator: SANTOS, Ribeiro dos. Julgado em 28/03/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6583354&cdForo=0>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2017.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Apelação Criminal nº 0002180-45.2011.4.03.6123/SP**. 5ª Turma. Relator: FONTES, Paulo. Julgado em 07/11/16. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5519101>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal nº 0008149-22.2015.4.03.6181/SP**. 11ª Turma. Relatora: MELLO, Cecília. Julgado em 06/12/16. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5635764>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Recurso em Sentido Estrito nº 0001575-66.2015.4.03.6121/SP**. 11ª Turma. Relatora: MELLO, Cecília. Julgado em 22/11/16. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5617514>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Recurso em Sentido Estrito nº 0008881-71.2013.4.03.6181/SP**. 11ª Turma. Relator: LUNARDELLI, José. Julgado em 09/12/14. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3494517>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte geral, volume 1. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.