

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 836

(Ano X)

(13/01/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



08/01/2018 Kiyoshi Harada
» [Prerrogativa de função](#)

ARTIGOS

12/01/2018 Gabriela Mosciaro Padua

» [Da vedação à condução coercitiva ao interrogatório e da incidência do princípio da presunção de inocência](#)

12/01/2018 Fernando Teófilo Campos

» [Sistema de Precedentes: Conceitos fundamentais para evitar confusões na sua aplicação](#)

12/01/2018 Olavo Moura Travassos de Medeiros

» [Análise da constitucionalidade do art. 62 do Novo Código Florestal à luz do princípio da vedação ao retrocesso ambiental](#)

12/01/2018 Marina Rocha Pimenta

» [Apontamentos jurídicos sobre a interferência entre empreendimentos minerários e de transmissão de energia elétrica](#)

11/01/2018 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Embriaguez ao volante, morte e a incansável busca do legislador pela adequação típica da conduta](#)

11/01/2018 Tamara De Santana Teixeira Buriti

» [Princípio da primazia da realidade: a legislação contra a fraude e a fraude contra a legislação](#)

11/01/2018 Tércio Guilherme Alexandreli Borges de Andrade

» [Medida provisória e o princípio da anterioridade tributária](#)

11/01/2018 Maria Gabrielle Celestino Dias

» [A Filosofia moral de Kant](#)

11/01/2018 Bárbara Teixeira Borges

» [Análise do regime diferenciado de contratações no cenário fático-jurídico brasileiro](#)

10/01/2018 Marina Rocha Pimenta

» [O assédio moral nas relações de trabalho](#)

10/01/2018 Luciano Robinson Calegari

» [Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho](#)

10/01/2018 Ludmila Antunes Resende

» [A inconstitucionalidade das Súmulas de efeito vinculante](#)

10/01/2018 Gabriela Mosciaro Padua

» [Da distinção entre princípios constitucionais sensíveis, estabelecidos e extensíveis na limitação do Poder Constituinte Derivado Decorrente.](#)

10/01/2018 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [Criptopenal: A apropriação das moedas virtuais](#)

10/01/2018 Débora Machado Aragão

» [Trabalho escravo e análogo à condição de escravo e sua proteção no âmbito internacional e interno](#)

09/01/2018 Tércio Guilherme Alexandreli Borges de Andrade

» [Interrogatório on-line & garantismo processual](#)

09/01/2018 Roberto Rodrigues de Moraes

» [IRPJ e a dedutibilidade dos tributos e multas no lucro real](#)

09/01/2018 Maria Pilar Prazeres de Almeida

» [Controle judicial de políticas públicas: salvação ou distorção?](#)

09/01/2018 Gabriela Mosciaro Padua

» [Da Gratuidade de Justiça e da Constitucionalização do Processo Civil](#)

09/01/2018 Douglas Belanda

» [Problemática jurídica quanto recuperação de crédito afeto a moedas virtuais](#)

08/01/2018 Irving Rahy de Castro Pereira

» [Função social da propriedade: considerações constitucionais acerca das ocupações de imóveis rurais](#)

08/01/2018 Clarissa de Cerqueira Pereira

» [A distinção entre princípios e regras segundo a doutrina brasileira](#)

08/01/2018 Tércio Guilherme Alexandreli Borges de Andrade

» [Instituto da Eutanásia](#)

08/01/2018 Maria Pilar Prazeres de Almeida

» [Da possibilidade de concessão do benefício de prestação continuada aos estrangeiros](#)

MONOGRAFIA

10/01/2018 Fernanda Gueiros Maia

» [A decisão de pronúncia e os reflexos acerca de sua motivação](#)

PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista(2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

A competência pela prerrogativa de função estabelecida pelo art. 84 do CPP, conhecida como foro privilegiado, vem merecendo críticas pela sociedade porque emperra a atuação do STF, transformando-o em um tribunal criminal quando, na realidade, é um tribunal para dirimir questões de natureza constitucional embora sem *status* de Corte Constitucional.

Sustenta-se que o foro privilegiado é uma proteção exigida pelo cargo público e não uma proteção à pessoa, pelo que é compatível com a Constituição.

Aparentemente a letra *b*, do inciso I, do art. 102 da CF quis conferir competência do STF por prerrogativa de função nas infrações comuns, ao Presidente da República, ao Vice Presidente da República, aos membros do Congresso Nacional, e a seus próprios Ministros e ao Procurador Geral da República.

É preciso que a Corte Suprema dê exata interpretação ao texto constitucional mencionado para espancar de vez a dúvida: crime comum

praticado no exercício do cargo ou crime praticado durante o exercício do cargo que são coisas diferentes. Sabemos que há julgados determinando a cessação do foro privilegiado quando a autoridade acusada deixa de exercer o cargo, seguindo-se a remessa do processo ao juízo de primeira instância. Investido de novo cargo público os autos retornam ao STF provocando a dança do processo até a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição.

Isso evidentemente viola o princípio da isonomia e vai contra a natureza republicana do regime político adotado, além de contrariar o princípio da razoabilidade.

Pessoalmente entendo que a prerrogativa por função deve ser reservada apenas aos acusados de crimes comuns praticados durante e em função do exercício do cargo. Do contrário deixa de ser uma proteção ao cargo. Se uma autoridade pública, fora do exercício do cargo, atropela uma pessoa, com dolo ou com culpa, não há que se invocar a prerrogativa de função. Agora, se um parlamentar, durante um debate apaixonado em torno de uma questão discutida no Congresso Nacional, dispara um tiro e mata seu adversário político pode-se dizer que o crime foi cometido no exercício do mandato. Houve um exemplo no passado em que o Senador Arnon de Mello, ao pretender atingir o Senador Silvestre Pérciles, seu inimigo que estava na tribuna do Senado Federal, acabou acertando o Senador José Kairaba que estava próximo do Senador visado. O episódio ficou conhecido como uma hipótese de *aberratio ictus*, isto é, erro na

execução do crime. Como na época não existia o chamado foro privilegiado, o Senador agressor foi julgado pelo Tribunal de Juri e rapidamente absolvido.

Assim, cabe ao STF dar a correta interpretação ao art. 84 do CPP à luz do que dispõe o art. 102, I, *b* da CF explicitando o alcance e o conteúdo do chamado foro privilegiado. Para tanto não há necessidade de uma PEC como pretendido por alguns, pois, o STF é o intérprete máximo da Constituição.

A interpretação restritiva, além de se ajustar ao regime republicano, onde todos são iguais, desafogará a Corte Suprema que vem fazendo o papel de um juiz de primeira instância sem estar habituada a realizar instrução criminal. Essa interpretação restritiva seria aplicada para as autoridades dos três Poderes, pelo que descabe falar em casuísmo como aventado por algumas autoridades do Legislativo.

DA VEDAÇÃO À CONDUÇÃO COERCITIVA AO INTERROGATÓRIO E DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

GABRIELA MOSCIARO PADUA:
Advogada. Bacharel pela UCAM-Tijuca-RJ.

Resumo: O presente artigo visa analisar a vedação da condução coercitiva para o interrogatório em conjunto com os princípios da presunção de inocência e direito de presença assegurados ao acusado.

Palavras-Chave: processo penal; interrogatório; presunção de inocência; direito à presença; garantias constitucionais.

Abstract: This article aims to analyze the prohibition of coercive conduct for interrogation in conjunction with the principles of presumption of innocence and right of presence assured to the accused

Key-words: criminal proceedings; questioning; presumption of innocence; right to presence; constitutional guarantees.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do direito de presença e da presunção de inocência. 3. Da vedação à condução coercitiva para o interrogatório. 4. Conclusão. 5. Referências

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal em seu artigo 260 estabelece que em caso de não comparecimento injustificado seja o acusado conduzido coercitivamente, tal previsão sempre foi alvo de críticas diante das garantias constitucionais asseguradas à toda pessoa humana.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar proferida pelo então ministro Gilmar Mendes, entendeu por vedar a condução coercitiva ao interrogatório levando em consideração o princípio da presunção de inocência.

A discussão mostra-se de salutar importância, principalmente nas atuais circunstâncias em que a força normativa da Constituição de Konrad Hesse ganha ainda mais poder e a visão sobre o Estado

Democrático de Direito ganha mais destaque em nosso ordenamento jurídico.

2. Do direito de presença e da presunção de inocência

O direito à ampla defesa é princípio basilar do devido processo legal, sendo garantido pela Constituição em seu artigo 5º, LV. Dentro dele estão inseridos outros direitos como: audiência, presença e o de postular pessoalmente.

A defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí se possa concluir que uma derive da outra. É possível violar-se o contraditório, sem que se lesione o direito de defesa, uma vez que o contraditório diz respeito tanto à defesa como à acusação. O contraditório se manifesta em relação a ambas as partes, já a defesa diz respeito apenas ao réu

O direito de audiência representa a garantia de apresentar ao juiz da causa a sua defesa, pessoalmente, o qual materializa-se através do interrogatório. Já no direito de presença assegura-se a oportunidade de ao lado de seu defensor ou advogado, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa.

E por fim, tem-se o direito de postular pessoalmente, através do qual em alguns momentos específicos do processo penal, defere-se ao acusado capacidade postulatória autônoma, independentemente da presença de seu advogado.

Sendo assim, o interrogatório é o meio pelo qual o acusado pode dar ao Juiz a sua versão a respeito dos fatos que lhe foram imputados pelo acusador. E ao mesmo tempo, é o momento em que o Magistrado poderá conhecê-lo pessoalmente.

Sua natureza é alvo de controvérsia na doutrina, há quem entenda ser meio de prova, fundamentando na posição topográfica que este ocupa no Código de Processo Penal. Sendo, porém o entendimento majoritário aquele que defende ser o interrogatório meio de defesa:

"Note-se que o interrogatório é, fundamentalmente meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em

consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo.”(NUCCI, 2009, p. 404).

A presunção de inocência refere-se à garantia constitucional que tem o acusado, em razão da dignidade da pessoa humana, de que sua inocência seja presumida até que sobrevenha uma sentença penal transitada em julgado. Deste princípio decorrem: a regra probatória, ou seja, cabe a acusação provar que o réu é culpado e a regra de tratamento, que é justamente a presunção de inocência até que exista uma sentença definitiva.

3. Da vedação à condução coercitiva para o interrogatório

Segundo o próprio STF existem três corolários básicos do direito a não auto incriminação: *o direito de permanecer em silêncio, o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimento probatório que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal.*

Sendo assim em recente decisão a Suprema Corte Brasileira, em decisão monocrática do ministro Gilmar Mendes, entendeu pela inconstitucionalidade da condução coercitiva para o interrogatório, alegando que há profundos riscos aos direitos fundamentais.

A decisão se deu em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) em sede de liminar, segundo Gilmar Mendes, a condução coercitiva fere o direito à liberdade de locomoção assim como o direito de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Para o ministro, a partir do momento em que não há uma obrigação do réu de comparecer ao interrogatório não poderia também ser a ele conduzido coercitivamente.

O direito fundamental que tem o acusado de não se auto incriminar assim como o de não fazer prova contra si mesmo está também previsto expressamente no art. 8º, 2, g, do Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 e art. 14, 3, g do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e

Políticos de Nova York, assinada em 19 de dezembro de 1966, ambos já incorporados em nosso ordenamento jurídico, por força, respectivamente, do Decreto n.º [678](#) de 6 de novembro de 1992 e do Decreto n.º [592](#), de 6 de julho de 1992.

Ademais, a realização da condução coercitiva apenas acaba por constranger o acusado, uma vez que pode esse usar do seu direito de permanecer em silêncio. Importante ressaltar a diferença entre a condução coercitiva com a prisão cautelar (prisão temporária ou preventiva).

O primeiro apenas trata da condução do indiciado para ser ouvido na Delegacia. Já as prisões cautelares decorrem de ordem judicial consubstanciadas em fortes indícios de provas da existência do crime e da autoria do fato que justificariam a prisão antecipada do acusado. Tendo a decisão apenas atingido o primeiro caso.

4. Conclusão

Diante de tudo o que foi exposto, nota-se ser de suma importância a decisão em comento, uma vez que a aplicação da *condução coercitiva acaba por gerar um efeito encantatório dos direitos fundamentais, sendo estes apenas assegurados pela Constituição, mas não cumpridos pelo nosso ordenamento jurídico, o que acaba por não consolidar a força normativa da Constituição.*

Sendo o interrogatório um meio de defesa, não deve ser o acusado obrigado a ele comparecer, sob pena de violação do à presunção de inocência, assim como ao direito ao silêncio, uma vez que são estes direitos fundamentais do acusado, incoerente a imposição de qualquer ônus diante do seu exercício e por consequência a condução coercitiva.

5. Referências

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. São Paulo: Editora Método, 2012.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Superior Tribunal Federal, Decisão Monocrática, ADPF 444 MC/DF e ADPF 395 MC/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgados em 18/12/2017.

SISTEMA DE PRECEDENTES: CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA EVITAR CONFUSÕES NA SUA APLICAÇÃO

FERNANDO TEÓFILO CAMPOS:
Bacharel em Direito - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Bacharel em Ciências Militares - Academia Militar das Agulhas Negras.

RESUMO: Por este estudo, tem-se a finalidade de realizar a adequada definição acerca dos conceitos elementares da dinâmica dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase no Código de Processo Civil de 2015. Desta forma, o objetivo geral do presente trabalho é determinar os conceitos da dinâmica, principalmente, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Conceitos. Dinâmica. Precedentes Judiciais.

RESUMO: Lo scopo di questo studio è quello di fare una definizione adeguata dei concetti elementari delle dinamiche dei precedenti giudiziari nel sistema giuridico brasiliano, con enfasi sul codice di procedura civile del 2015. In questo modo, l'obiettivo generale di questo lavoro è determinare il concetti di dinamica, principalmente, dopo la validità del codice di procedura civile del 2015.

Parole chiave: concetti. Dinamico. Precedenti giudiziari.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 PRECEDENTES JUDICIAIS 3 SÚMULA, ENUNCIADO DE SÚMULA, EMENTA E COSTUMES 4 DECISÃO JUDICIAL, SENTENÇA, ACÓRDÃO E JURISPRUDÊNCIA 5 RATIO DECIDENDI E OBTER DICTUM 6 CONCLUSÃO

ÁREA DO DIREITO ABORDADA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL

INTRODUÇÃO

Percebem-se, no ordenamento jurídico brasileiro, equívocos acerca dos procedimentos adequados para a realização da dinâmica dos precedentes judiciais. Desta forma, verifica-se uma confusão entre os

conceitos e aplicações das técnicas de confronto, distinção e superação destes precedentes.

Este entendimento é importante, haja vista que os precedentes representam, na atual sistemática dos processos judiciais, um elemento central e essencial para que se possa compreender e interpretar de maneira arrazoada uma decisão judicial.

Desta forma, o presente artigo visa realizar a conceituação de institutos fundamentais sobre a temática. Nesta perspectiva, serão determinados os conceitos de: Precedente Judicial, Súmula, Enunciado de Súmula, Ementa, Costume, Decisão Judicial, Sentença, Acórdão, Jurisprudência, *Ratio Decidendi* e *Obiter Dictum*. Percebe-se a existência de uma “confusão” conceitual sobre estes institutos necessários para o possível entendimento do tema da dinâmica dos precedentes judiciais.

Nota-se, por vezes, uma utilização indevida destes conceitos fundamentais, haja vista que acabam sendo utilizados indiscriminadamente como se tivessem o mesmo sentido e mesma finalidade. Apesar dos institutos supracitados terem definições e utilizações muito próximas, estas não se confundem. Esta confusão teórica pode atrapalhar no correto entendimento do tema ou, ainda, limitar, demasiadamente, o uso destes institutos.

Desta forma, é fundamental que se estabeleça um suporte conceitual sólido sobre o tema com a finalidade de que se possa evitar o uso equivocado dos institutos. Neste sentido, como objetivo do artigo, existe a necessidade de realizar a adequada e oportuna determinação, em linhas gerais, dos conceitos fundamentais sobre o tema.

O primeiro objetivo deste artigo será realizar a conceituação de Precedente Judicial. Após, como segundo objetivo, tem-se a diferenciação entre Precedente Judicial e os institutos da Súmula, Enunciado de Súmula, Ementa e Costume. No tocante ao terceiro objetivo, tem-se a diferenciação entre Precedente Judicial e os institutos da Decisão Judicial, Sentença, Acórdão e Jurisprudência. Por fim, como último objetivo, tem-se a

diferenciação entre Precedente Judicial e os institutos da *Ratio Decidendi* e *Obter Dictum*.

Desta forma, a partir desta introdução apresentada, o presente artigo visa delimitar quais os conceitos fundamentais para que se utilize corretamente as técnicas de superação e distinção dos Precedentes Judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, a partir da vigência Código de Processo Civil de 2015.

2 PRECEDENTES JUDICIAIS

Desde o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, promoveu-se uma reestruturação da construção e interpretação das decisões judiciais. Um dos grandes pontos do CPC de 2015 foi o dimensionamento das técnicas de superação e distinção de Precedentes Judiciais.

Entretanto, para que se realize o correto entendimento sobre estas técnicas, urge necessário, em um primeiro momento, realizar a correta definição do instituto dos Precedentes Judiciais. De acordo com o dicionário de Ferreira (2004, p. 124) precedente é o: “1. que precede, antecedente; 2. procedimento que serve de critério ou pretexto a práticas posteriores semelhantes”.

Trazendo o conceito para a seara jurídica, verifica-se que, de uma maneira genérica, precedente pode ser estabelecido como um critério a ser seguido. Nos dizeres de Cruz e Tucci (2004, p. 11):

Seja como for, é certo que em ambas as experiências jurídicas os órgãos judicantes, no exercício regular de pacificar cidadãos, descortinam-se como celeiro inesgotável de atos decisórios. Assim, núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um precedente judicial. O alcance deste somente pode ser depreendido aos poucos, depois de decisões posteriores. O precedente nasce então como uma regra e, em

seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos.

Um dos conceitos mais elucidativos sobre os Precedentes Judiciais é dado por Didier Jr. (2012, p. 385) que o define como sendo: “Decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior”. Já nos dizeres de Oliveira (2012, p. 169): “o chamado precedente, utilizado no modelo judicialista, é o caso já examinado e julgado, cuja decisão primeira sobre o tema atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados”.

Interessante referenciar o conceito dado por Camargo (2012, p. 152): “No sistema romano-germânico (civil law), ordinariamente, precedente é um pronunciamento judicial, monocrático ou colegiado, sobre questão jurídica determinada, cujas razões determinantes, de regra, apenas orientam (mas não vinculam) o pedido ou o julgamento de casos posteriores sobre a mesma matéria”. Por este conceito dado pelo autor, percebe-se que o precedente também tem sua importância nos países do civil law.

Sobre a finalidade dos precedentes judiciais, Medina (2015, p. 54) afirma que se trata de: “uma consequência jurídica específica, passando, então, a ser considerado como algo que fornece a regra para a determinação de um caso subsequente envolvendo fatos materiais idênticos ou semelhantes que surgem no mesmo tribunal ou em juízo inferior na hierarquia judicial”.

Sobre o tema, o doutrinador Marinoni (2013, p. 214) assevera:

Para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, por não tratar de

questão de direito ou se limitar a afirmar a letra da lei, como pode estar apenas reafirmando o precedente.

Assim, notam-se diferenças e similitudes entre os conceitos encontrados para o instituto dos Precedentes Judiciais. De acordo com o que foi exposto, nota-se que o Precedente Judicial, em sentido amplo, é composto por três elementos essenciais. O primeiro destes elementos é a circunstância de fato objeto do litígio. Ou seja, é o próprio caso concreto. O próximo elemento é o dispositivo legal, tese, princípio que serviu de embasamento para a resolução da controvérsia. Este elemento está presente na motivação – ratio decidendi – da decisão. O terceiro elemento é a própria argumentação.

Entretanto, em linhas gerais, pode-se afirmar, no que se refere ao precedente judicial, a junção destes conceitos expostos indica que a definição do instituto pode ser desenvolvida como sendo uma diretriz, orientação ou pretexto para um julgamento posterior a partir de uma regra estabelecida em casos análogos. Ou seja, pode-se o conceituar como sendo qualquer decisão passada que é evocada por um magistrado para justificar um caso posterior.

3 SÚMULA, ENUNCIADO DE SÚMULA, EMENTA E COSTUMES

Surge de importância realizar a conceituação dos institutos da Súmula e de suas derivações: Enunciado de Súmula e Ementa. A Súmula é o enunciado normativo do precedente que se formou por meio da sua constante aplicação. Buzaid (1985, p. 214) a conceitua como sendo: “A súmula, ao contrário, é juízo de valor. A súmula não julga uma causa. Seu objetivo é definir o exato entendimento da norma jurídica, a cujo respeito surgiram divergências”.

A Súmula tem sua origem, na década de 1950, na reforma ocorrida no Código de Processo Civil de 1939. Esta reforma teve a finalidade de criar um mecanismo de uniformização de jurisprudência. Nesta época, já possuía as características de enunciados breves, que visavam expressar as razões determinadas em reiteradas decisões em um mesmo sentido.

Verifica-se, assim, que já ocorria, à época, a tentativa de realizar, a partir do uso das súmulas, uma norma geral verificada no caso concreto. Esta norma geral, abstrata e genérica, feita a partir da complementação e interpretação da lei é reproduzida em casos futuros. Desta forma, nestes casos futuros, ocorre a adequação da súmula ao caso concreto.

A respeito das súmulas, Bueno (2011, p. 413) esclarece que: “são a cristalização de entendimentos jurisprudenciais que predominam nos Tribunais em certo tempo e espaço. A palavra quer indicar as decisões reiteradamente proferidas e, determinar o sentido pelos Tribunais”.

Sifuentes (2005, p. 237 - 238) define a súmula como sendo: “No âmbito jurídico, a súmula de jurisprudência refere-se a teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais das quais se retira um enunciado, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e pode ser utilizado para orientar o julgamento de outros casos”.

Sobre a função da súmula, Pinheiro (2017, p. 02) afirma que: “expressar a orientação dominante do Tribunal acerca de tema controvertido na jurisprudência e eliminar divergências, objetivando cumprir com eficiência a divulgação da jurisprudência e a celeridade processual, a súmula”.

A definição de súmula pode ser assim construída, a partir da análise de dados realizada das citações desenvolvidas neste trabalho, como sendo a tese sintetizadora de um entendimento, por meio de uma norma cristalizada, a partir de julgados em comum.

Verifica-se que, por este conceito, a total diferenciação entre este instituto e o Precedente Judicial. O Precedente orienta o caso futuro. A súmula, pelo contrário, está assente no caso presente. Os precedentes, assim, são criados visando a solução de casos concretos podendo, eventualmente, influenciar decisões futuras. Enquanto as súmulas são textos gerais e abstratos – a semelhança das características de uma lei – formadas com a finalidade de solucionar casos futuros.

Percebe-se a imprescindibilidade da interpretação do precedente que deu origem ao surgimento da súmula para a correta aplicação em um caso concreto. Um antecedente lógico do uso de qualquer súmula, é realizar a correta interpretação do casos concretos do precedente judicial que embasou o seu surgimento.

Assim, é necessário o entendimento de que a súmula deve ser utilizada à luz dos casos que lhe deram origem, perfazendo o seu contexto. Não se deve interpretá-la como sendo um texto genérico e abstrato, tal como as produções legislativas.

Já no tocante ao Enunciado de Súmula, este é definido por Rosas (2005, p. 81) da seguinte maneira: “reflete a jurisprudência de um tribunal ou de uma seção especialmente autorizada a emitir a consolidação”. A Súmula se difere do Enunciado de Súmula, apesar de, na prática forense atual, convergirem para a mesma finalidade.

Neste sentido, Sifuentes (2005, p. 237-238) ensina: “As palavras súmula e enunciado, embora tenham significados diferentes, acabaram por serem usadas, indistintamente, de modo que, por súmula, atualmente entende-se comumente o próprio enunciado, ou seja, o preceito genérico tirado do resumo da questão de direito julgada”.

Portanto, o enunciado de súmula configura-se em uma mera tentativa de sistematizar os julgados. Neste sentido, Didier Jr. (2015, p. 489) assevera:

O enunciado da súmula, em sua simplicidade, se distancia do manancial fático das decisões cuja difusão conduziu à sua edição. Mas a aplicação dos enunciados de súmula não pode ignorar o imperativo de observância dos fatos subjacentes à causa e confrontá-los com os precedentes que geraram o enunciado sumular; isso, porém, costuma ser ignorado.

Nesta temática, a *Ratio Decidendi* (que será também objeto de estudo neste capítulo) presente nos precedentes difere-se do Enunciado de

Súmula, haja vista que se deve procurar as razões da decisão em que foi proferida, em vez de aplicar indiscriminadamente a súmula como se lei fosse.

Nesse sentido, Marinoni (2011, p. 218) explica: “Trata-se, em outras palavras, de buscar a ratio decidendi da súmula, que não se confunde com o seu enunciado”. A partir deste entendimento ocorre a diferenciação entre o Precedente Judicial e Enunciado de Súmula, haja vista que o enunciado, como sistematizado neste estudo, é a mera orientação do julgamento que reflete a jurisprudência adotada.

Esta tentativa de sistematização dos julgados é mais evidente na elaboração da “ementa”. A ementa é mera afirmação da interpretação da norma ao caso, reproduzida em alguns parágrafos. Pelo mesmo entendimento adotado para o enunciado de súmula, percebe-se a diferenciação entre os precedentes judiciais e a ementa.

Assim, em linhas gerais, verifica-se que a Súmula, Enunciado de Súmula e Ementa, apesar de institutos distintos, diferem-se dos Precedentes Judiciais pela mesma fundamentação – distinção temporal – porquanto o Precedente Judicial dá a diretriz para o caso futuro. Por outro lado, estes três outros institutos refletem o entendimento adotado no caso presente.

Por fim, há a definição do instituto do Costume. O doutrinador Ferrara (1989, p. 47) o conceitua como sendo: “é um ordenamento de fatos que as necessidades e as condições sociais desenvolvem e que, tornando-se geral e duradouro acaba impondo-se psicologicamente aos indivíduos”. De acordo com a definição do autor, verifica-se que as práticas reiteradas na sociedade podem se transformar em costumes.

O conceito norteador de Costume pode ser construído como sendo a imposição psicológica, geral e duradoura, em uma determinada sociedade. Verifica-se que, de plano, a total diferenciação entre o instituto e o Precedente Judicial. O Precedente orienta, traça a diretriz jurídica. Por outro lado, costume é norma de fato, construída materialmente por uma sociedade.

Assim, a diferenciação ocorre na executoriedade. Para os Precedentes Judiciais, a executoriedade é material ou formal, a depender tratar-se de um Precedente persuasivo ou vinculante. Por outro lado, os Costumes possuem uma executoriedade psicológica, a partir do entendimento majoritário de uma determinada sociedade em relação a standards de comportamento.

Neste sentido, o Precedente Judicial não pode ser confundido ao Costume. Esses elementos se diferem. Entretanto, se uma regra consuetudinária passa a ser aplicada pelos tribunais, pode vir a ser transformada futuramente em precedente.

4 DECISÃO JUDICIAL, SENTENÇA, ACÓRDÃO E JURISPRUDÊNCIA

Outra conceituação que surge é sobre o instituto da Decisão judicial. Esta é conceituada, de forma implícita, no artigo 203 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) ao descrever que: “os pronunciamentos do juiz se constituem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos”. Assim, nota-se que o seu conceito é construído como sendo os pronunciamentos do juiz – Sentença, Decisão Interlocutória e Despachos – que decidem ou alavancam o processo.

Nesta perspectiva, não se deve confundir os conceitos de Decisão Judicial e Precedente Judicial. Em linhas gerais, tem-se que todo precedente deriva de uma Decisão Judicial, entretanto, em nem toda decisão ocorre, necessariamente, a presença do Precedente.

Neste sentido, as Decisões Judiciais possuem duas acepções. Elas podem decidir uma questão no processo ou meramente alavancar as fases deste. Neste segundo caso, não há conteúdo decisório na manifestação judicial, dando-se o nome de despacho. No primeiro caso, ocorrendo conteúdo decisório, gera-se uma decisão lato sensu. Se esta decisão é proferida em um juízo singular, dá-se o nome de sentença ou decisão interlocutória. Se proferida em um órgão colegiado, é denominado acórdão.

Assim, a Sentença Judicial é espécie do gênero Decisão Judicial, sendo um ato tipicamente jurisdicional. Neste ato, percebe-se, segundo

Taruffo (1995, p. 332): “a máxima expressão da função jurisdicional”. Wambier (2004, p. 30) descreve sentença como sendo: “é o seu conteúdo, preestabelecido por lei de forma expressa e taxativa, que as distingue dos demais pronunciamentos do juiz”.

A definição de Sentença é conferida pelo artigo 203, §1º, do Código de Processo Civil. De acordo com o dispositivo (BRASIL, 2015): “é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim a fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”. Se estas situações ocorrerem em um órgão colegiado, o pronunciamento judicial é denominado de acórdão final.

No preciso ensinamento de Dinamarco (2002, p. 497): “os acórdãos constituem projeção, nos graus superiores, da jurisdição, do que são as diversas espécies de decisões do juiz inferior (decisões interlocutórias ou sentenças). Embora não o diga a lei, há os que extinguem o processo sem julgamento do mérito e os que extinguem sem este julgamento”.

Por outro lado, a decisão interlocutória possui uma definição residual, haja vista que o artigo 203, §2º, CPC, a define como sendo toda manifestação judicial com conteúdo decisório que não se enquadra na definição de sentença. Se a situação ocorre em um órgão colegiado, é conceituado como sendo acórdão interlocutório.

Pelo exposto, a Sentença deve ser entendida como uma norma jurídica individual. Dessa forma, verifica-se que, a partir da definição da norma, formulação abstrata dos preceitos normativos no caso concreto, ocorre a subsunção do fato, gerando a execução de uma norma individualizada. Assim, percebe-se que a sentença é um ato jurídico que, por meio de uma norma individualizada, torna-se imutável devido ao instituto da coisa julgada.

A Sentença, a partir da convergência de entendimentos semelhantes dispostos neste capítulo, pode ter seu conceito norteador como sendo a totalização da expressão jurisdicional manifestada ao se extinguir a fase cognitiva do procedimento comum ou se terminar a execução. Nota-se

que, por este conceito, este instituto distingue-se dos Precedentes Judiciais.

A orientação dada pelo Precedente pode estar contida na Sentença. Esta é a materialização da decisão obtida no caso concreto. Abstrativamente, dentro desta Sentença, pode ocorrer a presença de um precedente. Assim, apesar de próximos os conceitos, os institutos divergem-se.

Neste sentido, Sentença e Precedente Judicial diferem-se. Este não possui a característica da coisa julgada, nem tem o condão de delimitar a norma individual do caso concreto. O Precedente Judicial visa a determinar uma diretriz para a solução de casos semelhantes futuros. Pelo contrário, a Sentença procura restabelecer o status quo das partes em conflito.

Este entendimento também é válido ao se comparar Acórdão com Precedente Judicial, haja vista que aquele é mera semelhança da Sentença, só se distinguindo quanto ao aspecto da colegialidade no tocante a decisão emitida. Assim, tanto o Acórdão como a Sentença, são espécies de Decisão Judicial. Nesta lógica, na distinção desta, estão contidas a diferenciação daquelas.

Neste ponto, assevera-se que, no presente estudo, a distinção é meramente formal. Enquanto as Decisões Judiciais – e suas espécies – são formas de materializar a resolução do conflito, os Precedentes Judiciais podem estar inclusos nestas, sendo – facultativamente – um dos seus elementos. Assim, todos os pontos supracitados sobre as distinções entre Precedente e Sentença servem, também, para fundamentar a diferenciação que existe entre Precedente e Decisão Judicial.

A jurisprudência, em linhas gerais, pode ser conceituada como a aplicação reiterada de um precedente. Mancuso (2001, p. 137) a define como sendo: “totalização do resultado final da função jurisdicional do Estado”. Neste mesmo sentido, Ferro (1990, p. 90) conceitua o instituto como sendo: “o complexo de decisões reiteradas, acerca de determinada matéria, pronunciadas por órgãos colegiados do Poder Judiciário, no efetivo exercício da atividade jurisdicional”.

Sobre a jurisprudência, Reale (2013, p. 76) afirma que: “palavra 'jurisprudência' (stricto sensu) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”. Nesta perspectiva, Lourenço (2011, p. 128) a define:

A jurisprudência é a reiterada aplicação de um precedente, podendo virar, inclusive, uma jurisprudência dominante que, como o próprio adjetivo já informa, é a orientação que prevalece. É o conceito utilizado, por exemplo, pelos artigos 557 e 557 §1º-A do CPC, para, respectivamente, negar ou dar provimento ao recurso, bem como mencionado nos arts. 120, parágrafo único, 543-A §3º, 543-C §2º, 544 §4º, II, “b” e “c”, todos do CPC. Nos sistemas que se baseiam tradicionalmente e tipicamente no precedente, geralmente a decisão que assume caráter de precedente é uma só, contudo, em sistemas como o nosso, faz-se referência a muitas decisões.

Sobre a importância do instituto, Cruz e Tucci (2004, p. 296) observam:

A jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade do direito e, portanto, evita posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei. Os cidadãos baseiam as suas opções não apenas nos textos legais vigentes, mas, também, na tendência dos precedentes dos tribunais, que proporcionam àqueles, na medida do possível, o conhecimento de seus respectivos direitos.

O conceito de Jurisprudência, por vezes, é usado com certa atecnia. Neste sentido, Souza (2007, p. 41) assevera:

O termo jurisprudência é usado, no linguajar jurídico, em, pelo menos, quatro sentidos: a) como sinônimo de filosofia ou ciência do direito; b) significando uma série de decisões judiciais uniformes sobre uma mesma questão jurídica; c) representando, de modo menos preciso, o conjunto de decisões judiciais de um país como um todo; d) referindo-se, impropriamente, a uma decisão judicial “isolada”.

No presente estudo, forma-se o conceito norteador de jurisprudência como sendo o complexo de decisões reiteradas, a partir de uma série de pluralidade de decisões uniformes. Em linhas gerais, pode ser formada na utilização de determinado precedente por diversas vezes.

Para o professor Taruffo (2010, p. 142-143), a distinção entre os institutos da Jurisprudência e do Precedente Judicial é caracterizada como sendo:

Quando se fala em precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla relativa a vários e diversos casos concretos [...] em regra a decisão que se assume como precedente é uma só, de modo que fica fácil identificar qual decisão faz precedente. Ao contrário nos sistemas nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes são dúzias até mesmo centenas.

Assim, nota-se uma distinção quantitativa entre Precedente Judicial e Jurisprudência. De um único caso, pode-se surgir um Precedente. Por outro lado, para a construção de uma Jurisprudência, existe o requisito da pluralidade de decisões em um mesmo sentido. Ou seja, apesar de, em abstrato, constituírem orientações futuras para casos análogos, a Jurisprudência carece de uma quantidade razoável de decisões uniformes para se configurar.

Pode-se concluir, ao final deste tópico, que, primeiramente, de uma decisão judicial (que pode ser constituída de uma sentença ou acórdão) surge um precedente judicial. Após, da aplicação constante de um precedente, cria-se uma jurisprudência. Destes institutos, desenvolve-se a súmula, haja vista que esta é a própria norma em que se baseou um precedente judicial e que, conseqüentemente, gerou um jurisprudência.

5 *RATIO DECIDENDI E OBTER DICTUM*

No primeiro tópico deste capítulo, percebeu-se que o conceito de Precedente Judicial pode ser utilizado em um sentido restrito. Neste sentido, o Precedente se aproxima da própria concepção de ratio decidendi. A ratio decidendi é constituída pelos fundamentos jurídicos da decisão. Ou seja, é a tese jurídica que o magistrado ou o tribunal acolheu ao proferirem a decisão. Para Rodrigues (2017, p. 07): “representaria os dados reputados relevantes no julgamento, as 'razões' que conduziram à decisão”.

Para o professor Tucci (2004, p. 388) a Ratio Decidendi pode ser decomposta em três elementos: “é composta: da indicação dos fatos relevantes da causa (statement of material facts), do raciocínio lógico-jurídico da decisão (legal reasoning) e do juízo decisório (judgement)”. O professor Tucci (2004, p. 12) esclarece, ainda, que a Ratio Decidendi seria: “a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório”.

Em outro sentido, Abboud (2013, p. 516) expõe: “Ratio Decidendi configura a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (lide)”. Já Wambier (2010, p. 35) a define como sendo:

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo

diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.

Neste mesmo entendimento, Oliveira (2013, p. 13-34) conceitua a *Ratio Decidendi* como sendo: “uma decisão, expressa ou implicitamente dada por um juiz, suficiente para resolver uma questão jurídica suscitadas pelos argumentos das partes no caso, sendo esta decisão necessária para justificar a decisão final proferida no caso”.

Nesta lógica, Marinoni (2013, p. 217) define a noção de *Ratio Decidendi* nos seguintes termos:

É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é ‘algo mais’. E isso simplesmente porque, na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material -, mas também a segurança jurídica dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória.

No tocante ao entendimento de Cruz e Tucci (2004, p. 12), os autores determinam o conceito do instituto como sendo: “a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório”. Toda decisão é fruto de uma construção jurídica fundamentada do magistrado. Assim, a

ratio decidendi – ou holding, para os norte-americanos – são as próprias fundamentações que serviram de base para a resolução do caso litigioso.

No ordenamento brasileiro, esta ratio decidendi também é denominada de motivo determinante de uma decisão. O motivo determinante é aquela premissa indispensável para a solução da causa. Essa construção não é aleatória. Pelo contrário, forma-se a partir de uma tese jurídica que embasará a decisão. O centro desta tese jurídica é a ratio decidendi.

Nesta perspectiva, pode-se entender a ratio decidendi como sendo um elemento que transcende a própria fundamentação e se constitui a partir de uma análise sistêmica da decisão judicial. Neste sentido, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 447) asseveram: “Na verdade, pode ser elaborada e extraída de uma leitura conjugada de tais elementos decisórios (relatório, fundamentação e dispositivo); importa saber: a) as circunstâncias fáticas relevantes relatadas; b) a interpretação dada aos preceitos normativos naquele contexto; c) e a conclusão a que se chega”.

A partir destas fundamentações, o magistrado constrói uma tese que lhe permite encontrar a solução do caso concreto. A solução deste conflito, fundamentada pela ratio decidendi, constará do dispositivo, no qual ficará delimitada a norma individual, protegida pela coisa julgada material, que valerá para o caso concreto apreciado pelo magistrado.

Ao contrário desta norma individual, tem-se a norma geral, construída, por meio da indução argumentativa do magistrado, tendo como pano de fundo o caso concreto. Esta indução argumentativa resulta nas razões de decidir do magistrado. Esta ratio decidendi compõe a tese jurídica que se depreende do caso específico podendo, se aplicado em situações vindicadas similares ao caso paradigma, ser considerado um precedente.

Estas duas acepções de normas jurídicas criadas pelo magistrado são bem delimitadas por Mitidiero (2012, p. 61-69):

A percepção de que o magistrado, ao apreciar uma demanda, (re) constrói duas normas jurídicas é fundamental para que se possa entender, em primeiro lugar, a diferença entre o efeito vinculante do precedente - na verdade, da *ratio decidendi* contida num precedente - [...] e o efeito vinculante da coisa julgada erga omnes, presente em determinadas situações. [...] Assim, decisão sem fundamentação, justamente por não conter a exposição da *ratio decidendi*, não é capaz de ser invocada como precedente. A sentença contém dois atos jurídicos distintos: a fundamentação, na qual se expõe a *ratio decidendi*, e o dispositivo, no qual se determina a norma individualizada. A falta de fundamentação torna difícil ou impossível identificar a *ratio decidendi* e, por isso, permite a invalidação do dispositivo, outro ato jurídico, cuja validade depende da existência do primeiro. Em terceiro lugar, é imprescindível perceber que a fundamentação da decisão judicial dá ensejo a dois discursos: o primeiro, para a solução de um determinado caso concreto, direcionado aos sujeitos da relação jurídica discutida; o outro, de ordem institucional, dirigido à sociedade, necessariamente com eficácia *erga omnes*, para apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes àquele.

Desta forma, conclui-se que a decisão do caso concreto – norma individual – apresenta-se no dispositivo. Por outro lado, o precedente – norma geral – é encontrado na fundamentação. Sobre o assunto, o doutrinador Bustamante (2012, p. 271-272), em brilhante lição, acrescenta:

É nas razões que os juízes dão para justificar suas decisões que devem ser buscados os precedentes, e a ausência dessas razões ou a sua superação por outros argumentos mais fortes compromete sua aplicação. As normas extraídas dos

precedentes judiciais devem, todas, ser enunciadas sob a forma de enunciados universais do tipo ‘sempre que se verificarem os fatos operativos (OF), então devem se aplicar as consequências normativas (NC).

Ressalta-se a definição trazida por Goron (2004, p. 284-292), sobre o instituto da *ratio decidendi*:

Constitui ela a abstração de um princípio legal dos fatos essenciais de uma causa. Evidentemente, quanto maior o grau de abstração utilizado, maior será o número de casos aos quais a regra extraída poderá ser aplicada. (...) A *common law* oferece a seus juízes basicamente três métodos para extrair a *ratio decidendi* dos precedentes. Ela pode sê-lo de forma extensiva, restritiva ou analógica. Pelo método extensivo o juiz está habilitado a ampliar o campo de abrangência da regra jurisprudencial. O método restritivo é usado em regra para evitar a aplicação de precedentes injustos ou incômodos. A aplicação analógica, por fim, tem lugar nos chamados *cases of first impression*, quando não existe um precedente que possa ser diretamente aplicado e o juiz necessita criar solução adequada ao caso concreto.

Em relação a *Ratio decidendi*, verifica-se que existem várias controvérsias e acepções sobre o correto entendimento do conceito. Entretanto, realizando uma junção entre as diversas definições trazidas, neste tópico, nota-se um ponto convergente para a *Ratio decidendi*.

Nesta temática, a *Ratio Decidendi* tem seu conceito norteador construído, a partir das citações feitas neste tópico, como sendo a tese assentada na motivação que resolve a questão suscitada, a partir de uma regra de direito usada no fundamento da questão controvertida. Ou seja, é o elemento central da fundamentação, cerne de toda a decisão judicial, considerada a norma jurídica do caso concreto.

Assim, nota-se que a Ratio Decidendi está presente na decisão do caso concreto. Ela é construída a partir das razões que levaram o julgador a decidir determinada causa em um sentido. Ou seja, são todas as argumentações desenvolvidas com características de possuírem “causa e efeito” na decisão tomada. Esta deve constituir-se em um fator essencial para a decisão judicial, podendo ser considerado o elemento determinante – a matriz de fundamentação – da decisão.

Neste ponto, percebe-se que a distinção é material. Nota-se que, para se constituir um Precedente Judicial, existirão Ratio Decidendi que servirão de suporte para aquele. Desta forma, percebe-se que, destas razões de decidir, pode surgir um Precedente Judicial. Assim, a soma de Ratio Decidendi pode constituir um Precedente Judicial. Ou seja, este deriva de uma Ratio Decidendi somada a outros requisitos. Conclui-se que estes dois institutos, apesar de similares, não se confundem.

Concentrando-se a atenção na parte da decisão judicial conhecida como fundamentação, é essencial realizar a diferenciação entre ratio decidendi e obiter dictum. Em um primeiro momento, deve-se entender que nem tudo o que está na fundamentação é a ratio decidendi. Além das razões de decidir, existem, na fundamentação, outros comentários, opiniões, dizeres que não serviram de fundamentação direta e imediata ao caso concreto.

O obiter dictum é este elemento dispensável, podendo ser facilmente retirado da fundamentação sem que houvesse perda substancial no conteúdo da decisão tomada pelo magistrado. Pode-se dizer que é um elemento acessório, uma opinião jurídica adicional. De modo simplório, pode-se afirmar que tudo aquilo que não se configura como sendo ratio decidendi é um obiter dictum. Neste sentido, possui uma delimitação residual da fundamentação.

Nesta concepção negativa – ou residual – do conceito de obiter dictum, tem-se o ensinamento de Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 674):

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, consiste nos argumentos que

são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência ou relevante e substancial para a decisão.

Um exemplo para ilustrar situação é dado por Silva (2004, p. 185): “O exemplo mais visível de utilização de um dictum é quando o tribunal de forma gratuita sugere como resolveria uma questão conexa ou relacionada com a questão dos autos, mas que no momento não está resolvendo”.

Para reforçar esta exemplificação, tem-se a situação trazida à baila por Viana (2017, p. 12):

Imaginem que um tribunal, ao julgar uma apelação, produza o seguinte texto: “Efetivamente, tal como defende o apelante, a sentença impugnada foi proferida por juízo absolutamente incompetente, motivo pelo qual é ela nula, apesar do acerto da fundamentação nela utilizada, já que, de fato, o juiz está certo ao concluir que é inválida a venda feita por um ascendente a um descendente, sem o expresse consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante”. Percebam: tendo o tribunal invalidado a sentença, o conteúdo dela, sentença, perdeu completamente a importância. Mesmo assim, o tribunal entendeu de afirmar que, quanto ao conteúdo, a sentença estava correta.

Pode-se configurar, ainda, em votos vencidos dos órgãos colegiados. Ou seja, quando ocorrerem decisões não unânimes em julgamentos colegiados, aqueles que se manifestaram, contrariamente, a decisão convergente da maioria apresentam, no total de suas fundamentações, obter dictum.

Sobre o assunto, Mello (2008, p. 214) afirma que se trata de: “comentário feito pelo juiz na sentença a título de ilustração, sem força de

precedente”. No mesmo sentido, Andrews (2009, p. 112) assevera: “a expressão vem de ‘dito para morrer’, ou seja, trata-se de coisas ditas na decisão, mas que não têm efeito vinculante em relação às decisões posteriores, só persuasivo”.

Expressão esta que não representa o exato teor do instituto, porquanto este elemento não é mera peça figurativa. Pelo contrário, pode exercer força persuasiva, gerando uma futura modificação de entendimento do magistrado ou do tribunal. A tese jurídica vencedora pode ser modificada, atualizada, reformada. Estas “modificações” advém da força argumentativa dos votos vencidos, dos argumentos contrários que podem sinalizar uma futura superação desta tese.

Para confirmar este entendimento, Didier Jr. (2012, p. 388) afirma:

O *obiter dictum*, embora não sirva como precedente, não é desprezível. O *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo. Além disso, o voto vencido em um julgamento colegiado é *obiter dictum* e tem a sua relevância para a elaboração do recurso dos embargos infringentes, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente.

Desta forma, é facilmente compreensível o entendimento de que o *obiter dictum* pode vir a se configurar em uma *ratio decidendi*. Neste mesmo entendimento, percebe-se que o contrário, também, pode ocorrer. Neste sentido, ressalta-se a importância daquele elemento, que surge como marco do contraditório, da livre argumentação e gera crescimento jurídico e justiça social.

Concluindo, Marinoni (2009, p. 232) tece o conceito do instituto do *obiter dictum*:

Como esclarece Neil Duxbury, as passagens que são *obiter dicta* se apresentam de diversas formas, como as que não são necessárias ao resultado, as

que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir. De outro lado, informa Robert Summers, em trabalho voltado a explicar o funcionamento dos precedentes em seu país, que a espécie de *dicta* mais comum nos Estados Unidos consiste em declarações da Corte sobre questões que ela não está realmente decidindo ou foi chamada a decidir.

Assim, o *Obter Dictum* tem sua definição construída como argumentos de passagem que não influem para a decisão final, mas poderiam resolver outra questão diversa ou servirem de futura orientação. Nesta temática, o *Obter Dictum* surge em paralelo com a *Ratio Decidendi*. Na fundamentação, onde um não se fizer presente, o outro estará. Desta forma, complementam-se, formando uma fundamentação coerente e sistemática.

Nesta toada, percebe-se que, como a *Ratio Decidendi*, o *Obter Dictum* não é Precedente Judicial. Estes comentários acessórios não podem ser utilizados como diretrizes para casos análogos futuros. Os elementos acessórios não influem para o resultado do litígio, nem tampouco para a constituição do Precedente Judicial. Ou seja, o *Obter Dictum* distancia-se, ainda mais, do conceito de Precedente Judicial, do que o conceito encontrado para a *Ratio Decidendi*.

6 CONCLUSÃO

Como conclusão, percebe-se que este capítulo foi constituído com a finalidade de descrever, de forma sistemática, a conceituação de institutos elementares para o correto entendimento da dinâmica dos Precedentes Judiciais. Tendo em vista que esta dinâmica constitui-se de institutos correlatos que acabam por se confundirem, houve por necessário realizar, primeiramente, a conceituação de todos estes institutos.

Posteriormente, ocorreu a diferenciação entre Precedentes Judiciais e estes institutos correlatos. Assim, possibilita-se, aos operadores do direito,

realizar a adequada interpretação de uma determinada Decisão Judicial, decompondo todos os seus elementos e classificando, de maneira correta, os seus institutos essenciais que servirão de suporte para realizar, de modo adequado, o estudo das técnicas de dinâmica dos precedentes.

Enfim, espera-se que estudo descritivo contribua para esclarecer alguns conceitos fundamentais da técnica de dinâmica dos Precedentes Judiciais, evidenciando seu suporte teórico básico para a correta aplicação do tema. Destaca-se, então, o estudo dos conceitos fundamentais das técnicas de dinâmica dos Precedentes Judiciais como uma introdução essencial e elementar para o aprofundamento sobre esta importante temática.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: . Acesso em: 18 fev. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais**: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. Editora Noeses: São Paulo, 2012.

BUZUID, Alfredo. **Uniformização de jurisprudência**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 12, n. 34, 1985.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro**. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRARA. *Freitas Bastos. Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Biblioteca Freitas Bastos, 1989.

FERRO, Marcelo Roberto. **A jurisprudência como forma da expressão do direito**. Revista de [Direito Civil](#), São Paulo, n. 51, 1990.

GORON, Lívio Goellner. **A jurisprudência como fonte do direito: a experiência anglo-americana**. Revista de [Direito Constitucional e Internacional](#), v. 47, abr. 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista de Processo, v. 172, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: Elfos, 1998.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 206.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **A força das decisões judiciais**. Revista de Processo, v. 216, fev. 2013.

PINHEIRO, Rodrigo Paladino. **A Súmula como ferramenta facilitadora do Direito**. Disponível em: . Acesso em: 15 abr. 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Bruno Sousa. **Breve estudo sobre os métodos de identificação da ratio decidendi dos precedentes judiciais**. Disponível em: . Acesso em: 10 jan. 2017.

ROSAS, Roberto. **Pontos e Contrapontos da Reforma do Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 840, out. 2005.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARUFFO, Michelle. **Precedentes e Jurisprudência**. São Paulo: Revista de Processo, n. 199, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

VIANA, Salomão. **Como identificar um “obiter dictum” numa decisão judicial?** Disponível em: Acesso em: 03 fev. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da lei e de precedentes – Civil Law e Common Law**. Revista dos Tribunais, v. 893, mar. 2010.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL

OLAVO MOURA TRAVASSOS DE MEDEIROS:

Advogado da União atuante na Coordenação-Geral de Matéria Finalística da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente - CONJUR/MMA. "Advogado Referência em Licenciamento Ambiental e Legislação Florestal". Ex-Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos da CONJUR/MMA. Membro do Núcleo Especializado Sustentabilidade, Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União - NESLIC/CGU/AGU. Especialista em Direito Constitucional. Especialista em Direito Administrativo. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Professor de Direito Constitucional, Administrativo e Civil da Faculdade Asper/PB. Ex-Assessor de Juiz no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Ex-Técnico Judiciário/Área Judiciária do TJPB; Ex-sócio do Escritório de Advocacia - Cleanto Gomes & Advogados Associados (João Pessoa/Paraíba).

Resumo: O presente artigo tem por problemática aferir a constitucionalidade do art. 62 do Novo Código Florestal, a Lei nº 12.651/2012, à luz do princípio implícito da vedação ao retrocesso ambiental, na medida em que o aludido dispositivo tornou-se tema candente em diversas ações judiciais, seja sob o âmbito do controle difuso de constitucionalidade, seja sob a ótica do controle concentrado de constitucionalidade, fazendo com que, ao fim e ao cabo, a própria eficácia do Código Florestal seja questionada. Nesta senda, este estudo intenta contribuir para o debate do tema, a fim de que este importante dispositivo do Direito Ambiental tenha seus contornos mais aclarados, conferindo, desta feita, uma maior segurança jurídica. Lado outro, como o debate sobre a constitucionalidade do dispositivo é permeado pela violação (ou não) do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, sua possível incidência é a hipótese-chave a ser descortinada para a resolução do busílis.

Palavras-Chaves: Direito Ambiental. Controle de Constitucionalidade. Código Florestal e seu art. 62. Princípio da vedação ao retrocesso ambiental. Inexistência de consenso básico inserido na consciência jurídica geral.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Compreensão do art. 62 da Lei nº 12.651/2012. 2.2. Da correta compreensão jurídica do "princípio da vedação ao retrocesso (socio)ambiental". 3. Conclusão. 4. Referências.

1. Introdução

Após acalorado trâmite legislativo, a Lei nº 12.651/2012, epitetada de “Novo Código Florestal”, foi aprovada e revogou a antiga Lei nº 4.771/1965. O debate entre os múltiplos atores e interessados pela novel normação, tais como defensores do agronegócio e ambientalistas, estendeu-se mesmo após a aprovação do referido diploma. A Medida Provisória nº 571/2012 modificou pontos sensíveis no mesmo dia da publicação e promulgação do “Novo Código Florestal” e, após intenso debate no Congresso Nacional, foi convertida na Lei nº 12.727/2012.

Não obstante a denominação de “Código Florestal” – expressão reproduzida pela mídia e que foi incorporada pela doutrina e tribunais pátrios –, a Lei nº 12.651/2012 assim não se autodenomina, como se infere de sua ementa, divergindo do revogado Código de 1965, que expressamente se intitulava como “Código Florestal”.

A Lei Complementar nº 95/1998, editada para operacionalizar o parágrafo único do art. 59 da Constituição Verde de 1988, giza no art. 7º, inciso I que “excetadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;”. Lido o dispositivo a *contrario sensu*, tem-se que as codificações não possuem objeto unívoco. Neste norte, entre tais objetos deve haver um nexos temático ou uma pertinência disciplinar, sob pena da codificação ser descaracterizada e passar a se aproximar da noção de microssistema, contexto outro que não possui clara conceituação no ordenamento legislado ou positivado. Considerando a temática em disceptação, era de se esperar que um “Código Florestal” dispusesse com minudência e

completude sobre inúmeros objetos, institutos florestais, logicamente. Contudo, assim não ocorreu com a Lei nº 12.651/2012, já que não dispôs sobre a inteireza da temática florestal e olvidou intencionalmente do regime jurídico da mata atlântica - perdendo uma oportunidade ímpar de aparar inúmeras arestas deste importante bioma -, bem como de inúmeras outras questões florestais que ainda se encontram dispersas na legislação ambiental. Portanto, o suposto “Código” não dispõe com completude sobre a questão florestal no País, o que já lhe seria suficiente para a retirada da alcunha.

Em que pese o grave equívoco acima, fruto de uma verdadeira falta de coordenação do Poder Legislativo no processo legislativo, a Lei nº 12.651/2012 tratou de vários temas outros que guardam uma relação tão efêmera com a questão florestal, que, em essência, fogem do nexo temático acima disposto. De fato, o liame é tão frágil que várias matérias seriam melhor normadas em diplomas próprios que contivessem até mesmo uma regulamentação suficiente. Em que pese a crítica, a lei foi aprovada como um aglutinado de assuntos, alguns propriamente florestais, outros acessoriamente florestais e outros meramente florestais.

Esta desorganização temática repercute na péssima sistematização da Lei nº 12.651/2012, dotada de inúmeros capítulos que tratam de assuntos tão diversos, sem contar um extenso capítulo de disposições transitórias e um avulso capítulo de disposições complementares e finais.

Em meio a este imbróglio, jungindo a questão da área de preservação permanente – temática diretamente florestal – à questão energética, veio ao mundo jurídico o art. 62, segundo o qual “Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à [Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001](#), a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum.”. De fato, a questão das APPs de reservatórios hídricos destinados à geração de energia ou abastecimento público é importantíssima, não só por serem áreas dotadas de considerável

vegetação florestal e relevância ambiental, como de salutar e ponderado equacionamento para o próprio desenvolvimento sustentável do País, já que as questões energéticas corriqueiramente colidem com a conformação imposta pelo ordenamento ambiental.

A partir deste art. 62, parcela considerável dos juristas e dos “operadores” jurídicos logo apontou uma diminuição da proteção ambiental e, desde então, levantaram a bandeira de que o dispositivo seria inconstitucional por violação ao princípio constitucional implícito da “vedação ao retrocesso ambiental”. Na verdade e em essência, este é o principal argumento para a tentativa de infirmar a juridicidade do dispositivo.

A tese ganhou força e, atualmente, pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal, conforme as Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs nºs 4901, 4902 e 4903. Na mesma linha, o tema também se encontra em debate em ações coletivas e individuais propostas perante juízes singulares. Quanto a esta última frente de questionamento, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já afetou à Corte Especial, conforme determina o art. 97 da CRFB/88, a discussão quanto à inconstitucionalidade do dispositivo (Processo Judicial nº 00389002020138130144).

É neste contexto que se passa a abordar cada qual dos pontos referidos e necessários para o correto deslinde da questão controvertida.

2. Desenvolvimento

2.1. Compreensão do art. 62 da Lei nº 12.651/2012

O art. 62 da Lei nº 12.651/2012 está inserido no Capítulo XIII – Das disposições transitórias, e dispõe que “Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum.”. Nível máximo operativo normal é o “Nível máximo de água de um

reservatório, para fins de operação normal de uma usina hidroelétrica.”, enquanto a cota máxima maximorum é a “maior cota disponível para a maior cheia”. A APP será a diferença entre estes dois marcos[1].

Tratando-se de um dispositivo transicional, a funcionar como verdadeira *ponte no tempo* entre a revogada Lei nº 4.771/1965 e a superveniente Lei nº 12.651/2012, já com as inclusões e alterações promovidas pela Lei nº 12.727/2012, faz-se mister compreender o histórico do caso. Tal narrativa é objetiva e precisa nas lições de Priscila Santos Artigas e Maria Clara R.A. Gomes Rosa[2], *textus*:

Ao longo dos anos as normas que regem as áreas de Preservação Permanente – APP no entorno de reservatórios artificiais sofreram diversas alterações. Com a edição da MedProv 2.166-67/2001 e, posteriormente, da Res. Conama 302/2002, esta pretendendo regulamentar o assunto, permaneceram os debates e dúvidas, em todo país, da correta fixação dessas áreas, sobretudo para os reservatórios já existentes.

Nesse passo, o art. 62 do novo Código Florestal resolve essa situação de impasse, certamente trazendo maior estabilidade ao ordenamento jurídico.

Vale mencionar que a obrigação de preservar as florestas e demais formas de vegetação situadas no entorno de reservatórios artificiais, visando à proteção desse corpo hídrico, foi estabelecida por meio da alínea *b* do art 2º do Código Florestal de 1965. Contudo, a norma não dispunha sobre a extensão da área em que a vegetação deveria ser protegida.

Note-se que o aludido dispositivo estabelecia, antes da redação dada pela MedProv 2.166-67/2001, a proteção específica da vegetação existente no entorno dos reservatórios artificiais. Assim, tal

proteção não recaía sobre a área como um todo, mas sim sobre a vegetação ali existente. Em outras palavras, caso houvesse vegetação no entorno do reservatório, essa deveria ser preservada, e, caso não houvesse, tal obrigação não se impunha.

Com o advento da Lei 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, conforme o seu art. 18, as áreas de preservação permanente, estabelecidas no aludido art. 2º do Código Florestal de 1965, passaram a ser denominadas *reservas* ou *estações ecológicas*. No entanto, a Lei 6.938/1981 também silenciou quanto à dimensão da área no entorno de reservatórios d'água artificiais que merecia especial proteção.

Assim, o Dec. 89.336/1984, ao regulamentar a Lei 6.938/1981, em seu art. 4º, atribuiu ao CONAMA a competência para estabelecer as normas e os critérios para o uso dos recursos ambientais existentes nas reservas ecológicas. Nesse passo, o CONAMA editou a Res. 4/1985, cujo art.3º, II, determinava que *ditas reservas ecológicas se estendem por uma faixa de 100 metros ao redor das represas hidrelétricas*.

Observe-se que a referida Resolução não impunha ao empreendedor, concessionário de aproveitamentos hidrelétricos, a obrigação de adquirir os imóveis do entorno dos reservatórios artificiais, destinados à instituição de tais áreas de proteção. De efeito, tal obrigação recaía ao proprietário das terras, que deveria preservar as áreas marginais aos reservatórios artificiais.

Ocorre que, em 18.07.2000, ao ser editada a Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de

Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, revogou-se expressamente o art. 18 da Lei 6.938/1981 e, por decorrência, foi ab-rogada a Res. Conama 4/1985.

Com isso, retornou-se à situação anterior à edição da Lei 6.938/1981, de modo que as *reservas ecológicas* voltaram a ser *vegetação de preservação permanente*; e, mais uma vez, abriu-se uma lacuna sobre a definição da largura da área ao redor dos reservatórios d'água artificiais onde deveria ser protegida a vegetação considerada de Preservação Permanente.

Essa situação perdurou até 25.08.2001, quando foi editada a MedProv 2.166-67/2001, que inseriu significativas alterações no Código Florestal de 1965.

Dentre as alterações introduzidas, e para o que é de interesse, destaca-se a redação do art. 2º que passou a considerar não só a vegetação, mas a *área* no entorno dos reservatórios como sendo de preservação permanente, possuindo ela vegetação ou não.

Além disso, foi inserido o §6º no art. 4º, dispondo que “na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do Conama”.

Como se vê, o Código Florestal de 1965, ao ser alterado pela referida Medida Provisória, além de estabelecer obrigações de desapropriação e aquisição de Área de preservação permanente,

atribuiu ao Conama a fixação dos limites e os parâmetros dessas áreas.

Nesse passo, o Conama editou a Res. 302/2002, fixando, em seu art. 3º, que as Áreas de Preservação Permanente no entorno de reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas deveria ser de 30 (trinta) metros e, para os localizados em áreas rurais, de 100 (cem) metros.

Portanto, do histórico acima, pode-se concluir, em síntese, que: (a) antes da edição da Res. Conama 4/1985, que regulamentava a Lei 6.938/1981, não existia norma que fixasse a faixa na qual deveria ser protegida a vegetação do entorno de reservatórios d' água artificiais; (b) com o advento da Res. Conama 4/1985 previu-se como reserva ecológica passível de proteção a vegetação existente na faixa de 100 metros no entorno das represas hidrelétricas, não se exigindo, no entanto, que o empreendedor adquirisse tais áreas; e (c) com a revogação dessa Resolução pela Lei 9.985, publicada em 18.07.2000, o ordenamento jurídico deixou de fixar a metragem das áreas no entorno dos reservatórios artificiais, vazio esse que só foi preenchido com a edição da Res. Conama 302/2002.

Tendo em vista a superveniência da Lei nº 12.651/2012, tem-se um quadro normativo claro do ponto de vista conceitual, na medida em que serão consideradas, com suporte numa interpretação sistemática, Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, as *áreas* – e não apenas a vegetação - no entorno dos reservatórios d' água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d' água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento e, quanto aos reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória

nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum. É possível extrair-se, neste último trecho, portanto, um elemento espacial (faixa de APP compreendida pela distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum), um elemento finalístico (destinados à geração de energia ou abastecimento público) e um elemento temporal (contratos registrados ou que tiverem seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001).

Inicialmente, cumpre observar que o dispositivo supra trouxe diverso regime de proteção para os ambientes de que trata, uma vez que, previamente à edição da Lei em destaque, vigiam sem controvérsias os comandos da Resolução nº 302, de 20 de março de 2002[3], do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA. Neste ponto, é importante destacar que o dispositivo, ao normar o período da assinatura dos contratos de concessão ou autorização anteriores à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, confirma a mens legis (e legislatoris) de que a Resolução CONAMA nº 302/2002 decaiu e assim, entendeu oportuno e conveniente, disciplinar de forma intertemporal estas situações perfeitas no tempo.

Considerando que a temática ora examinada dispõe acerca de áreas de preservação permanente, é salutar transcrever o conceito legal destes ambientes, previsto no inciso II do artigo 3º da Lei nº 12.651, de 2012, *textus*:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e

flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

Na concepção de Paulo Afonso Leme Machado, uma vez que as áreas de preservação permanente tangenciam o direito natural, fundamental e humano de propriedade humana de propriedade, sua delimitação (*rectius: conformação*) não pode ser estabelecida apenas por ato do Poder Executivo, mas, exclusivamente, pelo Poder Legislativo, com a possibilidade de deslegificação ou regulação técnica pelo Executivo, dada a indelegabilidade de matérias afetas aos direitos individuais[4].

Conforme assinala Lucas de Carvalho, afigura-se relevante conceber que:

*A preservação permanente se dá sobre a área e não sobre eventual existência de vegetação na mesma. Seja a área formada por floresta nativa, seja formada por gramíneas plantas, seja constituída por pedras, estará protegida pela lei. Trata-se de **Área de Preservação Permanente, e não de Florestas de Preservação Permanente**[5]. (grifos não constantes do original)*

Os ensinamentos retro são alicerçados na doutrina de Gouvêa, que, por sua vez, destaca a redação do inciso II do artigo 3º da Lei nº 12.651, de 2012, precisamente, da expressão “coberta ou não por vegetação nativa”. Segundo Gouvêa:

uma das razões arguidas para a inclusão desse esclarecimento (não cobertas por vegetação nativa) se deve à necessidade de deixar claro que as áreas já desmatadas não perdiam sua característica de APP, inviabilizando o argumento até então muito utilizado de que não mais se tratava, ali, de vegetação permanente, uma vez que esta já fora suprimida no passado[6].

Artigas e Rosa observam que, previamente à edição da Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001, a proteção não recaía às áreas circundantes dos reservatórios, mas, sobre a vegetação eventualmente existente. Noutros termos, diante da inexistência de vegetação, não havia ambiente a ser protegido[8].

Nesta senda, deduz-se que a existência de áreas de preservação permanente no entorno dos reservatórios artificiais de água de que trata o artigo 62 da Lei nº 12.651, de 2012, independem de cobertura por vegetação nativa, bem como também independem de eventuais condições de inundação, dentre outras configurações paisagísticas. Neste ponto cabe destacar que também há tutela dos recursos hídricos, indispensáveis ao abastecimento público, e às questões energéticas.

Compreendidos estes pontos, vê-se que 3 (três) controvérsias pairam sobre este artigo 62 da Lei nº 12.651/2012. A primeira controvérsia sobre a superveniência das Leis nº 12.651/2012 e 12.727/2012, e seus impactos no mundo infralegal, principalmente nas Resoluções CONAMA, foi iniciada pelo Ministério Público Federal quando expôs os fundamentos do ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs nºs 4901, 4902 e 4903 em face de inúmeros dispositivos daquelas leis, bem como algumas pouquíssimas decisões judiciais que declararam, incidentalmente, a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 12.651/2012, determinando aplicação da norma editada pelo CONAMA, ainda sob a égide do antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/65). A segunda controvérsia diz respeito à (ir)retroatividade do dispositivo e a última toca a (in)validade das autuações firmadas anteriormente à nova lei. Detalhemos a primeira, objeto deste estudo.

2.2. Da correta compreensão *jurídica* do "princípio da vedação ao retrocesso (sócio)ambiental"

Compilando os fundamentos das ações judiciais que tratam sobre a (in)constitucionalidade do art. 62 da Lei nº 12.651/2012 e abstraindo as questões particulares das demandas para centrar-se na constitucionalidade da questão, deduz-se a seguinte linha de

questionamentos: a) O art. 225 da CRFB/88 garante direitos fundamentais e humanos e que o princípio do retrocesso dos direitos socioambientais decorre implicitamente do sistema constitucional; b) Tal princípio além de ser uma construção doutrinária, possui suporte normativo e é perfeitamente aplicável para "fulminar qualquer artigo de lei (em sentido lato) que importa em redução do nível mínimo de proteção aos direitos socioambientais"; c) A cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a prevalência dos direitos humanos são princípios que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais e seriam desrespeitados pelo retrocesso ambiental. Também haveria malferimento do art. 5º, XXXVI da CRFB/88, especificamente a segurança jurídica da proteção ao direito adquirido; d) A inobservância da proibição de retrocesso ambiental fere cláusula pétrea constitucional (art. 60, §4º, inciso IV da CRFB/88); e) As futuras gerações poderiam ser comprometidas com a nova lei; f) O art. 225, §1º impõe a obrigatoriedade de preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, e a proibição de qualquer comportamento que comprometa a integridade dos atributos ambientais, o que não seria respeitado pelo apontado dispositivo; g) Após demonstrar a legislação revogada (Lei nº 4.771/65, artigos 2º e 4º) em cotejo com a Lei nº 12.651/2012 e as inúmeras funções ecológicas das áreas de preservação permanente, sustenta-se que "toda e qualquer legislação posterior à Lei 4.771/1965 somente denota validade se não vier a reduzir a proteção jurídica ambiental e, também, se conseguir manter todas as funções ecológicas e os serviços ecossistêmicos acima elencados"[7]; h) O princípio do retrocesso ambiental está consolidado na jurisprudência pátria.

Considerando todos os pontos e argumentos acima, vê-se, na verdade e em essência, que a questão central é, de fato, aquilatar em face do Estado Constitucional Socioambiental Brasileiro se o art. 62 da Lei nº 12.651/2012 viola o princípio do retrocesso socioambiental. Todos os demais argumentos partem desta premissa e são dela dependentes, daí sua eleição como questão principal a ser enfrentada.

O princípio do retrocesso torna-se mandamento de otimização candente, num primeiro momento, no contexto de implementação e contextualização dos direitos sociais. Sua controvérsia já é verificada na

própria terminologia, ante a quantidade considerável de denominações: a) princípio da vedação ao retrocesso; b) proibição de retrocesso; c) vedação de retrocesso social; d) efeito *cliquet*; e) proibição de contrarrevolução social; f) proibição de evolução reacionária; g) eficácia vedativa/impeditiva de retrocesso; e h) não retorno da concretização [9].

Num segundo momento, o princípio da vedação ao retrocesso migra para o Direito Ambiental, abarcando assim a implementação e compreensão dos direitos de novíssima dimensão. Contudo, como a noção de meio ambiente é multidimensional e abarca o meio ambiente natural, cultural, artificial, do trabalho e digital, de modo que a questão social está intimamente contida no conceito de meio ambiente, as considerações doutrinárias e jurisprudenciais são de todo pertinentes para o então epitetado "princípio da vedação ao retrocesso socioambiental".

Por ocasião das ADIs ajuizadas contra inúmeros dispositivos do novo "Código" Florestal, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente, órgão da Advocacia-Geral da União, em resposta a pedido de informações formulados pela Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União - SGCT/AGU, exarou as Informações nº 52/2013/CGAJ/COJUR/MMA/ysd, de lavra do Advogado da União Dr. Yukamã S. Dias, e sobre a vedação ao retrocesso assim tal princípio foi abordado, *in integrum*:

II.4 – Do princípio da vedação do retrocesso em matéria sócio-ambiental

O princípio da *vedação do retrocesso em matéria sócio-ambiental* é invocado reiteradas vezes pelo MPF ao longo das alegações lançadas nas ADI nº 4901, 4902 e 4903.

Embora o não tenha desenvolvido de maneira substancial e precisa os contornos do invocado princípio, infere-se que o MPF pretende ver declarada a inconstitucionalidade de alguns dispositivos do novo Código Florestal - Lei nº 12.651/2012 –, fundando-se em um cotejo entre o regime florestal inaugurado pelo

novel Código e o aquele disciplinado no Código revogado – Lei nº 4.771/65.

A partir desse cotejo, o MPF afirma que o atual Código Florestal confere regime protetivo diminuto, decorrendo daí o suposto 'retrocesso em matéria sócio-ambiental'.

É preciso perquirir, portanto, qual o conceito e os limites de incidência do referido princípio.

Inicialmente, partindo-se da premissa que a “vedação ao retrocesso” é um “princípio”, importante identificar quais as características definidoras de um princípio.

No magistério de Humberto Ávila, *os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade 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.*

Os princípios são finalísticos porque delimitam um estado ideal de coisas a ser perseguido, sem, entretanto, especificar a conduta que deve ser adotada para isso. Primariamente prospectivos porque buscam mais a orientar uma atuação para o futuro, do que determinar as conseqüências para atos ou fatos que já ocorreram. E complementares porque não se prestam a, isoladamente, determinar a solução para o caso concreto, mas sim funcionar como um argumento, uma motivação que aponta para determinada direção, mas que depende de uma interação com outras normas para possibilitar a solução final (SANTOS, Luciano Roberto Bandeira Santos . Princípio da vedação do retrocesso social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3307, 21

jul. 2012 . Disponível em:
<<http://jus.com.br/revista/texto/22261>>. Acesso em: 3
abr. 2013.).

Nessa linha de intelecção, a concreção de um princípio admite satisfação em variados graus, a depender das variáveis fáticas e das possibilidades jurídicas apresentadas no caso em concreto. Em outras palavras, a incidência em maior ou menor escala de um princípio em um caso concreto, depende das variáveis fáticas e possibilidades jurídicas ofertadas pelo mesmo caso concreto.

Importante reter essa ideia, porquanto a definição que se costuma emprestar ao *princípio da vedação do retrocesso* transmite a noção de que o mesmo seria aplicado de uma forma “tudo ou nada”, ou seja, como se configurasse uma “Regra da Vedação ao Retrocesso Social”. Essa ilação distorcida se apresenta como um dos motivos pelos quais o citado princípio não vem recebendo a atenção necessária da doutrina e da jurisprudência.

Portanto, estabelecida a premissa de que a invocada *vedação ao retrocesso* é um “princípio” e que esse instituto, por definição, admite satisfação em variados graus, conclui-se que o *princípio da vedação ao retrocesso* não pode ser entendido como uma cláusula de barreira, estagnante, impeditiva e absoluta a ser oposta ao legislador.

Se de um lado o *princípio da vedação do retrocesso* busca garantir a manutenção da concreção de direitos e garantias fundamentais, é de se ponderar, de outro, que Carta Magna concebe a República Federativa do Brasil como Estado **Democrático** de Direito.

Dentro de um regime democrático, o legislador, a todo tempo, por dever de ofício, baseando-se na experiência do meio social, adota opções para regular uma determinada relação jurídica. Essas opções, evidentemente, refletem as condições políticas, econômicas, sociais e culturais do momento em que a proposta legislativa é concebida.

E é exatamente em razão da dinamicidade do cenário político, econômico, social e cultural que uma opção legislativa pode ser desqualificada ao longo do tempo, demandando ajustes e adaptações à nova realidade.

É preciso, nessa senda, levar em conta o princípio da revisibilidade das opções legislativas, que implica na possibilidade do legislador rever as opções que culminaram com a concretização de direitos fundamentais sociais no plano infraconstitucional, revogando ou reformando leis, o que pode importar em redução do grau de subjetivização dos direitos sociais constitucionalmente previstos. (SANTOS, Luciano Roberto Bandeira Santos . Princípio da vedação do retrocesso social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22261>>. Acesso em: 3 abr. 2013.).

Por um lado a revisibilidade é corolário da democracia e do pluralismo político, uma vez que não adiantaria garantir a alternância no poder se os diferentes grupos que chegassem a este não pudessem rever as opções realizadas pelo grupo anterior.

Por outro lado decorre da própria falibilidade humana. O legislador pode efetuar opções que se revelarão inadequadas e erros de cálculo, inclusive no que diz respeito à concretização de direitos

sociais. Pode, por exemplo, conferir a um determinado direito social um conteúdo que posteriormente se revele oneroso demais para o Estado, e para a própria sociedade, inviabilizando o cumprimento daquilo que foi previsto ou a expansão de outros direitos igualmente fundamentais.

Repise-se, a própria dinamicidade dos fatos também requer a revisibilidade das opções legislativas. Determinadas escolhas que foram adequadas num certo contexto, ou conjuntura econômica, podem deixar de ser em outras circunstâncias, exigindo uma mudança de prioridades e uma revisão daquelas escolhas.

No quadro acima exposto, não se justifica que o legislador fique vinculado às opções anteriormente realizadas e não possa retroceder na concretização de determinado direito social.

Mais ainda. Perfilhando-se o entendimento de que o princípio da vedação do retrocesso social constitui óbice absoluto a qualquer proposta legislativa tendente a redimensionar a concreção de um direito social, estar-se-á conferindo uma intangibilidade a normas infraconstitucionais que não extensível nem mesmo às normas constitucionais. Explica-se.

Deveras, as normas constitucionais – tirante aquelas que abrigam cláusulas pétreas – podem ser alteradas pelo Poder Constituinte Derivado, por meio de emendas constitucionais. Embora o processo legislativo seja mais complexo, fato é que as normas constitucionais podem ser alteradas.

Pois bem, aplicando-se de maneira extremada o *princípio da vedação do retrocesso social*, pode-se chegar a hipóteses absurdas com total subversão da

estrutura hierárquica das normas. Por exemplo: caso uma norma infraconstitucional densifique um determinado direito social, essa norma não poderá ser alterada pelo legislador de maneira a redimensionar a concreção do direito social correspondente. Frise-se: a norma não poderá ser alterada. Essa intangibilidade da norma infraconstitucional pode colocá-la, dentro da clássica pirâmide hierárquica das normas, acima da norma constitucional. A toda evidência, não é esse o contorno do *princípio da vedação do retrocesso*.

Importante salientar que as alterações legislativas não devem suprimir o direito social densificado por norma infraconstitucional. Assim, começa-se pela noção de conteúdo essencial mínimo de um direito. Este conteúdo é representado por aquele núcleo do direito que não pode ser violado, sob pena de aniquilação do próprio direito. Desta forma, configura esta noção um dos limites para a discricionariedade do legislador, que não pode retroceder na concretização de determinado direito social de forma a violar este núcleo, caso em que incidirá em inconstitucionalidade.

Certamente não se trata do caso em questão.

Conforme dito linhas acima, a Lei nº 12.651/2012 inaugura uma nova perspectiva em termos de gestão florestal. As ações de proteção, monitoramento, controle e fiscalização que outrora eram previstas, mas não efetivas, passam a ser o mote do novo Código. A previsão da criação de Planos de Regularização Ambiental nas diferentes esferas de governo, bem como a criação de um Cadastro Ambiental Rural, são pontos sintomáticos da preocupação estatal em tornar efetiva a proteção dos biomas.

Junto dos instrumentos de controle, monitoramento e fiscalização vêm, em igual importância, as medidas de recuperação do passivo ambiental, sobretudo em segmentos críticos, como são as áreas rurais. Compatibiliza-se a restauração de áreas degradadas com o incentivo ao uso sustentável dos recursos naturais. Essa compatibilização de interesses, que outrora se proclamava antagônicos, difunde a cultura do reflorestamento entre aqueles que exploram os recursos naturais. Com efeito, passa-se a refletir o quão vantajoso é, sob as perspectivas ambiental e econômica, cultivar a cultura do reflorestamento.

Dessarte, não se pode afirmar que o Código Florestal atente contra o núcleo essencial mínimo de direitos constitucionais tais como *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* e a *preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais*.

Assim, verifica-se que a proibição ao retrocesso social é uma imposição de princípios que regem o ordenamento constitucional que, juntamente com outros princípios e regras, opera de modo a perseguir a maximização da eficácia do sistema de direitos fundamentais como um todo. A vinculação do legislador aos direitos fundamentais impõe àquele que edite as normas necessárias para conferir eficácia aos direitos sociais constitucionalmente assegurados (SANTOS, Luciano Roberto Bandeira Santos. Princípio da vedação do retrocesso social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22261>>. Acesso em: 3 abr. 2013).

Por se tratar de princípio não importa em uma vedação absoluta, mas exige que as alterações

pretendidas pelo legislador infraconstitucional resistam à ponderação através de uma argumentação relacionada aos direitos fundamentais.

Dentro dessa ponderação, necessária à aplicação da *vedação ao retrocesso social*, devem ser sempre considerados alguns argumentos que podem afastar a proibição no caso concreto.

O princípio democrático e o pluralismo político (numa acepção material) irão constantemente oferecer elevada resistência à incidência da proibição ao retrocesso. A revisibilidade dos atos legislativos é inerente a uma democracia pluralista e a limitação a esta revisibilidade somente pode ocorrer em casos excepcionais.

É necessário também prestar o devido respeito à hierarquia das normas, evitando que uma aplicação indevida e mal fundamentada da *proibição ao retrocesso* acabe por subverter a referida hierarquia conferindo a normas infraconstitucionais uma proteção maior até mesmo do que aquela concedida a normas constitucionais.

Também o princípio da reserva do possível deve oferecer uma resistência significativa à incidência da proibição ao retrocesso social. O alto custo dos direitos sociais e a limitada disponibilidade de recursos financeiros devem ser considerados pelo juízo quando da ponderação a ser realizada até porque a intransigência na vedação ao retrocesso com relação a um direito pode dificultar e até mesmo inviabilizar a concretização de outros direitos fundamentais e de outras obrigações do Estado.

Nesta senda, forte no traço de que a vedação ao retrocesso socioambiental é um princípio constitucional implícito - e não uma regra -, é necessário perquirir precisamente seu âmbito de incidência, seu núcleo

fundamental (*tatbestand*), já se sabendo que existirão casos em que, ante sua natureza principiológica, retornos serão admissíveis, seja em razão de sua própria compreensão - é dizer, a partir da correta delimitação de sua inteligência -, seja em razão do sopesamento deste princípio com outros princípios de igual estatura constitucional, resultando na preponderância destes sobre aquele.

De modo comezinho, sabe-se que a vedação ao retrocesso inibe "uma redução injustificada do grau de concretização alcançado por um direito fundamental (...) "[10]. A doutrina, no entanto, aponta precisamente seus contornos. Marcelo Novelino, invocando as lições de Jorge Miranda e José Carlos Vieira de Andrade, assim aclara a questão, *textus*:

No tocante à natureza e ao âmbito de incidência, o princípio costuma ser invocado tanto como limite extrajurídico oponível ao Poder Constituinte originário, quanto como limite jurídico imposto aos poderes públicos encarregados da concretização dos direitos fundamentais de caráter prestacional. Nesse sentido, teria por finalidade impedir a extinção ou redução injustificada de medidas legislativas ou de políticas públicas adotadas para conferir efetividade às normas jusfundamentais. **A abrangência deste princípio deve ficar restrita, no entanto, aos direitos já sedimentados "na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo" (MIRANDA, 2000) ou sobre os quais haja "consenso profundo" formado ao longo do tempo (ANDRADE, 2001), não devendo sua aplicação ser estendida aos pormenores da regulamentação. (grifei)**

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal utilizou esta baliza para delimitar o princípio da vedação ao retrocesso, ainda que em assunto diverso, senão vejamos:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ELEITORAL. APLICABILIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 A FATOS ANTERIORES. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DA ADI Nº 4.578. PREENCHIMENTO DE REQUISITOS PARA REGISTRO DE CANDIDATURA. QUESTÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. 1. A aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 a fatos anteriores **não fere o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral** a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. 2. O preenchimento dos requisitos para fins de registro de candidatura, quando sub judice a controvérsia, encerra análise de normas infraconstitucionais. Precedente: ARE 561.902-AgR/MA, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 23/2/2011. 3. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2012. INDEFERIMENTO DO REGISTRO. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. INELEGIBILIDADE VERIFICADA. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO INFIRMADOS. SÚMULA 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” 4. Agravo regimental DESPROVIDO.(ARE 737811 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/05/2014,

ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 12-06-2014 PUBLIC 13-06-2014) (Grifei)

Ora, cambiar, por meio de lei (ato normativo primário), uma faixa de APP fixada de modo geral e abstrato em uma Resolução CONAMA ("X" metros) pela distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima *maximorum*, sem qualquer margem de dúvida não se está avançando sobre tema sedimentado na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo, muito menos em seara em que há consenso profundo formado pelo cair da ampulheta, tampouco consenso básico. De fato, se houvesse, por exemplo, a supressão do instituto em si da APP, poder-se-ia objetar a vedação ao retrocesso socioambiental. Contudo, a discussão da metragem desta área não está compreendida pela vedação do retrocesso.

Assim, vê-se que a invocação do princípio do retrocesso ambiental é indevida para o art. 62 da Lei n. 12.651/2012, posto que a real diminuição de eventual APP e discussão de metragem/área não está abrangida pelo multicitado princípio.

Sobre este ponto, aqueles que questionam a constitucionalidade do art. 62 da Lei Lei ° 12.651/2012 apenas invocam o debatido princípio, tratando-o como uma regra, mas sequer enfrentam a metragem da APP como questão já clara na consciência social, sentimento coletivo, com consenso profundo. Há uma dúplice impropriedade já neste ponto.

Ato contínuo, pela natureza principiológica da vedação ao retrocesso, não será surpresa constatar sua antinomia (própria e imprópria) com outros princípios, como a segurança jurídica e o desenvolvimento sustentável - outros 2 fortes princípios também da seara ambiental -, de modo que o legislador, ao idealizar o art. 62 da Lei ° 12.651/2012, é o legítimo árbitro para estatuir, em nível normativo primário, qual deles haverá de ter primazia. *In casu*, valorizou-se sobremaneira a questão de segurança jurídica, daí sua menção como norma transitória e não nos artigos exordiais do plexo normativo relativo à APP. Deste modo, o legislador verificou que entre o desenvolvimento sustentável, a segurança

jurídica e um possível retrocesso ambiental, optou por aqueles dois primeiros, tão constitucionais quanto este último.

Por fim, tratando-se de diminuição tolerável da proteção ambiental, não se pode olvidar da famosa "teoria dos limites dos limites" dos direitos fundamentais, segundo a qual a limitação de tais direitos deve, concomitantemente, ser (1) geral e abstrata, (2) salvaguardar o núcleo essencial do direito em proscênio, (3) obedecer à cláusula de legalidade, (4) ser irretroativa, como regra, e (5) proporcional.

A proporcionalidade estaria esvaziada se não houvesse um correspondente ganho de outros valores. Contudo, trata-se de uma restrição proporcional, uma vez que é justificada pela valorização de outros *valores jusfundamentais*, a exemplo da segurança jurídica, tão enfatizada no histórico do instituto, como visto acima na compreensão do próprio art. 62 da Lei n. 12.651/2012, sobretudo diante da caducidade da Resolução CONAMA nº 302/2002, assim como o desenvolvimento sustentável. Era ônus dos que questionam a constitucionalidade do dispositivo com fulcro no princípio da vedação ao retrocesso provar que o prejuízo ambiental do art. 62 da Lei nº 12.651/2012 não foi compensado em outras passagens do "Código".

Neste contexto, deve o hermeneuta compreender a Lei nº 12.651/2012 em sua totalidade, sistemicamente, e não de modo insular, considerando assim que eventuais perdas pontuais foram compensadas com ganhos expressivos, como o Cadastro Ambiental Rural (CAR), a disciplina da recuperação de áreas degradadas (PRADs), a disciplina mais minudente da gestão e exploração florestal, a proibição do uso do fogo e controle dos incêndios, etc. Esse perfil sequer objeto de ônus argumento é.

Por fim, é sempre de bom alvitre lembrar que, obviamente, não é de se festejar uma (possível) diminuição da proteção ambiental como a debatida, mas não se pode fazer tábula rasa de que é necessário compreender o sistema constitucional corretamente, posto que forçar a aplicação de princípios constitucionais, de modo dogmaticamente equivocado, resulta no início da desconstrução de todo um sistema, *in casu*, o jurídico, que passaria a ser um mero amontoado de normas sem

coerência e, perniciosamente, cada vez casuístico ao arrepio e estorvo do pós-positivismo.

3. Conclusão

À luz do exposto, conclui-se que o art. 62 da Lei nº 12.651/2012 não ofende o princípio constitucional implícito da vedação ao retrocesso ambiental, posto que a diminuição da metragem da APP referida no aludido dispositivo não está avançando sobre tema sedimentado na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo, muito menos em seara em que há consenso profundo formado pelo cair da ampulheta. Também a diminuição da proteção ambiental foi compensada com outros institutos benéficos constantes da Lei nº 12.651/2012, afastando assim a aplicação do princípio e respeitando a proporcionalidade. Deste modo, a solução para o prejuízo ambiental deve ser buscada no processo político de alteração legislativa, e não por meio da subversão e aplicação equivocada do princípio constitucional implícito do retrocesso ambiental a ponto de transformá-lo numa regra.

4. Referências

[1] Projetos Hidrelétricos. Disponível em: <http://www.antonioguilherme.web.br.com/Arquivos/proj_hidro.php>>. Acesso em 26 dez. 2017.

[2] ARTIGAS, Priscila Santos e ROSA, Maria Clara R.A. *In*: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Leme (Orgs.). **Novo Código Florestal**: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à Med. Prov. 571, de 25 de maio de 2012. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 447-449.]

[3] Resolução nº 302, de 20 de março de 2002. Dispõe sobre os parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res02/res30202.html> Acesso em: 26/12/2017.

[4] MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 874.

[5] CARVALHO, Lucas Azevedo de. **O Novo Código Florestal Comentado Artigo por Artigo**. 1ª Ed. Juruá: Curitiba, 2013, p. 102.

[6] GOUVÊA, Yara Maria Gomide. *In*: CARVALHO, Lucas Azevedo de. **O Novo Código Florestal Comentado Artigo por Artigo**. 1ª Ed. Juruá: Curitiba, 2013, p. 102.

[7] Alegação constante do Processo Judicial nº 00389002020138130144, em trâmite no TJMG.

[8] ARTIGAS, Priscila Santos; ROSA, Maria Clara R. A Gomes. Art. 62. *In*: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Coord.). **Novo Código Florestal**: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, à Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012 e do Decreto 7.830, de 17 de outubro de 2012. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

[9] Compilação realizada por Marcelo Novelino, em NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. - 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.463-464.

[10] NOVELINO, Marcelo. *Op. Cit*, p. 463.

APONTAMENTOS JURÍDICOS SOBRE A INTERFERÊNCIA ENTRE EMPREENDIMENTOS MINERÁRIOS E DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

MARINA ROCHA PIMENTA: Advogada graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e pós-graduada em Direito Ambiental pela Faculdade Milton Campos.

RESUMO: Em algumas unidades da federação, a exemplo de Minas Gerais e Pará, são corriqueiras as situações em que, num mesmo espaço físico, existem projetos que visam à exploração e aproveitamento de recursos ambientais em áreas que já estão ocupadas por outro empreendimento de utilidade pública, a exemplo das sub estações e linhas de transmissão de energia elétrica. Ocorre que ambas as atividades ostentam no ordenamento jurídico o idêntico *status* de utilidade pública. Nesse contexto, o presente estudo busca avaliar os marcos legais dessas atividades e propor soluções jurídicas para a compatibilização desses diferentes empreendimentos no mesmo local.

Palavras-chave: Atividades de interesse público. Mineração. Energia elétrica. Compatibilização.

ABSTRACT: In some units of the federation, such as Minas Gerais and Pará, situations in which, in the same physical space, there are projects that aim at the exploration and exploitation of environmental resources in areas that are already occupied by another activity, such as sub stations and transmission lines. Both activities have in the legal system the same status of public utility. In this context, the present study seeks to evaluate the legal frameworks of these activities and propose legal solutions for the compatibility of the different ventures.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O interesse público intrínseco às atividades de geração e transmissão de energia e às atividades minerárias. 2. O possível conflito entre duas atividades de interesse público e a necessidade de sua compatibilização. Conclusões. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise dos Estatutos legais da Mineração e da Energia no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no que se refere à busca de soluções juridicamente viáveis para os conflitos de interesse eventualmente verificados entre as atividades de transmissão de energia elétrica e projetos de mineração, tidas como atividades de utilidade pública.

É situação corriqueira que, num mesmo espaço físico, existam projetos que visam à exploração e aproveitamento de recursos ambientais em áreas que já estão ocupadas por outro empreendimento de utilidade pública, a exemplo das sub estações e linhas de transmissão de energia elétrica.

Propõe-se, portanto, uma análise dos marcos legais das atividades de geração e transmissão de energia e de exploração mineral para que se possa avaliar quais propostas seriam juridicamente viáveis para o desenvolvimento simultâneo desses dois tipos de empreendimento.

1. O INTERESSE PÚBLICO INTRÍNSECO ÀS ATIVIDADES DE GERAÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA E ÀS ATIVIDADES MINERÁRIAS

Posta a questão nos quadrantes acima delineados, cumpre ressaltar desde logo que tanto a geração e transmissão de energia quanto a mineração são atividades caracterizadas pelo interesse público,^[1] devidamente reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Observe-se, nesse sentido, que a Constituição da República de 1988 atribui à União o domínio dos potenciais de energia hidráulica e dos recursos minerais (art. 20, incisos VIII e IX), sendo que seu aproveitamento, no primeiro caso, e a pesquisa e lavra, no segundo, somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão do ente federal, no interesse nacional, por brasileiros ou

empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração o País (art. 176, § 2º).[\[2\]](#)

Só o fato de se tratar, no caso em análise, da exploração econômica de um bem da União, portanto *res publica*, já parece suficiente para indicar que há em tais atividades um interesse da coletividade, decorrente da transformação em riqueza de recursos naturais, com as conseqüentes geração de renda, tributos, empregos, e também a obtenção de insumos indispensáveis para a vida cotidiana (energia elétrica e minerais).[\[3\]](#)

Reconhecendo e refletindo o interesse público inerente às referidas atividades, a legislação infraconstitucional lhes atribui o caráter de utilidade pública em situações em que tal configuração se faz necessária para a adoção de determinado regime jurídico excepcional. É o que ocorre, por exemplo, no Decreto-Lei nº 3.365, de 21.06.1941, que ao listar as hipóteses de utilidade pública hábeis a permitir a desapropriação de bens móveis e imóveis, expressamente incluiu “o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica” (art. 5º, alínea ‘f’).

Em orientação semelhante, o art. 3º, inciso VIII, alínea ‘b’ da Lei nº 12.651, de 25.05.2012, define como de utilidade pública as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de energia e também à mineração, permitindo com isso que seja excepcionado o regime protetivo das chamadas áreas de preservação permanente (APPs), autorizando-se a intervenção e supressão de sua cobertura vegetal nativa (art. 8º).[\[4\]](#)

Também a Lei nº 11.428, de 22.12.2006, ao definir o regime jurídico da Mata Atlântica, previu que as obras destinadas ao serviço público de energia são de utilidade pública e, como tal, permitem a supressão de vegetação primária e secundária daquele bioma (arts. 3º, inciso VII, alínea ‘b’ c/c art. art. 14). Já em relação às atividades minerárias, o mesmo diploma legal estabeleceu um micro-regime próprio, admitindo a intervenção na cobertura vegetal secundária

mesmo em estágio avançado e médio de regeneração (art. 32). Fica evidente, portanto, que o legislador admitiu que tais atividades — energia e mineração — qualificam-se pelo interesse público a elas intrínseco, tudo de forma a derrogar o estrito regime de proteção desse Patrimônio Nacional.^[5]

E essa é a conclusão a que fatalmente se chega: tanto as atividades de geração e transmissão de energia elétrica como as atividades de lavra e beneficiamento de recursos minerais trazem em si mesmas o interesse público, que se extrai tanto do texto constitucional quanto dos seus reflexos infraconstitucionais.

2. O POSSÍVEL CONFLITO ENTRE DUAS ATIVIDADES DE INTERESSE PÚBLICO E A NECESSIDADE DE SUA COMPATIBILIZAÇÃO

Estando estabelecido o pressuposto de que ambas as atividades em questão configuram-se como atividades de notório interesse público, cabe então questionar qual seria a solução juridicamente viável para uma possível disputa entre ambos, na ocupação do território em que já estão instalados, no primeiro caso, e se pretendem implantar, no segundo.

Nesse contexto, é importante desde logo afirmar que, *a priori*, um projeto de interesse público não pode ser considerado prevalente em relação a outro que tenha essa mesma característica. Afinal, se ambos atendem os desígnios da coletividade, em determinado momento e circunstância, não pode haver uma relação pré-estabelecida de prioridade entre eles, sob pena de se esvaziar sua própria razão de ser.

Por certo que a própria legislação poderá estabelecer mecanismos e critérios para a superação de tais possíveis conflitos, definindo em que situações um ou outro interesse deverá preponderar. É o que ocorre com o comando inscrito no art. 42 do Decreto-Lei nº 227, de 28.02.1967 (Código de Minas), que expressamente prevê que a autoridade competente poderá recusar a autorização de lavra, caso esta seja considerada prejudicial ao bem

público ou venha a comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial da jazida.^[6]

Nesse caso, como se vê, há regramento prévio já definindo que não será concedida a lavra quando interesses públicos diversos possam ser prejudicados pela atividade minerária, conforme avaliação discricionária do Poder concedente.

É Interessante notar, nesse pormenor, que a Procuradoria Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM já teve a oportunidade de se manifestar, por meio do Parecer PROGE nº 500/2008, sobre os possíveis conflitos entre as atividades de exploração de recursos minerais e de geração e transmissão de energia elétrica. Nesse documento chegou-se a conclusão semelhante àquela aqui defendida, no sentido de que tais atividades situam-se em patamar jurídico idêntico, não se podendo afirmar, de antemão, uma prevalência de uma em relação a outra.

Mais ainda, a PROGE conclui que, com fundamento no art. 42 do Código de Minas, o DNPM poderá, caso a caso e na hipótese de incompatibilidade, avaliar se o interesse em desenvolver o aproveitamento hidroenergético supera o de se promover a exploração do recurso mineral, hipótese em que poderá determinar o *bloqueio* de determinadas áreas em relação a requerimentos de pesquisa e de lavra. Para tanto, é requisito indispensável a efetiva impossibilidade de coexistência entre as atividades minerária e energética; do contrário, afirma a PROGE, impõe-se “*a manutenção das duas atividades, buscando-se, assim, o desenvolvimento de ambos os setores (de mineração e de geração e transmissão de energia elétrica) de forma sustentada.*”^[7]

Contudo, afora tal previsão, não se encontra no arcabouço jurídico brasileiro, outra regra prevendo a ordenação entre interesses públicos que possam mostrar-se conflitantes. Em situações como tais, entende-se que deve prevalecer uma hermenêutica que permita a máxima convivência entre os interesses em hipotético conflito.

Nessa ordem de ideias, mostra-se plenamente aplicável raciocínio análogo àquele já adotado nos Tribunais para a resolução de aparentes conflitos de direitos fundamentais, valendo-se do princípio da ponderação para avaliar, no caso concreto, qual é a solução jurídica que melhor permite a consecução dos dois interesses públicos em litígio.

De fato, seguindo-se os preceitos do referido princípio, as medidas restritivas a serem adotadas devem ser aquelas que menor prejuízo cause aos envolvidos e à coletividade, cabendo para tanto analisar os interesses em disputa *“dentro do contexto no qual se colidem, obtendo por meios objetivos e subjetivos, uma decisão de resultado satisfatório, onde o direito limitado de fato seja menos oneroso do que o direito que prepondera”*.^[8]

Trazendo os conceitos acima plasmados para a questão em debate, é forçoso ver que não há regra jurídica específica a determinar qual interesse deve preponderar, seja o da manutenção de estruturas de transmissão de energia, ou seja o de implantação de um projeto minerário.

Dito de outro modo, não existe um comando normativo que estabeleça, de forma apriorística, que o interesse envolvido na Transmissão de Energia Elétrica pode obstar a instalação do projeto minerário, como também não existe qualquer regramento que determine que o interesse próprio ao aproveitamento do recurso mineral deva prevalecer sobre os empreendimentos energéticos, estejam ou não instalados nos locais,

E, diante da inexistência de um parâmetro normativo pré-estabelecido, e considerando ainda que ambos os projetos atendem a um interesse público que lhes é inerente, caminho outro não resta senão o de se procurar a melhor ponderação entre os elementos que possivelmente venham a se conflitar e buscar a solução que possa otimizar ambos os empreendimentos, permitindo com isso que a coletividade deles extraia o máximo proveito em seu favor.

Nessa lógica, pode-se dizer que só haverá conflito de fato entre tais atividades se efetivamente elas se mostrarem incompatíveis no caso concreto. Do contrário, cabe às partes envolvidas estudarem as soluções técnicas que permitam a implantação do empreendimento minerário na região com o menor ônus para as atividades de transmissão de energia ali já existentes, entabulando acordo que garanta a coexistência entre ambos, norteando-se sempre pela compreensão de que não há hierarquia entre as duas atividades.

Para tanto, além de envidarem seus próprios esforços para alcançarem a melhor composição possível, podem os interessados recorrerem ao apoio e à mediação do Ministério de Minas e Energia – MME, que congrega, dentre os assuntos de sua competência, tanto o aproveitamento da energia hidráulica como a mineração e metalurgia (art. 27, inciso XVI, alíneas ‘b’ e ‘c’ da Lei nº 10.683, de 28.05.2003) e a cuja Assessoria Especial em Assuntos Regulatórios compete, dentre outras funções, “*formular propostas para dirimir conflitos nas relações que envolvam agentes setoriais*” (art. 8º, inciso IV do Anexo I do Decreto nº 7.798, de 12.09.2012).

Não se olvide, de resto, que ao MME são vinculadas tanto a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL como o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, entidades autárquicas responsáveis, respectivamente, por regular e fiscalizar a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e pelo fomento da exploração e aproveitamento dos recursos minerais no País (art. 2º da Lei nº 9.427, de 26.12.1996 e art. 3º da Lei nº 8.876, de 02.05.1994).

É, pois, dentro desse ambiente regulatório que as partes interessadas devem buscar a mediação do conflito que possivelmente possa surgir, se acaso não logrem chegar a acordo no que concerne às soluções e providências que se mostrem necessárias para permitir a coexistência de suas estruturas.

Cabe, por fim, ressaltar que, qualquer for o arranjo alcançado entre as partes envolvidas, deverá ser sempre observado o princípio da continuidade do serviço público, *in casu*, o de transmissão de energia elétrica.

Com efeito, segundo o art. 6º da Lei nº 8.987, de 13.02.1995, toda concessão de serviço público pressupõe a sua prestação adequada ao pleno atendimento dos usuários, que se caracteriza pela satisfação das condições de regularidade, **continuidade**, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas.

Conforme CARVALHO FILHO (2012, p. 34), “os serviços públicos buscam atender aos reclamos dos indivíduos em determinados setores sociais”, muitas vezes correspondendo a “necessidades prementes e inadiáveis da sociedade”, tendo como corolário lógico que “os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares” (p. 331).

Por certo que o princípio da continuidade dos serviços públicos não tem caráter absoluto, podendo ser excepcionado em situações em que a paralisação temporária de sua prestação é admitida. É o que prevê o § 3º do *supra* mencionado art. 6º da Lei nº 8.987/1995, que estabelece que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após aviso prévio, quando for motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações ou por inadimplemento do usuário.

Deste modo, os eventuais arranjos feitos entre os diferentes empreendimentos deverão ficar adstritos ao período estritamente necessário à implementação de tais adequações e, mesmo assim, sem uma solução de continuidade que provoque o colapso das atividades sociais dependentes daquele serviço público.

CONCLUSÕES

a) as atividades de geração e transmissão de energia elétrica e de lavra de recursos minerais caracterizam-se pelo interesse público que lhes é inerente e que pode ser extraído tanto do seu regime jurídico-constitucional como dos seus reflexos infraconstitucionais;

b) não existe uma prevalência apriorística de um interesse público sobre outro, não se podendo determinar, a princípio e de forma abstrata, qual atividade deve preponderar, na hipótese de um efetivo conflito entre empreendimentos distintos;

c) não havendo, na legislação pátria, regra prevendo a ordenação entre tais interesses, deve prevalecer a hermenêutica que possibilite a sua máxima compatibilização, de modo que ambas as atividades venham a ser desempenhada da maneira mais próxima de seu parâmetro mais otimizado;

d) só haverá verdadeiro conflito entre as duas atividades se sua coexistência se mostrar incompatível, no caso concreto. Do contrário, deverão os interessados buscar soluções técnicas que permitam a implantação do empreendimento minerário com o menor ônus para as atividades de transmissão de energia;

e) Para tanto, poderão as partes interessadas recorrerem ao apoio e à mediação do Ministério de Minas e Energia – MME, ao qual estão vinculadas a ANEEL e o DNPM e cuja Assessoria Especial em Assuntos Regulatórios tem atribuição expressamente prevista de formular propostas para dirimir conflitos nas relações que envolvam agentes setoriais;

f) qualquer arranjo definido entre as partes deverá considerar a continuidade do serviço público de transmissão de energia elétrica, sendo que qualquer interrupção deverá ficar estritamente restrita ao tempo para tanto necessário e sem que ocorra uma solução de continuidade que possa levar ao colapso das atividades dele dependentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNEIRO, Ricardo. SOUZA, Marcelo Gomes. Mineração e Desenvolvimento Sustentável: a possibilidade de lavra em áreas de preservação permanente. In: SOUZA, Marcelo Gomes (coord.) *Direito Minerário Aplicado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 331-354.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FEIGELSON, Bruno. LIMA FILHO, Marcello Ribeiro. O bloqueio de áreas como ferramenta de proteção a grandes projetos de infraestrutura. In: FEIGELSON, Bruno. LIMA FILHO, Marcello Ribeiro (coords). *Desafios jurídicos na implantação de grandes projetos de mineração e infraestrutura*. Rio de Janeiro: Editório Jurídico, 2013, p. 261-74.

HORA, Carolina Prado da. A resolução dos conflitos de direitos fundamentais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7635. Acesso em jul 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Délcio Balestero. BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. I. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SOUZA, José Mendo Mizael de. Brasil, país mineiro. In: SOUZA, Marcelo Gomes (coord.) *Direito Minerário Aplicado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 23-37.

SOUZA, José Mendo Mizael de. SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de. Mineração: Benefícios Socioeconômicos e o Brasil do Futuro. In:

GANDARA, Leonardo André. MARQUES, Luciana Drumond Gallo. SOUZA, Maurício Pellegrino de. WERKEMA, Maurício Sirihal. (coord.) *Direito Minerário: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 1-20.

NOTAS:

[1] CARVALHO FILHO (2012) classifica o “*interesse público*” como um *conceito jurídico indeterminado*, uma vez que, não tendo exatidão em seu sentido, permite ao intérprete atribuir determinado significado que é “*mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma*”. (p. 53-4) MEIRELLES (2012), nada obstante reconheça a dificuldade encontrada na definição de “*interesse público*”, que se extrai “*da ordem jurídica em cada caso concreto*” (p. 108), o define como “*as aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros*” (p. 88).

[2] Vale ressaltar que, ao teor do § 4º do art. 176 da CR/1998, o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida não dependerá de autorização ou concessão, sendo que o art. 8º da Lei nº 9.074, de 07.07.1995 (com redação dada pela Lei nº 13.097, de 19.01.2015) estabelece que o aproveitamento de potenciais hidráulicos iguais ou inferiores a 3.000 kW (três mil quilowatts) e a implantação de usinas termoelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) estão dispensadas desse regime autorizativo.

[3] Acerca da relevância da atividade minerária para o País, ver SOUZA (2003), CARNEIRO (2003) e SOUZA (2011).

[4] Seguindo o critério já tradicionalmente adotado pela Resolução CONAMA nº 369, de 28.03.2006 (art. 2º, inciso II, alínea ‘d’), a Lei nº 12.651/2012 qualificou as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho como de interesse social (art. 3º, inciso IX, alínea ‘f’), circunstância que ainda assim excepciona o regime de proteção das APPs.

[5] Nos termos do art. 225, § 4º da CR/1988, a Mata Atlântica, a Floresta Amazônica brasileira, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira constituem patrimônio nacional, devendo sua utilização ocorrer na forma definida em lei específica, mediante condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

[6] É nesse mesmo contexto que se pode entender a previsão contida no item 5.4 da Instrução Normativa DNPM nº 01, de 22.10.1983, que estabelece que “*quando a área objetivada em requerimento de autorização*

de pesquisa abranger terrenos que serão inundados, o DNPM convocará o requerente para assinar 'Termo de Renúncia'.

[7] Saliente-se, por fim, que os fundamentos expostos nesse Parecer passaram a servir para que o DNPM realize o bloqueio de áreas que se mostrem indispensáveis a projetos de interesse público de natureza diversa, inclusive empreendimentos de mineração. Sobre o tema, ver FEIGELSON (2013).

[8] HORA (2010).

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE, MORTE E A INCANSÁVEL BUSCA DO LEGISLADOR PELA ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

FRANCISCO SANNINI NETO

(Coautor)[1]

Foi publicada no dia 19.12.2017, ao apagar das luzes, a Lei 13.546/17, que, uma vez mais, alterou o Código de Trânsito Brasileiro no intuito de adequar algumas condutas - que geram enorme repercussão social – ao nosso ordenamento jurídico, especialmente no que se refere aos casos de “acidentes” provocados por motoristas em estado de embriaguez.

Não é de hoje que o legislador ordinário vem buscando, através do Direito Penal, prevenir e reprimir condutas sabidamente deletérias à segurança viária. É, de fato, lamentável que o baixo grau de civilidade do povo brasileiro faça com que haja a necessidade de que tudo seja perfeitamente regulamentado, inclusive através da criação de crimes. Há quem diga, por exemplo, que os radares eletrônicos, os chamados “pardais”, tenham colaborado com a moralização do trânsito. Contudo, numa análise filosófica da questão, fica evidente que isso não é verdade, como bem ensina o professor Clóvis de Barros Filho.[2]

De acordo com o filósofo, só se moraliza algo quando se dá ao outro a oportunidade para soberanamente escolher, decidir e deliberar a velocidade que vai imprimir ao seu veículo. Neste sentido, completa o

professor: “o papel civilizador da sociedade; o papel moralizador da sociedade, é ensinar para os seus filhos por que é preciso manejar na velocidade, para que possam eles, moralmente, decidir por andar em velocidades compatíveis”. Com efeito, conclui-se que, na verdade, os radares expõem a desmoralização do trânsito, uma vez que o comportamento do motorista não é pautado por valores morais, de livre escolha, mas por uma imposição do sistema.

Por óbvio, todo cidadão tem ciência dos riscos trazidos pelo seu comportamento imprudente, seja ao dirigir em velocidade incompatível com a via ou em condições de embriaguez. Não obstante, considerando que o povo brasileiro ainda precisa evoluir muito em termos de valores éticos e morais, torna-se, infelizmente, imprescindível o recurso ao Direito Penal com o objetivo de mitigar o cenário trágico que envolve o nosso trânsito.

Feitas essas considerações, lembramos que a saga do legislador no combate aos “acidentes” causados pelo uso do álcool e outras substâncias psicoativas, ganhou uma nova fase com o advento da Lei 12.760/12, que alterou o artigo 306, do CTB, viabilizando, assim, a responsabilização penal de motoristas que dirigissem nessas condições.

Destaque-se que antes dessa alteração a embriaguez só poderia ser constatada por meio do exame de etilômetro (“bafômetro”) ou exame de sangue. Ocorre que tais meios de obtenção de provas dependiam exclusivamente da colaboração do motorista. Assim, tendo em vista que a Constituição da República e o Pacto de São José da Costa Rica garantem o direito do indivíduo de não produzir provas contra si mesmo (princípio do *nemo tenetur se detegere*), era muito difícil a comprovação do estado etílico.

Ocorre que a “Nova Lei Seca” (Lei 12.760/12) promoveu mudanças sensíveis no tipo penal do artigo 306, CTB, permitindo, em linhas gerais, que o estado de embriaguez fosse comprovado por diversos meios, tais como exames de alcoolemia, vídeos, testemunhas ou outras provas admitidas pelo ordenamento jurídico, o que, evidentemente, tornou mais viável a punição nessas hipóteses.

Posteriormente, considerando os inúmeros casos de morte no trânsito causados por motoristas embriagados, surgiu a Lei 12.971/14, que alterou, entre outros pontos, o artigo 302, do CTB, que trata do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor. Foram acrescentados dois parágrafos ao dispositivo, sendo que o §1º criou algumas causas de aumento de pena e o §2º estabeleceu uma qualificadora para o agente que causasse morte no trânsito devido à alteração de sua capacidade psicomotora pela influência de álcool ou outra substância que determinasse dependência ou, ainda, em razão de haver participado, na via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada.

De pronto, verificou-se a falha do legislador na edição da Lei 12.971/14, pois, se a ideia era punir de forma mais rigorosa os autores de homicídio culposo nessas circunstâncias, o “tiro saiu pela culatra”. Tal conclusão era subsidiada pelo fato de que a qualificadora em questão apenas alterou a natureza da sanção penal imposta em relação ao *caput*, do artigo 302, passando de pena de *detenção* para a de *reclusão*, provavelmente no intuito de viabilizar o regime inicial fechado no caso de reincidência.

Demais disso, lastimou-se na época que o “estrago” legislativo não se limitou à ausência de uma necessária sanção penal mais rigorosa para motoristas bêbados e altamente inconsequentes. Isso porque, ao concentrar como qualificadora a circunstância do motorista encontrar-se embriagado, o novo texto trazido pela Lei 12.971/14, retirou a autonomia do delito de “embriaguez ao volante” em relação ao homicídio culposo, entendimento até então majoritário, que viabilizava o concurso entre os dois crimes e propiciava o aumento da reprimenda estatal, tanto pela somatória das penas (para aqueles que consideravam se tratar de concurso material), quanto pelo sistema da exasperação (para os filiados à tese do concurso formal).

Mas a maior “barbearagem” do legislador foi verificada na mudança promovida no artigo 308, do CTB, onde encontra-se o crime de “participação em racha”. A Lei 12.971/14 criou uma qualificadora no artigo 308, §2º, para o caso de morte culposa decorrente desse tipo de

competição não autorizada na via pública, o que conflitava com o artigo 302, §2º, já destacado, que apresentava os mesmos elementos típicos.

O mais inacreditável de tudo isso é que o citado erro grosseiro quanto às qualificadoras do art. 308 já havia sido devidamente indicado durante a tramitação do Projeto de Lei que originou a Lei nº 12.971/2014 (Projeto nº 2592/2007), em relatório da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, com trecho abaixo transcrito:

*Todavia vislumbramos que no Projeto original encontra-se uma incongruência de natureza redacional. Ora a parte final do § 2º do art. 302 e o disposto no art. 308, ambos alterados pelo Projeto de Lei nº 2.592-A/07, aprovado na Câmara dos Deputados em 24/4/2013, existe duplicidade de condutas típicas, pois, em acatando emenda de Plenário, esqueceu o Relator de verificar que o **fato já estava tipificado em outro dispositivo** (grifamos).*

Em decorrência disso, o §2º, do artigo 302, CTB, acabou sendo revogado pela Lei 13.281/16, o que fez com que se retomasse o cenário jurídico existente antes da desastrosa Lei 12.971/14, ou seja, o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor voltou a admitir o concurso com o crime de embriaguez ao volante, e a morte culposa ocorrida em virtude de participação em racha passou a encontrar adequação típica perfeita no artigo 308, §2º, do CTB.

Quando parecia que a polêmica havia se encerrado, surge a Lei 13.546/17, alterando novamente o CTB para inserir figuras qualificadas nos seus artigos 302 e 303, além de outras inovações.

Em consonância com o §3º, acrescentado ao artigo 302, do CTB, pela Lei 13.546/17: “se o agente conduz o veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer substância psicoativa que determine dependência: Penas – reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor”.

Já o §2º, do artigo 303, CTB, prevê o seguinte: “A pena privativa de liberdade é de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo, se o agente conduz o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de

outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima”.

Nota-se, de pronto, que a qualificadora do homicídio culposo exige apenas que o agente esteja “**sob a influência** de álcool ou de qualquer substância psicoativa que determine dependência” (grifamos), enquanto a qualificadora da lesão corporal culposa estabelece a necessidade de que o motorista esteja “**com a capacidade psicomotora** alterada em razão da influência do álcool” (grifamos).

Diante disso, parece que o legislador teve a intenção de exigir apenas o consumo de bebida alcoólica ou outra substância que cause dependência para a caracterização da qualificadora do §3º, do artigo 302, CTB, dispensando, por outro lado, tratamento mais rigoroso na constatação do estado do agente na qualificadora do §2º, do artigo 303, uma vez que se exige a alteração da capacidade psicomotora.

Não temos dúvidas de que vão surgir entendimentos no sentido de que na qualificadora do homicídio culposo bastaria se comprovar a ingestão da substância, o que, por óbvio, tornaria muito mais viável a responsabilização penal do agente. Se uma testemunha confirmasse o uso de bebida alcoólica, por exemplo, já restaria caracterizada a qualificadora.

Data máxima vênia, mas não é essa a nossa visão. Parece-nos que o legislador se equivocou na redação do dispositivo movido por uma ânsia punitivista que fere não apenas os princípios da legalidade e da proporcionalidade, mas também a própria segurança jurídica.

Ora, se o agente consumiu uma cerveja 04 horas antes do crime, estaria ele “sob a influência” da bebida? E se a ingestão ocorreu na noite anterior, mais de 12 horas antes do crime, ele estaria “sob a influência” do álcool? Na linha de Rogério Sanches^[3], entendemos que a distinção feita pelo legislador não tem cabimento, sendo indispensável, em qualquer caso, a constatação da alteração da capacidade psicomotora do agente (Resolução do CONTRAN 432/13).

Isto, pois, a própria razão de se punir a conduta de dirigir embriagado ou sob o efeito de drogas ilícitas reside no fato de que o consumo dessas substâncias pelo agente afeta a sua capacidade para a condução do veículo automotor, podendo, conseqüentemente, dar causa a acidentes no trânsito, o que coloca em risco toda a coletividade.

O entendimento contrário também ofende o princípio da legalidade, no seu aspecto que exige um mandado de certeza na redação de tipos penais, pois sem a adoção dos procedimentos adequados previstos na Resolução do CONTRAN jamais se poderia saber se o consumo dessas substâncias efetivamente comprometeu a capacidade psicomotora do motorista.

Como último argumento, entendemos que a interpretação diversa da aqui esposada fere de morte o princípio da proporcionalidade. Isto, pois, não teria cabimento se exigir a comprovação da alteração da capacidade psicomotora para um crime mais brando, como a lesão corporal culposa qualificada (art.303, §2º) ou mesmo a embriaguez ao volante (art.306, CTB) e abrir mão dessa constatação no crime cujas penas são mais severas (art.302, §3º, CTB).

Feitas essas colocações, advertimos que a redação do §2º, do artigo 303, do CTB, também pode suscitar interpretações diversas na doutrina. Alguns podem argumentar que o crime seria qualificado independentemente do estado de embriaguez do agente, bastando, para tanto, que ele tenha dado causa a uma lesão corporal culposa de natureza grave ou gravíssima, nos termos do artigo 129, §§ 1º e 2º, do CP.

Não é esse o nosso entendimento. Pensamos que a qualificadora em questão só se caracteriza quando o agente estiver embriagado (ou sob o efeito de outra substância psicoativa que cause dependência) e, por conta disso, provoque um acidente que resulte em uma lesão corporal culposa de natureza grave ou gravíssima. Note-se que na redação do dispositivo o legislador se valeu da conjunção aditiva “e”, razão pela qual, exige-se a constatação das duas hipóteses fáticas descritas no tipo. Isso significa que se o motorista estiver embriagado e provocar uma lesão corporal de natureza leve, não se aplica a qualificadora, podendo, todavia, responder pela embriaguez ao volante (art.306) em concurso com a lesão corporal leve (art.303, *caput*), situação que, vale lembrar, inviabiliza a concessão dos benefícios da transação penal, da composição civil dos danos e faz com que o crime de lesão corporal se torne de ação penal pública, nos termos do art.291, §1º, CTB.

Uma inovação interessante trazida pela Lei 13.546/17 foi a alteração no artigo 308, CTB, para incluir na sua descrição típica as condutas de *exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo*

automotor. Antes punia-se somente as condutas de participar, na via pública, de *corrida*, *disputa* ou *competição* automobilística não autorizada, sendo que a *exibição* ou a *demonstração* de perícia no veículo caracterizava apenas a contravenção penal de direção perigosa (art.34, LCP).

Por fim, o projeto que resultou na Lei 13.546/17 pretendia inserir dois parágrafos no artigo 291, do CTB, mas o §3º acabou sendo objeto de veto presidencial. Segundo o dispositivo: “Nos casos previstos no § 3º do art. 302, no § 2º do art. 303 e nos §§ 1º e 2º do art. 308 deste Código, aplica-se a substituição prevista no inciso I do *caput* do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, atendidas as demais condições previstas nos incisos II e III do *caput* do referido artigo”.

Nas razões do veto ponderou-se o seguinte: “O dispositivo apresenta incongruência jurídica, sendo parcialmente inaplicável, uma vez que, dos três casos elencados, dois deles preveem penas mínimas de reclusão de 5 anos, não se enquadrando assim no mecanismo de substituição regulado pelo Código Penal. Assim, visando-se evitar insegurança jurídica, impõe-se o veto ao dispositivo”. Sobre esse ponto são lapidares as lições de Rogério Sanches:

O veto é apenas parcialmente procedente, pois, no caso do homicídio culposo, apesar da quantidade da pena a substituição poderia ocorrer porque, segundo dispõe o art. 44, I, do CP, nos crimes culposos a substituição é cabível independentemente da pena aplicada (e não incide o requisito de que o crime deve ser cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa). No que concerne ao art. 308, no entanto, de fato a substituição não seria cabível, pois, tratando-se de figura preterdolosa (o agente tem o propósito de participar de uma competição ilegal e causa a morte involuntariamente), seria necessário que fossem obedecidos os mesmos requisitos do crime doloso, pois antes de integralizar-se o resultado culposo realiza-se, por completo, um crime doloso.^[4]

Diante dessas conclusões, percebe-se que as “barbeiragens” não se restringem ao trânsito e ao Poder Legislativo, atingindo, ainda, o próprio Poder Executivo. De fato, não havia qualquer razão para se vetar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito nos crimes culposos. Sem embargo, considerando que as regras do Código Penal se aplicam subsidiariamente ao CTB, não vemos óbice na concessão do benefício, desde que observados os requisitos legais.

Já o §4º, acrescido pela nova lei ao artigo 291, estabelece que o juiz fixará a pena-base segundo as diretrizes previstas no artigo 59, do Código Penal, “dando especial atenção à culpabilidade do agente e às circunstâncias e consequências do crime”. Aqui ficamos com a impressão que o legislador pecou pelo excesso, haja vista o artigo 59, do CP, já deve ser aplicado no momento de fixação da pena-base, o que, data vênia, torna esse novo dispositivo desnecessário devido a sua redundância.

Uma última observação relevante diz respeito à utilização banalizada do reconhecimento do “dolo eventual” em detrimento da “culpa consciente”, especialmente em casos de homicídios no trânsito quando o autor estava embriagado. A alteração legal certamente coloca um freio a esse tipo de interpretação estandardizada. A verdade é que a regra (até mesmo por aplicação do princípio “in dubio pro reo”) é o reconhecimento da culpa consciente. É o apelo midiático que leva muitos operadores do direito a banalizar a tipificação da conduta como dolosa (dolo eventual) de forma apriorística e sem a devida reflexão. A alteração legal não impede a ocorrência de dolo eventual e até de dolo direto em casos que envolvam veículos automotores. No entanto, parece deixar mais claro que a regra é a culpa consciente, apresentando uma reprimenda legal mais adequada, a diferenciar aquele motorista imprudente, negligente ou imperito, mas que não está ébrio na hora do acidente, daquele que se acha embriagado e, portanto, tem uma culpabilidade certamente mais intensa (característica da culpa consciente).

Por fim, destaque-se que a Lei 13.546/17 prevê um período de *vacatio legis* de 120 dias, entrando em vigência no dia 18 de abril de 2018.

Referências

BARROS FILHO, Clóvis de. *Moral e Ética*. Aula 1. Brasília, 2003.
Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=Q0jzSJpB3OM&t=6119s> .
Acesso em: 21.12.2017.

CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.546/17: Altera disposições do Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível: <http://meusitejuridico.com.br/2017/12/20/lei-13-54617-altera-disposicoes-codigo-de-transito-brasileiro/> . Acesso em 21.12.2017.

NOTAS:

[1] Delegado de Polícia, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Pós-Graduado com Especialização em Direito Público. Professor da Graduação e da Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de Lorena/SP. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor do Complexo Educacional Damásio de Jesus.

[2] BARROS FILHO, Clóvis de. *Moral e Ética*. Aula 1. Brasília, 2003.
Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=Q0jzSJpB3OM&t=6119s> .
Acesso em: 21.12.2017.

[3] CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.546/17: Altera disposições do Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível: <http://meusitejuridico.com.br/2017/12/20/lei-13-54617-altera-disposicoes-codigo-de-transito-brasileiro/> . Acesso em 21.12.2017.

[4] CUNHA, Rogério Sanches. *Lei 13.546/17: Altera disposições do Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível: <http://meusitejuridico.com.br/2017/12/20/lei-13-54617-altera-disposicoes-codigo-de-transito-brasileiro/> . Acesso em 21.12.2017.

PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE: A LEGISLAÇÃO CONTRA A FRAUDE E A FRAUDE CONTRA A LEGISLAÇÃO

TAMARA DE SANTANA TEIXEIRA BURITI:
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós- Graduada em Direito do Estado pelo Instituto Excelência LTDA (Podivm) em parceria com a Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

RESUMO: O presente estudo trata da evolução histórica das fraudes ao regime de emprego no Brasil e analisa as ferramentas existentes no ordenamento jurídico pátrio, a fim de inibir a ocorrência de tal prática, sobretudo no cenário atual de desenfreada flexibilização e alargamento indevido da “economia de bico”.

PALAVRAS-CHAVE: Fraude; primazia da realidade; princípio da proteção; contrato-realidade.

1. INTRODUÇÃO

A temática da fraude ao regime de emprego no Brasil é digna de atenção não só por parte da doutrina, mas também exige um combate efetivo e reiterado por parte dos operadores do direito, a fim de inibir, findar e evitar a repetição desta ilicitude ao ordenamento jurídico trabalhista. De fato, com base em uma ligeira retrospectiva histórica, nota-se uma tendência de minimizar o valor do trabalho no país, o que é acompanhado pelo desenvolvimento de práticas fraudulentas para aviltar os direitos inerentes à realização do labor. Além disso, resta evidenciado, na realidade, que a flexibilização das normas trabalhistas favorece o seu aumento, referendando a importância do manejo de ferramentas jurídicas para atacar o comportamento fraudulento.

Justamente por isso, no presente estudo, debruça-se sobre o sistema jurídico pátrio, sinalizando regras e princípios passíveis de rechaçar as diversas modalidades de fraudes ao regime de emprego. Para tanto, analisar-se-á o princípio da primazia da realidade e a teoria do contrato-realidade, como premissas que auxiliam na percepção precisa da relação de emprego e na luta contra a fraude. Em seguida, é feito um estudo de

dispositivos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que ganham relevância no regramento da matéria.

Evidencia-se, nesse passo, a necessidade imperiosa de aplicar a orientação contida na Recomendação 198, 4, “b” da Organização Internacional de Trabalho, no sentido de coibir as relações escamoteadas e encobertas de trabalho, sendo mais um meio de concretização do trabalho decente e digno, direito social do trabalhador (art. 6º da Constituição Federal). Ademais, a nocividade da fraude vai além das relações de trabalho, prejudicando os recolhimentos das contribuições devidas, colaborando com o aumento das despesas sociais com benefícios em virtude de acidentes em relações precárias, bem como desconsiderando o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, fundamentos da Constituição Federal (art. 1º, III e IV), motivos que reforçam a atualidade e relevância do presente debate.

2. FRAUDE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: HISTÓRIA, MORFOLOGIA E TRANSCENDÊNCIA

Uma breve retrospectiva acerca do desenrolar dos fatos históricos é imprescindível à compreensão dos institutos jurídicos e do ramo do Direito ao qual se pretende analisar. E de outro modo não poderia ser ao cuidar de Direito do Trabalho, ramo jurídico esse cujo nascedouro está intimamente relacionado à questão social e à situação histórica desumana de exploração do trabalhador, e das fraudes ao regime de emprego no Brasil^[1].

Deveras, o trabalho é tão antigo quanto o homem, que, desde os primórdios, teve de empreender sua energia humana, física ou intelectual com o fim produtivo de garantir sua subsistência^[2]. Posteriormente, com o surgimento das coletividades, passaram a existir, sucessivamente no tempo, diferentes modos de produção e trabalho, dentre os quais se destacam a escravidão, a servidão e o modelo capitalista. Todos eles, a seu modo, colaboraram no desenvolvimento da noção de valor do trabalho humano e acerca da necessidade de embutir à relação de emprego mais direitos e garantias.

Ademais, concomitantemente, influenciaram, ainda, na formação da nociva tendência brasileira, herdada desde a peculiar origem do Direito do Trabalho local e dos direitos fundamentais sociais, em suprimir ou reduzir direitos trabalhistas, dando ensejo às fraudes à caracterização do regime de emprego, que é mais benéfico à parte hipossuficiente no pacto laboral.

Desse modo, restringindo-nos ao caso brasileiro, em uma breve retrospectiva histórica do desenvolvimento da organização do trabalho no tempo, dos conflitos sociais e do capitalismo, é possível compreender a origem e morfologia das diversas modalidades de fraudes engendradas na história com o escopo de desfavorecer o trabalhador. Salientando, inclusive, que, ainda como reflexo do contexto histórico ensejador do surgimento do Direito do Trabalho, aliado à nova tendência mundial de globalização e de flexibilização de normas trabalhistas, houve o recrudescimento das tentativas de fraudes, o que reforça a atualidade do tema.

2.1. BREVE RELATO SOBRE A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

O caso brasileiro de origem e desenvolvimento do Direito do Trabalho é bastante peculiar. Distante das grandes potências europeias e rico em produtos tropicais, foi o Brasil, desde seu descobrimento, transformado em colônia e fadado tão-somente a suprir os anseios da metrópole colonizadora. Nesse momento histórico, então, inicia-se o processo de institucionalização da postura exploradora arraigada na cultura local, tanto dos produtos frutos da terra, quanto em relação aos indígenas encontrados.

Embora fosse evidente a desvalorização dos índios por parte dos europeus, sendo esses, inclusive, tratados com violência e utilizados como livre mão de obra a ser explorada, rapidamente foi priorizada a escravização de negros no novo continente. “O comércio internacional de escravos, trazidos da costa africana, era em si mesmo um negócio tentador, que acabou se tornando o grande negócio da Colônia, na medida em que gerava lucros exagerados aos traficantes e comandantes dos navios negreiros”^[3]. Além disso, “a causa da liberdade dos índios foi assumida formalmente pela Igreja Católica, inclusive através de uma bula

do Papa Paulo III, já a escravidão dos negros africanos teve a sanção do Vaticano”[4].

No contexto escravista, era o escravo tido como coisa, mera mercadoria. Não havia, por conseguinte, espaço para seu reconhecimento como sujeito de direito, embora fosse transmitida a condição de escravo aos filhos dos negros. Em síntese, havia uma simples relação de domínio, caracterizada pela prestação de um trabalho gracioso e forçado em favor do amo[5].

Ademais, as ambições da classe em ascensão local, constituída, em sua maioria, de grandes fazendeiros, antigos senhores de engenho, que se acostumaram a controlar os arranjos sociais mediante força e ajustes políticos, limitavam-se aos negócios do açúcar, posteriormente substituídos pela exploração do mercado cafeeiro, no âmbito nacional e internacional, além de assegurar as regalias aristocráticas regionalizadas há tempos[6]. Portanto, os valores tipicamente sedimentados pelo liberalismo e individualismo jurídico, tais como a supremacia das leis, a valorização do indivíduo, a crença na universalidade dos direitos, as formas representativas de governar, pouco se desenvolviam em uma ordem escravocrata, em que os direitos do homem e do cidadão eram desconsiderados à grande parte do povo[7].

Assim, as reivindicações da classe de trabalhadores, composta, basicamente, de alguns poucos imigrantes chegados ao novo continente, bem como de escravos, grande maioria da mão de obra local, não ganhavam expressividade, pois flagrantemente desinteressantes aos anseios dos donos do capital. Não havia, portanto, espaço significativo para o florescimento de uma ordem jurídica de natureza social, o Direito do Trabalho, destinado a viabilizar melhores condições ao trabalhador[8].

Dessa sorte, observadas tais características no contexto de formação colonial brasileiro até o fim do século XIX, consubstanciadas, mormente, em um sistema econômico pautado na relação escravista de trabalho, não seria possível auferir de forma concreta a existência do Direito do Trabalho local. Isso porque o objeto de tutela desse ramo jurídico consiste, primordialmente, na relação de emprego, sendo imprescindível o

fornecimento de mão de obra de maneira livre, que é diametralmente oposta à noção de escravização do homem. Entrementes, os dizeres de Maurício Godinho Delgado têm a seguinte compostura:

Se a existência do trabalho livre (juridicamente livre) é pressuposto histórico-material para o surgimento do trabalho subordinado (e, conseqüentemente, da relação empregatícia), não há que se falar em ramo jurídico normatizador da relação de emprego sem que o próprio pressuposto dessa relação seja estruturalmente permitido na sociedade enfocada. Desse modo, apenas a contar da extinção da escravatura, com a assinatura da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, é que se pode iniciar uma pesquisa consistente sobre a formação e consolidação histórica do Direito do Trabalho no Brasil^[9].

É preciso referendar, no entanto, que, embora de forma incipiente, já era possível observar a caracterização de algumas relações de emprego ou, ainda, a criação e desenvolvimento de pequenos focos industriais, passíveis de viabilizar a origem e amadurecimento do Direito do Trabalho. Porém, em razão de ser aquele momento histórico caracterizado essencialmente por uma economia do tipo rural e pela escravidão dos negros, tais manifestações ganhavam pouca relevância, não havendo, de fato, ambiente histórico para viabilizar e desenvolver o novo ramo jurídico de viés social^[10].

Na segunda metade do século XIX, houve o início de significativas alterações na formatação social do Brasil. Por influência das novas ideias decorrentes do humanismo e do iluminismo, surgiu o movimento abolicionista, que defendia o fim da escravidão no Brasil. Ademais, concomitantemente, houve o recrudescimento de contratações de empregados assalariados brasileiros e de imigrantes, mormente a partir de 1870, em razão da necessidade do surgimento de indústrias nos grandes centros urbanos. Já nas regiões Norte e Nordeste do Brasil, por exemplo, a nova mão de obra foi adotada diante da substituição dos antigos engenhos

pelas usinas produtoras de açúcar, que passou a empregar trabalhadores assalariados brasileiros e imigrantes estrangeiros, a partir de 1870[11].

Em nível internacional, era crescente a pressão externa a fim de erradicar o tráfico de escravos, capitaneada, principalmente, pela Inglaterra, pois bastante prejudicial aos seus interesses econômicos. Com o intuito de não causar prejuízos financeiros aos proprietários rurais, o governo brasileiro foi gradualmente reprimindo a comercialização e utilização de escravos. Inicialmente, em 1826, o Brasil assinou um Tratado junto à Inglaterra em que, três anos após sua ratificação, seria ilegal o tráfico de escravos para o Brasil. Ademais, como decorrência desse Tratado, foi publicada uma lei, em 07 de novembro de 1831, prevendo duras penas aos traficantes e que foi complementada, em 1850, pela Lei Eusébio de Queiroz, que finalmente extinguiu o tráfico de escravos do Brasil[12].

Vinte e um anos mais tarde, em 28 de setembro de 1871, foi promulgada a Lei do Ventre-Livre, que tornava os filhos de escravos que nascessem a partir da decretação da lei livres. Em 1885, foi promulgada a Lei Saraiva - Cotegipe ou Lei dos Sexagenários, que declarava livres os negros com mais de 65 anos. Por fim, em 13 de maio de 1888, por meio da Lei Áurea, foi concedida a liberdade total aos negros brasileiros, abolindo, definitivamente, a escravidão no Brasil[13].

A verdade, contudo, é que a promulgação da Lei Áurea pouco alterou a situação do ex-escravo, que continuou à margem da sociedade. Isso porque, as novas oportunidades de trabalho eram preponderantemente direcionadas aos imigrantes, que acabaram substituindo a mão de obra escrava. Para os ex-escravos, a lei ensejou uma liberdade meramente negativa, caracterizada pela possibilidade de estarem livres para trabalhar para quem quisessem. Não introduziu, no entanto, meios eficazes de inserção do ex-escravo à sociedade, assegurando-lhe a condição de cidadão, sujeito de direito. Segundo Emília Viotti da Costa:

A abolição livrou o país de seus inconvenientes.
Quanto aos negros, porém, abandonou-os à sua
própria sorte. Deles não se ocuparam as elites

dominantes e o Estado. Suas dificuldades concretas de integração à sociedade acabaram atribuídas à sua inferioridade racial. São marcas da herança dos tempos do Brasil Colônia, inscritas na estrutura social, política e econômica do Brasil[14].

Ao término do regime escravista, diante da intensificação do processo de industrialização do Brasil, homens, mulheres e crianças livres, imigrantes ou não, numa sociedade residualmente escravocrata, ofereciam-se ao labor de forma desorganizada, em péssimas condições de trabalho, sem uma adequada regulação social nem instituições públicas que os protegessem satisfatoriamente, a fim de evitar a exploração do homem pelo homem[15].

Em decorrência desse caos social, muitas greves desenvolveram-se no Brasil, o que ensejou algumas iniciativas legislativas de proteção do trabalhador, que foram pouco eficazes. Em longo prazo, contudo, com o crescimento da indústria e dos grandes centros urbanos, com o aumento dos conflitos em virtude das precárias condições de trabalho internos e diante da pressão internacional, foi o Brasil, no início do século XX, implementando mais e mais direitos de cunho social, a culminar pela edição da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e no desenvolvimento do Direito do Trabalho pátrio.

Mas os quase quatrocentos anos de convivência com o regime de trabalho escravo geraram um estigma cultural intimamente relacionado à compreensão e aplicação do Direito do Trabalho no Brasil. Deveras, essa preponderância histórica do uso de escravos consolidou, segundo Jorge Luiz Souto Maior[16]. “uma espécie de descompromisso com a sorte das pessoas que se situem fora das classes mais favorecidas”, pois “o natural, nessa concepção escravocrata, é manter as diferenças sociais entre as pessoas”. Manolo Gracia Florentino[17], ainda, acrescenta que, considerando que a escravidão deu início e desenvolvimento ao projeto de civilização brasileira por muitos séculos, ao fazê-lo “viabilizou um projeto excludente, em que o objetivo das elites é manter a diferença com relação ao restante da população”, mormente no que toca aos negros.

Ademais, como consequência, a formação cultural escravocrata, além de interferir na consolidação da discriminação pela cor, interfere também no valor atribuído ao trabalho e na tendência a sonegar direitos em virtude da prestação do labor. “Um trabalhador que até pouco tempo era escravo, já tem muito se lhe é conferido algum direito e se vai a juízo reclamar este direito é ‘um mal agradecido’^[18].

É nesse contexto de desvalorização do trabalho humano, então, que pode ser observado o nascedouro da pernicioso tendência brasileira em fraudar a aplicação de normas trabalhistas e dos direitos sociais. Isso porque, como resultado da escravidão, marco da desconsideração do homem como sujeito de direito e pessoa humana, os direitos inerentes à própria execução do trabalho não são enxergados pelos tomadores de serviço, analogamente comparáveis aos antigos senhores feudais, realmente como direitos, mas tão-somente como mera liberalidade ou, concessões àqueles que antes não gozavam de direito algum. Burlá-los mediante a utilização de verdadeiros arranjos jurídicos ou simulações grosseiras restritas ao plano formal, portanto, tornou-se tendência diante do aumento do rol de direitos sociais. É nesse sentido o entendimento de Ronaldo Lima dos Santos:

Relevante assinalar que, contrariamente aos argumentos sobre a necessidade de diminuição do custo do valor do trabalho como forma de conceder competitividade às empresas, a fraude nas relações de trabalho decorre mais de uma herança escravista da sociedade brasileira, que gerou uma cultura de exploração e aviltamento das pessoas dos trabalhadores, do que uma necessidade econômica em face dos fenômenos como globalização e concorrência externa. Os países com economias mais sólidas e competitivas são exatamente aqueles em que os trabalhadores possuem amplas garantias sociais e trabalhistas e, coincidentemente, sociedades mais igualitárias^[19].

A essa peculiaridade da história brasileira, a fim de justificar a existência de fraudes ao regime de emprego, deve ser lembrado, ainda, o caráter pessoal - e não econômico - do cometimento da fraude nas relações de trabalho. Considerando estritamente o elemento subjetivo do agente empregador, movido pela usura, poderá, então, almejar maior aferição econômica por meio do aumento da mais-valia e da mercantilização do labor, dispondo, às vezes, de meios fraudulentos para tanto[20].

Complementa, ainda, Arnaldo Süssekind:

Em toda comunidade, durante a história da civilização, apareceram, como surgirão sempre, pessoas que procuram fraudar o sistema jurídico em vigor, seja pelo uso malicioso e abusivo do direito de que são titulares, seja pela simulação de atos jurídicos, tendentes a desvirtuar ou impedir a aplicação da lei pertinente, seja, enfim, por qualquer outra forma que a má-fé dos homens é capaz de arquitetar. Por isto mesmo, inúmeros são os atos praticados por alguns empregadores inescrupulosos visando a impedir a aplicação dos preceitos de ordem pública consagrados pelas leis de proteção ao trabalho. E, em alguns casos, os próprios trabalhadores, premidos pela coação econômica ou pelo poder hierárquico do respectivo empregador, ou, ainda, pelo desconhecimento da legislação aplicável, participam do ajuste estipulado em fraude à lei”[21].

Entrementes, as modalidades de fraude foram ganhando novas roupagens ao longo do tempo, tornando-se mais ou menos elaboradas, de acordo com as últimas mudanças mundiais, culminando, em uma extensa variedade de hipóteses nas quais não elaborados imbrólios jurídicos-formais a fim de burlar a configuração do regime de emprego.

2.2. A FRAUDE OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A Constituição Federal de 1988, de teor nitidamente social, faz uma abordagem privilegiada do trabalho humano, buscando embutir à prestação do labor dignidade, bem como tornando fundamento da República brasileira os valores sociais do trabalho[22]. Contempla, ainda, em seu texto, variegados direitos e garantias aos trabalhadores, elevando, inclusive, o trabalho à condição de direito social[23], além de assegurar a todos uma existência digna, o que se realiza, em especial, mediante a busca do pleno emprego[24].

No entanto, muito embora estejam compilados na Carta Magna de 1988 uma série de direitos aos trabalhadores a fim de dar maior dignidade ao trabalho, a grande maioria deles tem aplicação restrita àqueles que gozam da condição de trabalhador empregado, por ser o vínculo empregatício privilegiado pelo texto constitucional em detrimento dos demais. Nas palavras de Edilton Meireles[25], “o que antes era presumido por ser o que geralmente ocorria, agora decorre de opção expressa do legislador constitucional pelo labor subordinado, como meio ou instrumento preferencial para promover a dignidade humana por meio do trabalho”. Além disso, a presunção de existência de regime de emprego, ressalte-se, é resultado da aplicação direta do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Com o escopo de afastar a incidência de todo o rol de direitos trazidos a nível constitucional, e mais esmiuçados na Consolidação das Leis Trabalhistas e leis extravagantes, ganham espaço as fraudes ao contrato de trabalho, que, na precisa definição de Ari Pedro Lorenzetti[26], nada mais é que o principal negócio jurídico trabalhista.

Etimologicamente, a fraude é percebida como uma manobra de má-fé, motivada pelo intuito de encobrir a verdade ou contornar um dever. Traduz, portanto, um engano consciente e deliberado, com abuso de confiança, que, invariavelmente, acarreta ou prepara, em regra, um dano de ordem material. Em todos os casos, será uma manifestação que subverte o regular desenvolvimento da vida jurídica, por emprego de meios indiretos, que produzem uma aparência enganosa[27].

Em uma definição mais direcionada a este estudo, morfológicamente, pode-se dizer que as fraudes nas relações de trabalho são reflexos imediatos da tentativa de mercantilização do labor humano, mediante a utilização de métodos, procedimentos, condutas e mecanismos jurídicos-formais que visam dar uma roupagem jurídica fictícia à relação de emprego, e, por consequência, inviabilizar, no todo ou em parte, a aplicação das normas trabalhistas e dos direitos sociais fundamentais embutidos à condição de empregado[28].

Cumprе salientar, ainda, que a grande maioria dos institutos contidos no Direito do Trabalho pressupõe uma cadeia de valores distinta daquela adotada pela legislação civil, em razão da tentativa de realizar a tutela do empregado hipossuficiente. E o mesmo se dá no que diz respeito ao específico estudo das fraudes na seara trabalhista.

Como consabido, nos diversos ramos do Direito Civil é indispensável a existência de prova acerca do *consilium fraudis* para que seja caracterizado o vício de vontade no ato jurídico, capaz de comprometer a validade do ato. A vontade do agente, direcionada à realização de um ato escuso, ganha relevância[29].

O mesmo não ocorre no Direito do Trabalho. Em razão de sua forte carga principiológica, voltada à proteção do sujeito obreiro, estigmatizado pela hipossuficiência diante do empregador em virtude da sua própria condição de empregado, a fraude trabalhista é auferida objetivamente, sem necessidade de perseguir o *animus demonstrado* pelos agentes a motivar o ato fraudulento. É o que de pronto se observa da interpretação do artigo 9º da CLT[30], que traz em seu bojo o corolário da fraude objetiva nos contratos de trabalho.

Outrossim, a noção de fraude objetiva presente no Direito do Trabalho é também conseqüência da relevância do aspecto fático em detrimento ao rigorismo das formas para conceber a existência de relação de emprego no caso concreto. Portanto, caso presentes os elementos-fáticos-jurídicos caracterizadores da relação de emprego, a saber, pessoalidade da prestação, subordinação jurídica, não-eventualidade do labor e intuito oneroso, definidos nos artigos 2º[31] e 3º[32] da CLT, pouco

importa o rótulo jurídico ou a natureza do acordo definido pelas partes. Ratifica isto, inclusive, o teor dos artigos 442[33] e 443[34] consolidados, que demonstram ser o contrato de trabalho extremamente informal, sem forma prescrita em lei, podendo ser formulado de maneira tácita ou, até mesmo, expressamente, por escrito ou verbal, pois há prevalência da realidade fática.

Estas são as lições de Ari Pedro Lorenzetti[35]:

Presentes tais elementos na execução do contrato, de nada adianta a formalização de negócio diverso, uma vez que o contrato de trabalho é negócio jurídico típico, cujos elementos devem ser extraídos da realidade, e não do que foi combinado entre seus figurantes. O que prevalece, portanto, não é o que as partes avençaram formalmente, mas o modo como se deu, na prática, a prestação laboral.

Mas não é só. Deveras, sequer é relevante que a fraude seja realizada unilateralmente por parte do empregador, produto da intenção do empregado aliado a seu patrono (*consilium fraudis*) ou, ainda, embora sem participar ativamente, com a eventual ciência ou consentimento do obreiro (*conscientia fraudis*). Em todos os casos, com amparo na noção objetiva de fraude, reproduzida pelo artigo 9º consolidado, invariavelmente, haverá a nulidade dos atos fraudulentos, sendo reconhecida a relação de emprego entre as partes[36].

Historicamente, as fraudes nas relações de trabalho inicialmente consubstanciaram-se nas figuras contratuais clássicas do Direito Civil e do Direito Comercial. Diversos empregadores, a fim de se livrarem da obrigação de satisfazer os direitos sociais dos trabalhadores, buscavam descaracterizar o vínculo empregatício restringindo as contratações a uma das espécies contratuais da legislação civil, a exemplo do arrendamento, compra e venda, sociedade, mandato, parceria, locação de serviço (*locatio operarum*) e a representação comercial autônoma, ainda que a prestação do serviço ocorresse em flagrante situação de vínculo empregatício, com pessoalidade, onerosidade, subordinação, não eventualidade e alteridade.

Tal fato era possível em razão do contrato de trabalho ser uma das espécies do gênero contrato de atividade^[37], o que acarreta, per si, algumas características semelhantes aos contratos clássicos consagrados no Direito Civil. Por isso, inclusive, embora as fraudes no contrato de trabalho estejam cada vez mais sofisticadas, essencialmente, ainda prestigiam a formatação inerente aos contratos civis.

Nesse sentido, exemplifica Ronaldo Lima dos Santos:

Diz-se objetiva a fraude nas relações de trabalho porque, ao contrário do que ocorre no direito civil, para a sua aferição basta a presença material dos requisitos da relação de emprego, independentemente da roupagem jurídica conferida à prestação de serviços (parceria, arrendamento, prestação de serviços autônomos, cooperado, contrato de sociedade, estagiário, representação comercial autônoma, etc.), sendo irrelevante o aspecto subjetivo consubstanciado no *animus fraudandi* do empregador, bem como a eventual ciência ou consentimento do empregado com a contratação irregular, citando-se, v.g, nesta última hipótese, a irrelevância dos termos de adesão às falsas cooperativas pelos trabalhadores com vistas a alcançar um posto de trabalho dentro de determinada empresa; a inscrição, e conseqüente prestação de serviços, como autônomo ou representante comercial, apesar da exigência de vínculo empregatício; a exigência de constituição de pessoa jurídica (“pejotização”) pelo trabalhador para ingressar no emprego etc., posto que constituem instrumentos jurídicos insuficientes para afastar o contrato-realidade entre as partes^[38].

Na tentativa de burlar os preceitos consolidados e desconstruir os elementos basilares da formação da relação de emprego, foi o instituto evoluindo e remodelando-se. A própria proliferação dos novos modelos de

relação de trabalho hodiernamente, caracterizados por um elevado grau de complexidade, deram espaço para fomentar o desenvolvimento da morfologia das fraudes de modo amplo e diversificado.

Ademais, é de causar espanto o quanto os homens dedicam-se exaustivamente a buscar novas alternativas de frustrar a aplicação dos comandos legais, seja adotando soluções inesperadas dentro dos limites da lei, seja atingindo a esfera do ilícito ou ilegal, mediante engenhosos esquemas de fraude, mormente se motivados por desembolsar valores irrisórios para aviltar o pagamento das verbas trabalhistas típicas.

No entanto, justamente por ser o regime de emprego a forma de trabalho predominante em nossa sociedade e tutelada em nível constitucional, como já explicitado, havendo a alegação por parte do empregado da ocorrência de fraude no contrato de trabalho mediante a utilização de institutos contratuais atinentes à área cível, compete ao empregador, caso admitida a prestação de serviço, o ônus de comprovar que inexistente relação de emprego, em atenção à regra do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho[39] cominado com o artigo 373[40] do Código de Processo Civil[41], pois alega fato modificativo do direito do obreiro.

2.3. A FRAUDE AO REGIME DE EMPREGO E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

É sabido que a revolução tecnológica ocorrida - e que ainda se opera -, nas últimas décadas, ensejou o início do fenômeno da globalização mundial, em que tempo e distâncias são relativizados em razão da eficiência dos novos meios de comunicação e transportes.

Em decorrência da complexidade do fenômeno de globalização, sua ocorrência acarreta consequências diretas tanto sobre o capital, quanto sobre o trabalho, modelando-os para que a favoreçam. Logo, a medida que permite a expansão da economia e a ampliação dos mercados, em virtude da quebra de barreiras tributárias (aduaneiras), altera, também, a estruturação empresarial e a formatação das relações de trabalho, ameaçando a própria subsistência do emprego”[42].

Isso porque, como conseqüências lógicas imediatas da concorrência comercial fruto da globalização, estão a necessidade de maior produtividade das empresas e a redução de custos, mormente no que diz respeito à mão de obra.

Nesse sentido, no que concerne especificamente à seara laboral, explica José Soares Filho^[43] que a globalização sugere a livre circulação de trabalhadores entre os países integrantes do mesmo bloco econômico (mercado comum), a flexibilização e desregulamentação das relações de trabalho, a precarização do contrato de trabalho – que passa a admitir novas figuras, a exemplo do contrato temporário, das contratações terceirizadas, a supressão de direitos e garantias antes inafastáveis-, e, também, o desemprego estrutural. Deveras, o novo contexto globalizador, minimiza a relevância do trabalho no processo de produção, idealizando, até mesmo, engendrar uma sociedade sem trabalhadores, em que a máquina ganha destaque por enxugar custos. Isso é possível justamente porque, nas palavras de Lygia Maria de Godoy Batista Cavalcanti^[44], “é mais fácil aumentar o lucro precarizando a força de trabalho”.

Ao mesmo tempo, como decorrência do processo descrito acima, o “Estado-Providência” perdeu sua força diante das novas políticas governamentais de (neo)liberalização, fruto das novas tendências capitalistas mundiais, que retirou “das estruturas governamentais estatais o poder de ingerência e domínio total e definitivo sobre os acontecimentos sociais, econômicos e, até se pode dizer, políticos”^[45].

Explica Rodrigo Lacerda de Carelli:

Os Estados Nacionais passam a exercer a “Concorrência pelo Direito”, “Concorrência pelo Trabalho”, “Concorrência Internacional de Trabalhadores” ou *Dumping Social*, ou seja, a “desvalorização competitiva social” por meio de concessões fiscais ou jurídicas realizadas por estes Estados, em busca dos postos de trabalho a serem oferecidos pelas empresas transnacionais, as quais, pelo desencaixe espaço-tempo, estão possibilitadas de produzirem de qualquer parte do mundo

objetivando qualquer outro mercado consumidor, situado em qualquer outro continente. Desta forma, logicamente, estes empreendimentos transnacionais escolherão os locais ou países que melhores condições econômicas lhe oferecerem, causando com isso uma pressão negativa nos direitos sociais dos Estados que se interessam em acomodar essas empresas ou, até mesmo, naqueles que desejam manter essas empresas em seu território, pois a volatilidade das empresas também se apresenta na nova configuração mundial, e as instalações e desinstalações de empresas se fazem em questão de dias[46].

Especificamente no que concerne à flexibilização das relações de trabalho, esta pode ser conceituada, segundo Wilma Nogueira de A. V. da Silva:

Flexibilização trata-se do enxugamento dos direitos e condições contratuais de trabalho, seja pela revogação de algumas leis, seja pela autorização legal para flexibilizar a sua aplicação. A crescente corrente neoliberal prega a omissão do próprio Estado, sempre com vistas à desregulamentação, tanto quanto possível, do Direito do Trabalho, de forma que as leis do mercado passem a reger as condições de emprego. Como consequência, o termo flexibilização está relacionado, no âmbito laboral, a um indesejável processo de exclusão das leis que regulam as relações contratuais entre empregado e empregador, de forma a prestigiar a negociação entre as partes interessadas, pela suposição muitas vezes equivocada de que conhecem melhor e mais perto a realidade que administram. De fato, a flexibilização tem sido propugnada, principalmente, por aqueles indivíduos que apresentam uma mentalidade

neoliberal, em decorrência da substituição da sociedade industrial por uma outra tecnologia[47].

Ressalte-se, ainda, ser do entendimento de Alice Monteiro de Barros que é o fenômeno da flexibilização “encarado também sob o enfoque da ‘desregulamentação normativa’, imposta pelo Estado, a qual consiste em derogar vantagens de cunho trabalhista, substituindo-as por benefícios inferiores”[48].

Percebe-se, portanto, que, essencialmente, no novo cenário decorrente da flexibilização, existe a primazia da competição pelo lucro, o que leva a uma tendência nociva de exploração desumana do trabalhador no decorrer da relação de emprego. Diversos empregadores buscam subterfúgios variados a fim de viabilizar, até mesmo, a libertação absoluta de todas as suas obrigações relativas aos trabalhadores, embora todas elas sejam inafastáveis por imposição da lei. Deveras, a ganância em ampliar a margem de lucro, juntamente a vasta gama de tecnologias vanguardistas existentes, termina por acarretar em uma “crescente resistência aos contratos de trabalho regulados por normas constitucionais e legais rígidas, nascendo o desejo por novos modelos, muitas vezes lesivos às aspirações da classe trabalhadora” [49] e até mesmo às fraudes ao regime de emprego.

Ademais, o próprio trabalho, por sua vez, sofre alterações. Em um aspecto objetivo, há modificações no que se refere à forma como o trabalho se apresenta e se constitui. Já no caráter subjetivo, modifica-se a percepção do ser humano sobre esse trabalho e o que ele representa ao homem. Em ambos os aspectos, há uma desvalorização do trabalho enquanto prestação humana.

Em virtude da nova conjuntura, a forma em que se apresenta o trabalho muda. Nasce um novo mercado de trabalho, que já não é marcado pela homogeneidade, mas, sim, segmentado e díspar. A regra da típica prestação subordinada e a tempo indeterminado, hegemônica por todo o século XX, cede espaço, então, para uma nova e exagerada multiplicidade de tipos de trabalho[50].

No contexto dessas novas figuras contratuais trabalhistas destacam-se as fraudes à ocorrência do regime de emprego. Como já explicitado alhures, diversos empregadores, atraídos com a possibilidade de obter maior lucro, utilizam-se de práticas abusivas e ilícitas a fim de mascarar a real ocorrência da relação de emprego, a fim de furtarem-se de quitar todas as obrigações oriundas de tal situação jurídica. Considerando que, hodiernamente, a sociedade do trabalho encontra-se multifacetada, disforme e muito diferenciada, seja quanto às condições de trabalho e à natureza da prestação, seja em relação à garantia de direitos, configura-se brecha muito utilizada para burlar a ordem jurídica.

Munidos pelo argumento de que determinada prestação refere-se a uma das atípicas formas de trabalho, em que se varia a configuração dos clássicos requisitos ensejadores da relação de emprego, desejam os empregadores classificar a prestação existente em outra diversa da relação de emprego, muito mais protetiva. É uma clara tentativa de retornar à legislação civil, que não tutela especificamente o empregado, o que é, portanto, bastante conveniente na medida em que drasticamente reduz gastos com mão de obra, ampliando o lucro.

Ademais, como consequência, ainda, do processo de globalização, que enseja uma imensurável alteração da típica estrutura da empresa, fica prejudicada a real dimensão dessa. Assim, comprometida a precisão física e concreta do empreendimento— pois esse, quase sempre, é o empregador —, segundo Rodrigo de Lacerda Carelli, evidenciam-se dois problemas: a opacidade do empregador real e a falta de tipicidade^[51].

Resta caracterizada a opacidade do empregador real em razão da dificuldade de se determinar no espaço a figura da empresa. A falta de tipicidade, a seu turno, está relacionada à dificuldade de precisar o sujeito empregador, que deve localizar-se em um dos polos da relação jurídica de emprego, além de comprometer a percepção do elemento subordinação. Ambos os problemas terminam por acarretar a inefetividade das normas trabalhistas infraconstitucionais e dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Por consequência, dão margem, eventualmente, a manifestações de fraude^[52].

Nesse contexto, nota-se que é, hoje, plural a sociedade do trabalho, floreado diversas possibilidades de formatação do labor – as denominadas “formas atípicas de trabalho” -, que, embora todas elas nascidas com o específico escopo em precarizar as relações de trabalho típicas, devem ser consideradas em suas peculiaridades, com fidedigna aplicação de seus respectivos regimes jurídicos, para amenizar os efeitos da precarização, bem como coibir o (maior) desvirtuamento dos institutos para propiciar o fomento das fraudes^[53].

3. A LEGISLAÇÃO CONTRA A FRAUDE E A FRAUDE CONTRA A LEGISLAÇÃO

É sabido ser o Direito ciência diretamente vinculada às construções do homem em sociedade. Assim sendo, as normas surgem como reflexo às tendências em nível de valores de um meio social, tutelando os bens que merecem um cuidado diferenciado por parte do Estado e dos homens, bem como trazendo as regras necessárias para a convivência harmônica em coletividade. Portanto, em outras palavras, acolhida a teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, o fenômeno jurídico surge como decorrência de um fato social, que, invariavelmente, recebe uma carga de valoração humana, para finalmente tornar-se norma^[54].

Em razão da elevada reprovabilidade social existente no ato de fraudar, não poderia o ordenamento jurídico pátrio manter-se indiferente às reiteradas tentativas de alguns indivíduos em buscarem subterfúgios para alcançar um fim ilícito ou o enriquecimento indevido. Em virtude, ainda, da intensa proliferação das modalidades de fraude, que ocorrem nos mais diversos contextos, indiscutivelmente todos os ramos do Direito, como o civil, administrativo, tributário e comercial, passaram a abarcar normas voltadas a disciplinar e, por via reflexa, combater o fenômeno fraudulento.

De outro modo não poderia ter sido com o Direito do Trabalho. No campo das relações de labor, cada vez mais se observa o empenho de alguns empregadores em reduzir os gastos inerentes à contratação da mão de obra, chegando, até mesmo, a adotar meios duvidosos e escusos para aumentar o lucro.

Ao longo da história, contudo, as modalidades de fraude tornaram-se mais elaboradas, a fim de obter maior sucesso diante dos olhos treinados dos Magistrados, Procuradores e Auditores do Trabalho, dentre outros profissionais ligados à área. Se antes o empregador apenas deixava de pagar as típicas parcelas trabalhistas, hoje se empenham em simular a relação, tentando, no plano formal, afastar a relação de emprego existente e atrair as regras da legislação civil típicas de uma prestação de serviço.

Logo, a legislação trabalhista brasileira teve - ou, pelo menos, deveria ter - que evoluir, como meio de continuar a apresentar formas idôneas de combater as novas modalidades de fraude. Nesse contexto, deve, ainda, o operador do direito buscar uma releitura dos principais institutos consagrados na legislação, tornando-os atuais, mormente com o auxílio do variados princípios existentes neste ramo do Direito, de forte carga principiológica.

3.1. O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Neste tópico, será desenvolvida uma análise acerca do princípio da primazia da realidade, um dos princípios mais importantes na seara do Direito do Trabalho. Para tanto, será evidenciado o significado desse preceito e sua força normativa enquanto princípio. Outrossim, será demonstrada sua inserção em dispositivos específicos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho e de que maneira pode ser utilizado no combate às fraudes ao regime de emprego.

3.1.1. Breves esclarecimentos sobre a força normativa dos princípios

Ab initio, é preciso pontuar que, em um ordenamento jurídico, apresentam-se normas e princípios, ambas espécies do gênero “norma jurídica”. Por conseguinte, possuem força normativa e devem ser considerados nas soluções dos conflitos contidos no caso concreto.

Os princípios traduzem preceitos genéricos, prescrevem diretrizes acolhidas pelo sistema como um todo. São, também, considerados como verdadeiros mandados de otimização. Nesse sentido, afirma Celso Antonio Bandeira de Mello^[55]:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Lembra Luciano Martinez, ainda, que por serem os princípios dotados de estrutura valorativa, exigem do intérprete uma postura racional e criativa no momento de aplicá-los^[56]. Ademais, o conflito entre princípios atrai a técnica de ponderação de interesses, em que, no caso concreto, serão considerados os bens e valores em choque e qual deles deve prevalecer na situação especificamente cuidada.

As regras, por seu turno, trazem em si uma situação fática determinada acompanhada de uma consequência jurídica, aplicando-se o modelo do “tudo ou nada”. Por isso, inclusive, o método de aplicação das regras é pautado na subsunção, em que para cada conflito caberá a aplicação de uma única regra.

Desse modo, releva notar não ser possível conceber um sistema jurídico composto apenas de princípios ou apenas de regras, justamente porque os primeiros permitem uma compreensão mais aprofundada da essência do Direito, já as segundas trazem comandos precisos, fundamentais à segurança jurídica.

Em alguns ramos do Direito, contudo, é dada imensa relevância à força normativa principiológica. É o que se dá no Direito do Trabalho, por exemplo, e de outro modo não poderia ser, tendo em vista a própria construção histórica desse ramo jurídico. Nele, os princípios ganham papel preponderante e orientam a aplicação e interpretação de todas as normas, buscando uma tutela protetionista e privilegiada ao empregado.

É por isso, inclusive, que a doutrina defende que os princípios no Direito do Trabalho possuem tríplice função[57]. Como primeira a merecer destaque, fala-se que os princípios possuem função informadora, pois orientam o legislador em sua atividade criativa, servindo de fundamento à elaboração de leis que, assim, irão manter a coerência do sistema de valores a serem tutelados, evitando contradições. Defende-se, também, a existência de uma função normativa-integrativa, visto que são fontes às quais o operador do direito poderá recorrer supletivamente em casos de lacuna na lei. Finalmente, sustenta-se a função interpretativa dos princípios no Direito do Trabalho, uma vez que fornecem critérios para facilitar a interpretação da norma, preservando a teleologia do sistema jurídico laboral.

Ademais, em um contexto lastreado nas propostas do neoconstitucionalismo, como o atual, é indiscutível a força normativa dos princípios, que, enquanto normas jurídicas, podem diretamente disciplinar situações jurídicas concretas, indo além das funções delineadas no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Não por outro motivo, são, ainda, os princípios de grande valia no combate à fraude às relações de trabalho, mormente o princípio da primazia da realidade, o qual será melhor analisado a seguir.

3.1.2. Conceito do princípio da primazia da realidade

No combate às fraudes voltadas a mascarar a caracterização de vínculo empregatício, destaca-se, no sistema jurídico pátrio, o princípio da primazia da realidade.

No que diz respeito à sua origem, acreditam alguns poucos doutrinadores que o princípio da primazia da realidade não se trata, deveras, de princípio inovador na esfera do Direito do Trabalho. Isso porque, comungam do entendimento de que tal princípio nada mais é que uma extensão do comando normativo contido no artigo 85 do antigo Código Civil de 1916, reproduzido ipsi literis no artigo 112 do Código Civil de 2002[58], que, de forma clara, preceitua que “nas declarações de

vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

É nessa compostura o posicionamento de Mauricio Godinho Delgado, que explica que o princípio da primazia da realidade “amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atender mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade”[\[59\]](#).

Outrossim, pesa, ainda, o argumento de que, também no âmbito do Processo Penal, o princípio da verdade real é um dogma inafastável. Tal tendência, ressalte-se, tem sido seguida no âmbito do Processo Civil, em decorrência da crescente valorização do princípio da verdade real nos últimos anos[\[60\]](#).

Por tudo isso, parece ser inegável que a noção de busca pela verdade, também presente no princípio da primazia da realidade, é antiga em todos os ramos do Direito, mormente em virtude da necessidade de realização do ideal de justiça. No entanto, é notório que, no Direito do Trabalho, esta busca pela verdade real ganha papel preponderante, em razão das próprias peculiaridades existentes na situação dos sujeitos da relação de emprego e, principalmente, por estes sujeitos apresentarem sempre interesses diametralmente opostos entre si, encontrando-se o empregador em uma situação de superioridade, que, inclusive, permite que sejam cometidas fraudes, às vezes, com o completo desconhecimento do empregado[\[61\]](#). Como acertadamente pontua Fernandez Madrid[\[62\]](#) acerca da peculiaridade da matéria laboral, “a desigualdade das partes determina que o contrato com frequência não corresponda à realidade e encerra cláusulas que busquem a evasão total ou parcial das normas imperativas do direito do trabalho e da seguridade social”.

Logo, deve o princípio da primazia da realidade ser realmente compreendido como um princípio típico do Direito do Trabalho, seja para aqueles que o consideram um princípio autônomo, seja para aqueles o consideram um desdobramento do princípio-mater da proteção, embora com conteúdo próprio.

É nesse sentido o entendimento de Luiz de Pinho Pedreira da Silva, para quem é o princípio da primazia da realidade um dos mais novos princípios do Direito do Trabalho, sendo formulado por Plá Rodriguez, com base nas considerações de Deveali quanto à prevalência da situação de fato a respeito da ficção jurídica em todas as fases da relação de trabalho, a teorização de Mário de La Cueva no que toca à existência de um contrato – realidade e, finalmente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica - lifting of the corporate veil[63].

Justamente por isso, deve a conceituação clássica do princípio da primazia da realidade ser definida por aquele quem o criou, Américo Plá Rodriguez:

O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos[64].

Reza o princípio, portanto, que, em uma relação de emprego, a realidade fática goza de maior credibilidade, ainda que divergente daquilo que foi formalmente pactuado ou documentado entre as partes ao tempo da contratação ou da execução do contrato de trabalho. Contudo, o próprio autor traz como ressalva o fato de que os documentos referentes à relação de trabalho estão acobertados pela presunção de veracidade, embora seja essa uma presunção de natureza relativa. Em outras palavras, a mera alegação por parte do empregado da existência de fraude não é meio idôneo para afastar a veracidade dos documentos existentes. É necessário que os fatos alegados em contraposição ao teor da documentação sejam devidamente comprovados, sob pena prevalecerem as disposições contratuais documentadas[65].

Outra definição que se mostra bastante relevante acerca do princípio da primazia da realidade é aquela formulada por Mauricio Godinho Delgado, para quem

deve-se pesquisar, preferencialmente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de

serviços, independentemente da vontade habitualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva).[\[66\]](#) (grifos no original)

Fica claro, por conseguinte, que o conteúdo do contrato não se limita às determinações assentadas nas cláusulas contratuais ou nos registros documentais, visto que nele incorporam-se amplamente todas as peculiaridades existentes no cotidiano da prestação do serviço. A vontade das partes, nesse passo, ganha pouca ou nenhuma relevância, se discrepante da realidade da prestação do labor. Logo, ainda que pela vontade dos sujeitos envolvidos tenha sido estabelecido, por exemplo, uma prestação de serviço, que é de natureza cível, o princípio da primazia da realidade autoriza que tal relação seja descaracterizada, dando lugar à relação de emprego, se presentes, no plano fático, seus requisitos. Obviamente, contudo, devem ser respeitados os limites estabelecidos em lei, de modo que a mera realização em concreto não está apta a sedimentar ou convalidar situações de clara afronta à ordem jurídica.

Por derradeiro, oportuno trazer à baila a definição formulada por Arnaldo Süssekind, para quem destaca-se o

Princípio da primazia da realidade, em razão do qual a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob a capa simulada, não correspondente à realidade.[\[67\]](#) (grifos aditados)

Neste conceito é abordada expressamente a possibilidade de simulação no contrato de trabalho, uma manifestação de fraude. Assim, embora existente desígnio deliberadamente ou dolosamente diverso ao tempo da contratação e formalização do contrato de trabalho, deve ser analisada a relação de emprego pela maneira como a mesma se desenrola na prática. É do dia a dia, portanto, que se verifica o autêntico teor do

contrato de trabalho, bem como é possível identificar os direitos dele provenientes.

Com base nos conceitos colacionados acima, releva notar ser pacificada, quase à unanimidade na doutrina[68], o conceito abarcado no princípio da primazia da realidade, que garante supremacia aos fatos, caso divergentes dos instrumentos formais relativos à relação de trabalho. Não existem, portanto, controvérsias ou divergências expressivas acerca de seu conteúdo ou alcance.

O mesmo não se pode dizer, contudo, acerca da aplicação do mesmo. É nesse momento, aliás, que se centram as divergências atinentes ao manejo do mencionado princípio.

Defende Luciano Martinez que este princípio pode ser aplicado tanto a favor quanto contra o empregado. Em seu entendimento, o princípio em questão pauta-se na primazia à realidade, não sendo uma regra em que a versão apresentada pelo empregado sempre prevalecerá diante daquela oferecida pelo empregador. Contudo, admite que, na maioria dos casos, a utilização do princípio se dá em prol do trabalhador, em razão de ser a vítima preferencial dos documentos que revelam coisa diversa daquilo que realmente existiu[69].

Carmen Camino, por sua vez, defende que o princípio da primazia da realidade deve ser aplicado tão-somente em favor do trabalhador. Tal fato justifica-se justamente pelo dever de documentação que recai sobre o empregador, seguido da deficiência do obreiro, principalmente de natureza técnica e jurídica. Logo, considerando que em favor do empregador já existe a presunção de veracidade dos documentos os quais possui o dever de manter, entende ser pouco pertinente a aplicação do mencionado princípio em prejuízo do empregado[70].

Em que pesem as divergências doutrinárias, tendo em vista que quase sempre as tentativas de mascarar a conformação de uma autêntica relação de emprego são decorrentes da atuação unilateral do empregador ou de sua imposição como condição de contratação, sendo o trabalhador a

vítima, o princípio da primazia da realidade é utilizado, na maioria das vezes, em favor do obreiro.

3.1.3. Fundamento teórico

Partindo-se da premissa de que é o contrato de trabalho um negócio jurídico, como já mencionado em item anterior, embora a boa-fé não seja abordada expressamente na legislação trabalhista como princípio ou mesmo como cláusula geral de contratação, deve ser a mesma considerada pelo intérprete dos contratos de emprego[71]. Tal orientação decorre automaticamente da incidência da previsão contida no artigo 113 do Código Civil de 2002[72], cujo teor evidencia que todos os contratos devem ser interpretados com base no princípio da boa-fé, em aplicação da teoria do diálogo das fontes.

É a boa-fé compreendida como vetor inafastável a guiar a atuação dos indivíduos, mormente no âmbito do Direito Privado, em que há o predomínio de normas dispositivas e maior autonomia de vontade. Assim, trata-se de uma regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na ideia de não fraudar ou abusar da confiança alheia, que deve ser seguido também na celebração e execução do contrato de trabalho.

Nesse sentido, oportuno mencionar a lição de Luciano Martinez acerca do tema:

[...] a boa-fé é exigida, como dever acessório, na formação dos contratos e protegida durante o transcurso dos ajustes já formados. Por força dela cada um dos sujeitos da relação jurídica deve oferecer informação, ampla e irrestrita, sobre os detalhes do negócio a ser praticado ou do ato jurídico que está em desenvolvimento. Alguns desses detalhes podem ser extremamente relevantes a ponto de influenciar a celebração do ajuste ou a continuidade executiva do negócio. Os parceiros contratuais, segundo o princípio da boa-fé, devem

atuar com confidencialidade, com respeito, com lealdade e com mútua cooperação[73].

Complementa, ainda, Larissa Maria de Moraes Leal:

Pode-se afirmar, sobretudo, que a boa-fé torna possível uma repersonalização da relação trabalhista, recolocando a pessoa humana como centro do trabalho.

[...] não há como negar que a boa-fé contribui sobremaneira para a realização do próprio princípio da proteção, este, sim, reconhecido como fundamento das relações trabalhistas, bem como da própria dignidade da pessoa humana[74].

Assim, fica evidente a importância da boa-fé no âmbito do Direito do Trabalho. Por via reflexa, apresenta-se a boa-fé também como fundamento do princípio da primazia da realidade, justamente por ser o mesmo uma hábil tentativa de proteger o empregado da eventual má-fé do mau empregador, que omite ou deturpa informações valiosas, com o objetivo de impedir o cumprimento de obrigações legais ou de obter um proveito ilícito.

Frise-se que, como já mencionado anteriormente, o desajuste entre os fatos e a forma podem ter diferentes procedências, resultando de casos em que existe a deliberada intenção de fingir ou simular uma situação jurídica distinta da real (simulação) ou de simples erros involuntários. O princípio da primazia da realidade, no entanto, prioriza, em todos os casos, os fatos sobre a forma; busca, assim, a verdade sem a necessidade de perquirir se existente ou não a má-fé de uma ou ambas as partes[75].

Justifica-se, ainda, o princípio da primazia da realidade na necessidade de dar dignidade à prestação do labor. Isso porque, o Direito do Trabalho tutela a atividade humana, que, ainda que, em regra, origine-se de uma obrigação emergente de um contrato, desprende-se logo de seu texto, passando a ter autonomia e relevância na dimensão fática[76].

Assim sendo, por ser o contrato de trabalho um contrato de trato sucessivo, que pressupõe uma atividade humana prolongada no tempo, ao

longo da prestação haverá, invariavelmente, um dinamismo que viabiliza frequentes alterações na prática. Portanto, independente da existência de fidelidade entre o que se dá no plano fático e nos documentos inerentes à contratação, o certo é que o Direito do Trabalho regulará a atividade nos termos em que essa realmente ocorre. Ou seja, é dado ao trabalho dignidade, na medida em que as consequências jurídicas serão averiguadas da realidade da prestação, independentemente das conclusões deduzidas do plano documental ou formal.

Ademais, outro fundamento a embasar o princípio da primazia da realidade é a desigualdade econômica, social e cultural existente entre o empregado e o empregador[77]. Esta desigualdade deixa o empregado em uma posição de inferioridade, tornando-o extremamente vulnerável às determinações equivocadas e desmandos do empregador. Nisso influi decisivamente o fato de que, muitas vezes, o obreiro sequer tem ciência de seus direitos e do teor do contrato de trabalho pactuado – o que é reconhecido também em países do primeiro mundo e com maior razão há de sê-lo no Brasil, país que sofre de sérios problemas de desigualdade socioeconômica da população - ou, ainda que tenha conhecimento, não goza de poder ou condições para discuti-los.

Dessa forma, a legislação trabalhista forja uma desigualdade jurídica a fim de reequilibrar às forças dos sujeitos envolvidos na relação, a exemplo da prevalência da realidade dos fatos sobre os instrumentos formais.

Além disso, como já explicitado, o contrato de trabalho abarca uma obrigação de trato sucessivo, em que a prestação se prolonga no tempo e, por isso, modifica-se muito frequentemente. Contudo, exatamente por ser um contrato, negócio jurídico bilateral que nasce do consentimento entre as partes, para que, de fato, uma modificação de seus termos possa prosperar, é fundamental a anuência dos sujeitos envolvidos, ainda que de forma tácita[78]. Logo, por uma série de motivos, é possível que a realidade fática esteja em discrepância com a documentação atinente à contratualidade, seja em casos em que não foi considerada a vontade do empregado, seja em casos que a alteração se deu tacitamente, sem a

respectiva modificação contratual. Em todos os casos, no entanto, deve existir o primado dos fatos.

Tal fundamento, portanto, consiste em buscar a interpretação racional e real da vontade das partes, ao longo da relação de emprego, pois a mesma pode ser diversa do quanto acertado em nível formal. Explica Américo Plá Rodriguez que

Nessa matéria, o que ocorre é que os fatos revelam a vontade real das partes, já que se o contrato se cumpre de determinada maneira é porque as partes consentem nisso. E esse consentimento tácito – porém, indiscutivelmente, válido e claro – deve primar sobre o texto escrito primitivo, por ser posterior, e acima de qualquer coisa, por ser bilateral[79].

Deve ser mencionado fundamento elaborado por Luiz de Pinho Pedreira da Silva[80], para quem é hoje o contrato de trabalho um verdadeiro contrato de adesão, em que o empregado tem como opções apenas aceitar todas as determinações tais quais impostas pelo empregador ou recusá-las em sua inteireza, o que acarreta, per si, a perda da oportunidade de emprego. Tal situação, inclusive, perdura durante a execução do contrato de trabalho, na medida em que discutir ou questionar os comandos do empregador é, na prática, motivo de dispensa[81].

Por isso, considerando que precisa o empregado manter o emprego, o qual é sua fonte de renda e meio de subsistência para si e seus familiares, quase sempre, termina por acatar as condições que lhe são impostas unilateralmente, ainda que discrepantes da realidade da prestação de serviço. Nesse contexto, ganha relevância o princípio da primazia da realidade, buscando minimizar os efeitos da prevalência irrestrita dos caprichos do empregador no momento da contratação.

Por derradeiro, o princípio da primazia da realidade possui como fundamento o princípio da proteção, o qual é o pilar que sustenta o próprio Direito do Trabalho. Tal conclusão, ressalte-se, está completamente

desvinculada do fato de ser ou não o princípio da primazia da realidade um princípio autônomo ou apenas uma extensão do princípio-mater da proteção. Deveras, o último deve ser concebido como fundamento do primeiro haja vista que, recai sobre o empregador o ônus de documentar a relação de emprego, em decorrência de sua superioridade em relação ao empregado. No entanto, esta é uma situação em que os envolvidos – empregador e empregado – possuem interesses diametralmente opostos, não sendo incomum que aquele que possui condições de omitir documentos ou alterar dados que lhe são desfavoráveis – o empregador, que goza de posição privilegiada no vínculo empregatício-, faça-o, almejando maior lucratividade. Nesse contexto, indiscutivelmente necessita o empregado de uma tutela nitidamente protecionista da legislação trabalhista. Ou seja, configura-se a hipótese em que o princípio da primazia da realidade protege o empregado especificamente da possibilidade de sonegação ou adulteração dos documentos referentes à relação de emprego, pois poderá fazer prova da realidade, por qualquer meio idôneo admitido em Direito[82].

3.2. O CONTRATO DE TRABALHO COMO UM CONTRATO-REALIDADE: A SUPREMACIA DOS FATOS EM DETRIMENTO DO RIGORISMO DAS QUALIFICAÇÕES JURÍDICAS

Mostra-se relevante, em nosso estudo, tecer considerações acerca da teoria desenvolvida pelo doutrinador mexicano Mario de La Cueva acerca da existência de um contrato-realidade no âmbito do Direito do Trabalho[83]. Isso porque, é o posicionamento do mestre de grande valia, não apenas pelo brilhantismo de sua tese, mas, ainda, pelo fato de suas ideias servirem de fonte direta para criação do princípio da primazia da realidade por Américo Plá Rodriguez. Ademais, a noção da existência de um contrato-realidade se amolda à realidade do Direito do Trabalho brasileiro, sendo satisfatoriamente acolhida e aplicada tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência pátria.

De logo, deve ser feita a ressalva de que, não obstante não tenha sido Mario de La Cueva o criador do famoso termo o qual dá nome à teoria, é inegável que apenas por meio de seus ensinamentos que o Direito

do Trabalho em nível mundial conferiu reconhecimento à teoria do contrato-realidade[84].

Em apertada síntese, com suas elaborações doutrinárias, buscou Mario de La Cueva rechaçar as teorias civilistas a respeito da natureza jurídica da relação de trabalho, haja vista que as mesmas visavam explicar o contrato de trabalho com base nos contratos existentes no Direito Civil, a exemplo do arrendamento, pois o empregado arrendava seu trabalho ao empregador; da compra e venda, pois o empregado vendia seu trabalho ao empregador e, em contrapartida, recebia o pagamento de um preço, que seria o salário; da sociedade, porque o empregado e o empregador combinam esforços em conjunto a fim de garantir a produção de bens e serviços para o mercado; do mandato, em que o empregado seria, diante do contrato de trabalho, o mandatário do empregador, dentre outras[85].

Nesse ínterim, para desconstruí-las, defendia De La Cueva[86] que tentar enxergar a relação de trabalho sob o prisma do Direito Civil era algo bastante ultrapassado, na medida em que tais elaborações foram realizadas em momento anterior à positivação dos direitos trabalhistas pelo mundo. Deveras, na medida em que os direitos trabalhistas foram inseridos no rol de direitos fundamentais, o que se deu aproximadamente após a Primeira Guerra Mundial, era necessário trazê-los para o interior da formação do vínculo trabalhista. Em outras palavras, com o surgimento de leis que regravam especificamente a matéria trabalhista, não apenas o contrato poderia fazer surgir obrigações, mas também a própria lei, o que deveria passar a ser considerado a partir de então.

Mas não é só. Para o autor, era claro, per si, o desajuste existente entre a natureza da relação trabalhista e o próprio fundamento e razão de ser do Direito Civil. Isso porque, a teoria civilista visa regular as condutas humanas em relação às coisas, enquanto o Direito do Trabalho é ramo do Direito dedicado a tutelar o homem como sujeito prestador de serviço, que necessita de uma atenção diferenciada a fim de que possa ter uma existência digna.

Finalmente, destaca De La Cueva que os contratos civis possuem efeitos predeterminados a depender da espécie contratual escolhida e que

a produção de seus efeitos é imediata, sujeitando sumariamente as partes envolvidas. O contrato de trabalho, por sua vez, tem um único efeito imediato, consubstanciado na obrigação do empregador de permitir ao empregado o exercício do serviço que lhe foi ofertado e, para este último, a de se colocar à disposição do primeiro. Assim, apenas em momento posterior, em que se inicia, de fato, a prestação de serviços, os demais efeitos, específicos do Direito do Trabalho, passam a ocorrer, gerando a integral proteção do empregado.

Em sua obra, é também possível observar ser do entendimento do autor que o Direito do Trabalho consiste em um ramo do direito público, justamente pela predominância de normas de natureza cogente e imperativa, que necessariamente deverão ser consideradas, independentemente da vontade das partes. Ou seja, o Estado mostra-se presente de modo incisivo e diferenciado, mitigando a autonomia de vontade a ponto de a intervenção estatal no campo das relações de trabalho ser possível independente de provocação das partes e, ainda, por permitir que suas normas apliquem-se mesmo aos contratos de trabalho nulos ou dissimulados. Contudo, caso fosse a relação trabalhista de natureza privada, com origem meramente contratual, o mesmo não seria possível.

Com efeito, a natureza pública da relação de trabalho decorre principalmente de um poder-dever do Estado de exigir a observância de um conteúdo mínimo de direitos, representado pelo conjunto de normas de ordem pública já positivadas até então, no desenrolar das relações de trabalho.

Nesse contexto, a relevância do papel estatal, portanto, transmuda a relação de trabalho, que deixa de ser uma relação tipicamente bilateral, que se resumiria aos sujeitos empregador e empregado. Deveras, no entendimento do autor, o Estado torna-se também sujeito da relação, representando os interesses da sociedade ao assegurar o cumprimento das normas trabalhistas, o que garante a essa relação um formato tríplice.

Seria o contrato de trabalho um contrato-realidade, pois sua existência está intimamente vinculada à realidade da prestação do labor no

cotidiano, ainda que em detrimento do quanto estabelecido em documentos ajustados pelas partes.

Com base nas premissas aventadas, formulou Mario de La Cueva sua teorização sobre o contrato-realidade, segundo afirma que

[...] se ha denominado al contrato de trabajo, *contrato-realidad*, pues existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que determina su existencia^[87].

Em outras palavras, é o contrato de trabalho um contrato-realidade. A relação de trabalho se origina da prestação dos serviços e não do acordo abstrato de vontades firmado em contrato ou documentos, uma vez que o que foi pactuado entre as partes não necessariamente corresponde com fidelidade à realidade.

A dissonância entre as cláusulas contratuais e o cotidiano do trabalho, como já ressaltado anteriormente, pode decorrer de diversos fatores distintos. Isso porque, a própria relação de trabalho, por ser uma obrigação de trato sucessivo, que se prolonga no tempo, é marcada por dinamismo. Dessa forma, muitas vezes as alterações no plano prático não são devidamente reproduzidas no plano contratual, tornando o contrato de trabalho desatualizado. Outrossim, alguns empregadores utilizam-se de manobras jurídicas cíveis diversas para se furtar à aplicação das regras trabalhistas, simulando o vínculo de empregado. Além de reprováveis, tais práticas são absolutamente inadmissíveis, tendo em vista que o Direito do Trabalho se constitui de normas cogentes e imperativas, que afastam a autonomia plena de vontade das partes. Por tudo isso, depreende-se já do conceito de contrato-realidade que deve ser priorizado o fato real.

Ademais, ainda com base no conceito trazido, ou seja, em razão da existência de um contrato-realidade, a própria prestação de trabalho implica uma uniformidade de vontades, ainda que presumida, da parte de quem o presta e parte de quem o vende. Logo, mesmo nulo o contrato

produzirá efeitos importantes, ainda que sem origem contratual, pois existente, na prática, a prestação do labor e a vontade de perceber o serviço realizado por outrem.

Não é despidendo lembrar, ainda, que as ideias de Mario de La Cueva foram largamente introduzidas no ordenamento pátrio, bem como frequentemente reverenciadas pela jurisprudência^[88]. Assim como no ordenamento mexicano, o sistema jurídico trabalhista brasileiro encontra-se permeado por normas jurídicas de natureza imperativa e cogentes, que não podem ser afastadas pelas partes, as quais determinam direitos e garantias voltados a dar melhores condições de trabalho aos empregados. De forma semelhante, é possível observar que a fiscalização estatal quanto ao cumprimento das normas trabalhistas é exercida sem a necessidade de provocação das partes, como bem salientou o autor, através da Auditoria Fiscal do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego. Ademais, são inúmeros os julgados que tecem considerações a respeito da importância das elaborações de De La Cueva no âmbito trabalhista, em que é flagrante a situação de desequilíbrio entre os sujeitos envolvidos, mormente em razão do dever de documentação recair em face ao empregador^[89].

Por derradeiro, é possível perceber que a teoria do contrato-realidade ganha relevância não apenas por conter uma clara distinção entre os institutos do contrato e da relação de emprego. Ela nada mais é que base estreitamente relacionada ao princípio da primazia da realidade, sendo meio eficiente de rechaçar e coibir a conduta fraudulenta das partes diante das simulações ao vínculo de emprego, na tentativa de afastar a legislação trabalhista, que dá maior dignidade ao trabalho humano.

3.3. PORMENORES ACERCA DOS ARTS. 9º, 442, 443, 444, 456 E 461 DA CLT: MANIFESTAÇÕES PONTUAIS DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE NO COMBATE À FRAUDE

Da análise da legislação obreira brasileira, é possível observar que cuidou o legislador de inserir alguns dispositivos pontuais que referendam a primazia da realidade, na tentativa de tentar coibir e regrar as situações de disparidade entre os fatos e a nomenclatura jurídica dada à contratualidade, visando minimizar os prejuízos sofridos pelo trabalhador.

Entretanto, ganham destaque os preceitos insculpidos nos artigos 9º, 442, 443, 456 e art. 461 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Assim reza o artigo 9º da CLT:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Sem sombra de dúvidas, é este o principal dispositivo, contido na CLT, a ser utilizado no combate às fraudes, ressaltando, em seu texto, a preponderância da realidade dos fatos. Isso porque, dele, é possível apreender que todos os atos cometidos com o intuito de frustrar a aplicação das normas trabalhistas padecerão de invalidade. Deve ser frisado, ainda, que, em virtude do caráter introdutório desta norma, estão protegidos contra o seu inadimplemento não só os preceitos da Consolidação, mas quaisquer outros preceitos trabalhistas[90].

Como consabido, a teoria das nulidades é aplicada de forma distinta no âmbito do Direito Civil e no âmbito do Direito do Trabalho. No primeiro, se um ato é reputado nulo, haverá efeitos *ex tunc*, em que, com retroatividade, anula-se o ato em si e todos os seus reflexos. No último, por sua vez, a nulidade gera efeitos *ex nunc*, sem retroatividade. E outra não poderia ser a solução jurídica acolhida pela legislação trabalhista, afinal, pela natureza deste ramo do Direito, deve-se preservar o trabalho já executado, evitar o enriquecimento ilícito do empregador e impedir o prosseguimento da atividade ilícita[91].

Explica Mauricio Godinho Delgado, que

O Direito do Trabalho é distinto, nesse aspecto. Aqui vigora, em contrapartida, como regra geral, o critério da *irretroação da nulidade decretada*, a regra do efeito *ex nunc* da decretação judicial da nulidade percebida. Verificada a nulidade comprometedora do conjunto do contrato, este, apenas a partir de então, é que deverá ser suprimido do mundo sociojurídico;

respeita-se, portanto, a situação fático-jurídica já vivenciada. Segundo a diretriz trabalhista, o contrato tido como nulo ensejará todos os efeitos jurídicos até o instante da decretação da nulidade – que terá, desse modo, o condão apenas de inviabilizar a produção de novas repercussões jurídicas, em face da anulação do pacto viciado^[92].

Assim, ainda que o empregador lance mão de manobras jurídicas variadas com o intuito de tentar mascarar a existência de uma clara relação de emprego - prestação pessoal por pessoa física, subordinada, não eventual e onerosa-, na tentativa de afastar todo o regramento jurídico aplicável à espécie, o contrato será nulo, por incidência do referido artigo. Haverá, ainda, por consequência, o reconhecimento da relação empregatícia, acompanhado de todos os direitos que lhes são inerentes.

Nesse sentido, esclarece Luciano Martinez:

Há maus empregadores que, na tentativa de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas, engenham contratos de natureza assemelhada (como representação comercial, estágio ou cooperativa) e constroem falsas provas, inclusive de pagamento. Quando da realidade mascarada é efetivamente visualizada, tornam-se nulos de pleno direito, por força do art. 9º da CLT, todos os atos violadores da legislação laboral^[93].

Hodiernamente, é muito comum a ocorrência de fraudes mediante, por exemplo, a simulação de prestação de serviço, uso de falsas cooperativas de trabalho, do estágio irregular, da socialização de empregados, da “pejotização”, dentre outras espécies voltadas a mascarar a típica relação de emprego. Em todos esses casos, se constatada a irregularidade no que toca à correta aplicação destas espécies contratuais, haverá a incidência do artigo 9º da CLT, com a consequente nulidade do contrato de trabalho e o automático reconhecimento do vínculo de emprego, com todos os direitos e obrigações referentes à espécie.

Merece ser perscrutada, ainda, a ideia assentada no artigo 442, *caput* da CLT, que assim dispõe:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

A leitura do citado dispositivo legal deixa claro que a relação de emprego é definida justamente pela natureza da prestação de serviços objeto do contrato, a saber, uma atividade prestada de forma pessoal, subordinada, não eventual e onerosa. Diante disso, na caracterização de uma relação de emprego, ficam em segundo plano os aspectos formais, atinentes aos termos do contrato em si ou a forma em que se deu o pacto, prevalecendo a realidade. Portanto, uma vez mais, releva notar que tal dispositivo tem afinidade com a noção da “primazia da realidade”, desenvolvida por Plá Rodriguez.

Frise-se, também, que o legislador buscou evidenciar a informalidade do contrato de trabalho que, como já explicitado, sustenta-se muito mais pela realidade da prestação que pelos rótulos jurídicos utilizados para caracterizar ou definir a relação de emprego. Nesse contexto, inclusive, faz menção o legislador, no artigo 442 da CLT, acerca da possibilidade de um contrato de emprego tácito. O mesmo se repete no artigo 443 consolidado, que, ainda, traz a ideia de um contrato de trabalho verbal.

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Entende a doutrina que tácito é aquilo que não é expresso. Justamente por isso, nas palavras de Sergio Pinto Martins, “o acordo tácito representa o contrato-realidade”, na medida em que, “a reiteração da prestação de serviços pelo empregador, sem oposição do último, caracteriza um ajuste tácito”^[94].

Isso porque, em decorrência da prestação de serviços reiterada, permite-se presumir a existência de um ajuste entre as partes. Ou seja, mais uma vez o desencadear dos fatos ganha papel preponderante na definição da existência de relação de emprego. Assim, “a simples tolerância de alguém permitindo e usufruindo do trabalho alheio terá os mesmos efeitos jurídicos do pacto expresso, se o esforço humano desenvolvido estiver cercado das mesmas características do contrato de emprego”^[95].

De modo semelhante, o legislador indica a possibilidade de um contrato verbal, que, por sua vez, também dispensa as formalidades atinentes aos instrumentos escritos e documentados.

De outra banda, fica claro, também, o destaque dado à consensualidade para o estabelecimento do principal negócio jurídico trabalhista, visto que é suficiente o consentimento de ambas as partes para restar aperfeiçoado o contrato de trabalho, independente da existência de um contrato expresso e escrito. Logo, ambos os dispositivos demonstram claramente a prevalência dos fatos a despeito do rigor das formas jurídicas.

Deve ser perscrutado o teor do artigo 456 da CLT:

Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.

Parágrafo único. A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

O dispositivo em voga prestigia outra nuance da noção de primazia dos fatos, já trabalhada por Américo Plá Rodriguez:

Enquanto não se demonstre que a conduta das partes for distinta, o que exige a prova dos fatos que se afastaram dos textos contratuais, fica

prevalecendo a presunção emanada do texto do contrato. Ou seja, a presunção é que o contrato reflete a vontade verdadeira das partes. Para fazer cair essa presunção deve-se-á provar que a conduta foi distinta. Se essa prova não for produzida ou não for eficaz, resta como válida a presunção emergente do contrato[96].

Nota-se, assim, que embora seja dada relevância à primazia da realidade, a adoção de tal princípio não acarreta a recusa de valor ao estipulado contratualmente. Significa tão-somente que as estipulações contidas nos instrumentos formais, a exemplo do contrato de trabalho e da própria CTPS do obreiro, não gozam de presunção absoluta (*ius et de iure*) de validade e sim de uma presunção relativa que cede ante prova contrária (*iuris tantum*). Logo, segundo o artigo em comento, o que foi ajustado prevalecerá enquanto não se demonstre, por todos os meios admitidos em Direito, que está em real contradição com a conduta das partes envolvidas.

O posicionamento defendido acima já foi apreciado pelo Tribunal Superior do Trabalho, dando origem, inclusive, a Súmula nº 12 da Colenda Corte:

**SÚMULA Nº 12 DO TST – CARTEIRA
PROFISSIONAL – VALOR DAS ANOTAÇÕES.**

As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção *juris et de jure*, mas apenas *iuris tantum*.

Deste modo, percebe-se que deve ser relativizado o valor dado às anotações da CTPS do obreiro feitas pelo empregador, sendo possível a produção de prova em contrário acerca dos dados ali contidos, a exemplo do tempo de duração do vínculo, função exercida, dentre outros. Por isso, é bastante comum, em juízo, a produção de prova documental, prova pericial e, mormente, pela prova testemunhal, a fim de desconstituir os elementos trazidos na mesma.

Por derradeiro, passa-se a tecer considerações a respeito do artigo 461 da CLT:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial. (Incluído pela Lei nº 5.798, de 31.8.1972)

§ 5º A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas

remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Este dispositivo traduz mais uma manifestação da ideia contida no princípio da primazia da realidade, na medida em que, diante da identidade de funções no plano fático, havendo prestação de trabalho de igual valor, deve ser percebido o mesmo salário, independente do nome dado ao cargo ocupado. Em outras palavras, é absolutamente irrelevante a denominação dada à função pelo empregador. O importante é que, na prática, sejam desempenhadas as mesmas atividades tanto pelo equiparando - aquele que pleiteia a equiparação salarial em juízo - e paradigma - aquele que serve de referencial para a equiparação^[97].

Inclusive, este dispositivo também já foi objeto de apreciação pelo Tribunal Superior do Trabalho, o qual indica seu entendimento acerca da matéria na Súmula nº 6, inciso III:

**SÚMULA Nº 6 DO TST - QUADRO DE
CARREIRA - HOMOLOGAÇÃO - EQUIPARAÇÃO
SALARIAL**

[...]

III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação. (ex-OJ da SBDI-1 nº 328 - DJ 09.12.2003)

[...]

Nesse contexto, então, resta evidenciado, da análise dos artigos 9º, 442, 443, 456 e 461 da CLT, que tais dispositivos reverenciam as ideias firmadas pelo princípio da primazia da realidade, sendo uma tentativa cravada em lei pelo legislador de minimizar a fragilidade do obreiro frente ao empregador, o que, inclusive, referenda a possibilidade e estímulo à sua aplicação em casos de fraude ao regime de emprego.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, releva notar que a fraude ao regime de emprego mostra-se como prática intimamente intrincada ao desenvolvimento das relações de trabalho no contexto brasileiro de evolução do seu modo de produção. Contudo, mostra-se como manobra extremamente lesiva a valores constitucionais e, sobretudo, ao vetor axiológico, jurídico e interpretativo do Direito do Trabalho, calcado no princípio tutelar e no princípio da primazia da realidade, que gozam de força normativa.

Nesse ponto, as ferramentas apresentadas nesse estudo, já consolidadas pela doutrina e jurisprudência, devem ser constantemente manejadas, a fim de avaliar a realidade da prestação de serviço em apreço, sobretudo no cenário atual de flexibilizações generalizadas e de pretensa “economia de bico” desenfreada, atentatórias das bases do Direito do Trabalho.

Com tal postura, zela o operador do direito pela sistematicidade do ordenamento jurídico trabalhista, bem como dá máxima efetividade aos preceitos constitucionais trazidos na Constituição Federal, que evidenciam de forma cabal a necessidade de garantir o valor social do trabalho e a dignidade do ser humano obreiro na concretização de condições para a existência de um trabalho decente (art. 1º, III e IV, 6º e 7º da Constituição Federal).

REFERÊNCIAS

Abolição da escravatura - O fim da escravidão no Brasil. Disponível em <http://www.historiadorbrasil.net/abolicaodaescravatura/>. Acesso em 15.04.2011.

ALMEIDA, Margaria Barreto de. Relação de trabalho e relação de emprego: Atuação do Ministério do Trabalho e Emprego. *In*: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. **Dignidade Humana e Inclusão Social – Caminhos para a Efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010.

BIAVASCHI, Magda Barros. **O Direito do Trabalho no Brasil – 1930-1942 – A construção do sujeito de direitos trabalhistas**. LTr: São Paulo, 2007.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **As fraudes na Relação de Emprego**. Disponível em: < <http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/cidadaniatrabalho/fraude.pdf> > Acesso em 28.03.2011.

_____, Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho**. LTr: São Paulo, 2004.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm > Acesso em 05.01.2017.

CUEVA, Mario de La. **Derecho Mexicano Del Trabajo**. Tomo I. Mexico: Porrúa, 1970.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2002.

FONSECA, Gabriela Duarte. **Teoria das Nulidades no Processo do Trabalho**. Disponível em < <http://www.iuspedia.com.br> >. Acesso em 22.05.2011.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O trabalho intelectual na era da informação: Pejotização, *Blogs* de Consultas e Contratos de Imagem. **Revista TRT 9ª Região**, Curitiba, a. 33, n. 60, jan./jun. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, vol. I-Teoria Geral do Direito Civil.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GORENDER, Jacob. **O Brasil em Preto e Branco.** São Paulo: Editora Senac, 2000.

HOFFMANN, Fernando. **O contrato-realidade e a atualidade.** Disponível em: < http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_fh_01.asp > Acesso em 03 de jun. de 2011.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. Aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa-fé nas relações de trabalho – As interfaces entre a tutela geral das relações de trabalho e os direitos subjetivos individuais dos trabalhadores. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 82, dez./jan., 2007.

LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no Direito do Trabalho.** São Paulo, LTr, 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Breves considerações sobre a história do direito do trabalho no Brasil.** In: Correia, Marcus Orione Gonçalves(org.). Curso de direito do trabalho. vol. 1 : teoria geral do direito do trabalho. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT.** 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MEIRELES, Edilton. Trabalhadores subordinados sem emprego – limites constitucionais à desproteção empregatícia. **Revista LTr**, v. 69, n.7, jul. 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito - situação atual.** 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho;** tradução de Wagner D.Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

SANTOS, Érika Cristina Aranha dos Santos. A fraude nas cooperativas de trabalho. **Revista LTr.** Vol. 69, nº 10, out. de 2005.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraude nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. **O Trabalho: Doutrina em fascículos Mensais**, Curitiba, n. 157, p. 5501-5514, mar. 2010.

SCHNEIDER, Jessica Marcela. **O Princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego**. Porto Alegre, 2010, 75 f., trabalho de conclusão do curso de Ciências Jurídicas e Sociais (graduação), Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Wilma Nogueira de A. V. da. O princípio de proteção e a flexibilização do Direito do Trabalho. **Revista LTr**, v. 71, n. 6, jun. 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho. Vol. 1**. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)**. Disponível em: < http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Prova.pdf>. Acesso em 24 de mai. de 2011.

TOLEDO, Pompeu de. “À sombra da escravidão...”. Disponível em: <<http://www.carnaxe.com.br/cronicas/escravidaos.htm>>. Acesso em 13 de abr. de 2011.

NOTAS:

[1] CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 10.

[2] SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 03.

[3] FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2002. p. 99.

[4] GORENDER, Jacob. **O Brasil em Preto e Branco**. São Paulo: Editora Senac, 2000. p. 29.

[5] CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 11.

[6] MAIOR, Jorge Luiz Souto. Breves considerações sobre a história do direito do trabalho no Brasil. *In*: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Curso de direito do trabalho. vol. 1 : teoria geral do direito do trabalho**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 71.

[7] COSTA, Emília Viotti da, **Da monarquia à República**. 7ª Ed. São Paulo: Unesp, 1999. p. 166.

[8] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *op. cit.*, p. 71.

[9] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 99.

[10] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 106.

[11] **Abolição da escravatura - O fim da escravidão no Brasil**. Disponível em < <http://www.historiadobrasil.net/abolicaodaescravatura/>>. Acesso em 15 de abr. de 2011.

[12] MAIOR, Jorge Luiz Souto. Breves considerações sobre a história do direito do trabalho no Brasil. *In*: Correia, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Curso de direito do trabalho. vol. 1 : teoria geral do direito do trabalho**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 70.

[13] **Abolição da escravatura - O fim da escravidão no Brasil**. Disponível em < <http://www.historiadobrasil.net/abolicaodaescravatura/>>. Acesso em 15 de abril de 2011.

[14] COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à República**. 7ª Ed. São Paulo: Unesp, 1999. p. 166.

[15] BIAVASCHI, Magda Barros. **Direito do Trabalho no Brasil 1930-1942: A construção do sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 72.

[16] MAIOR, Jorge Luiz Souto. Breves considerações sobre a história do direito do trabalho no Brasil. *In*: Correia, Marcus Orione Gonçalves

(Org.). **Curso de direito do trabalho. vol. 1 : teoria geral do direito do trabalho.** 1ª ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 71.

[17] TOLEDO, Pompeu de. “À sombra da escravidão...”. Disponível em: <http://www.carnaxe.com.br/cronicas/escravidãos.htm> >. Acesso em 13 de abr. de 2011.

[18] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *op. cit.*, p. 71.

[19] SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraude nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. **O Trabalho: Doutrina em fascículos Mensais**, Curitiba, n. 157, mar. 2010, p. 5502-5503.

[20] *Idem., Ibid.*

[21] SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho. Vol. 1.** 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 229.

[22] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[23] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010\)](#)

[24] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VIII - busca do pleno emprego;

[25] MEIRELES, Edilton. Trabalhadores subordinados sem emprego – limites constitucionais à desproteção empregatícia. **Revista LTr**, v. 69, n.7, ju. 2005. p. 842.

[26] LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no Direito do Trabalho.** São Paulo, LTr, 2008. p. 403.

[27] SANTOS, Érika Cristina Aranha dos Santos. A fraude nas cooperativas de trabalho. **Revista LTr**. Vol. 69, nº 10, out. de 2005. p. 69-10/1250.

[28] SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraude nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. **O Trabalho: Doutrina em fascículos Mensais**, Curitiba, n. 157, mar. 2010, p. 5503.

[29] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, vol. I-Teoria Geral do Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 333.

[30] Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

[31] 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 serviço.

[32] Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

[33] Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego.

[34] Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

[35] LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. p. 405-406.

[36] SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraude nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. **O Trabalho: Doutrina em fascículos Mensais**, Curitiba, n. 157, mar. 2010, p. 5503.

[37] Todo contrato de atividade tem por ponto comum o seu objeto, que compreende a utilização da energia pessoal de um contratante em proveito de outro.

[38] SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraude nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. **O Trabalho: Doutrina em fascículos Mensais**, Curitiba, n. 157, mar. 2010, p. 5503.

[39] Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

[40] Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

[41] SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraude nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. **O Trabalho: Doutrina em fascículos Mensais**, Curitiba, n. 157, mar. 2010, p. 5504.

[42] SOARES FILHO, José. A crise do trabalho em face da globalização. **Revista LTr**, v. 66, n. 10, out. 2002. p. 66-10/1170

[43] *Idem., Ibid.*

[44] CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. **A flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil – Desregulação ou regulação anética do mercado?**. São Paulo: LTr, 2008. p. 175.

[45] CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho**. LTr: São Paulo, 2004. p. 13.

[46] *Idem., Ibid.*, p. 14.

[47] SILVA, Wilma Nogueira de A. V. da. O princípio de proteção e a flexibilização do Direito do Trabalho. **Revista LTr**, v. 71, n. 6, jun. 2007. p. 71-06/676.

[48] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 87.

[49] SILVA, Wilma Nogueira de A. V. da. O princípio de proteção e a flexibilização do Direito do Trabalho. **Revista LTr**, v. 71, n. 6, jun. 2007. p. 71-06/676.

[50] CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho**. LTr: São Paulo, 2004. p. 16.

[51] CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho**. LTr: São Paulo, 2004. p. 17.

[52] *Idem., Ibid.*

[53] CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho**. LTr: São Paulo, 2004, p. 19.

[54] REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito - situação atual**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 118

[55] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 771-772

[56] MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 77.

[57] RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**; tradução de Wagner D.Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 43-44.

[58] Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

[59] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.p. 192.

[60] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)**. Disponível em: < http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Prova.pdf> Acesso em 24.05.2011.

[61] SCHNEIDER, Jessica Marcela. **O Princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego**. Porto Alegre, 2010, 75 f., trabalho de conclusão do curso de Ciências Jurídicas e Sociais (graduação), Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 31

[62] MADRID, Fernández *apud* RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**; tradução de Wagner D.Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 339.

[63] SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 205.

[64] RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**; tradução de Wagner D.Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 339.

[65] *Idem., Ibid.*

[66] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.p. 193.

[67] SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho. Vol. 1**. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 150.

[68] Em sua obra, ressalta Américo Plá Rodriguez as possíveis divergências doutrinárias existentes em sua época acerca do reconhecimento do princípio da primazia da realidade. Destaca o autor que De Ferrari acredita ser de pouca relevância o conflito existente entre os fatos e a forma, na medida em que deve o operador do direito ater-se na

discrepância existente entre os fatos e o direito. Traz, ainda, o posicionamento de Fernández Madrid, que o nega como princípio; é de seu entendimento que apenas o princípio da proteção é, de fato, princípio, sendo todos os demais tão-somente regras de interpretação. (RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**; tradução de Wagner D.Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 364-366).

[69] MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 92.

[70] CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 99.

[71] LEAL, Larissa Maria de Moraes. Aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa-fé nas relações de trabalho – As interfaces entre a tutela geral das relações de trabalho e os direitos subjetivos individuais dos trabalhadores. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 82, dez./jan., 2007. p. 93

[72] Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[73] MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 93.

[74] LEAL, Larissa Maria de Moraes. Aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa-fé nas relações de trabalho – As interfaces entre a tutela geral das relações de trabalho e os direitos subjetivos individuais dos trabalhadores. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 82, dez./jan., 2007. p. 93

[75] RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**; tradução de Wagner D.Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 360.

[76] *Idem., Ibid.*

[77] *Idem., Ibid., p. 362.*

[78] Art. 442 – Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

[79] RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**; tradução de Wagner D.Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 362.

[80] SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 22-24.

[81] Orlando Gomes perfilha entendimento semelhante acerca do contrato de trabalho. Entende o doutrinador que o contrato de trabalho é um contrato de adesão, em que o empregado adere às cláusulas determinadas pelo empregador, sem possibilidade de discuti-las. GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 130-142.

[82] CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 99.

[83] Deve ser mencionado, no entanto, que as ideias contidas na Teoria do contrato-realidade estão presentes em diversos outros estudos na área jurídica. Veja-se: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. EXECUÇÃO FORÇADA. NOVAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INDENIZAÇÃO.

[...]

II – Se a repactuação liberatória decorre de ato normativo de instituição financeira, no qual a forma do documento não registra a declaração da credora e exige tão-somente o comportamento de aceitação pela parte contrária, enquadra-se o negócio no instituto das “relações contratuais fáticas”, ou ainda “conduta social típica” concebida originariamente pelo Direito Alemão (Haupt), pacificada e difundida como “relações obrigatórias sem declaração de vontade” (Larenz), ou “para-contratuais” (Ricca) ou “contrato-realidade” (de la Cueva) como mais se conhece no Brasil, especialmente no Direito do Trabalho e, via de consequência, estará apta a, analogamente, produzir os mesmos efeitos dos contratos em geral, por revelarem verdadeiras formas de pactuação que se ajustam às necessidades e urgências da vida moderna e que concordantemente configuram nova maneira de exteriorização de vontade negocial (Santos Briz). (negritei)

[...]

(TRF2 - SEGUNDA SEÇÃO - EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CIVEL - 227981 - 200002010125202 - Desembargador Federal ANDRÉ FONTES - DJU - Data::10/09/2002 - Página:: 78)

[84] HOFFMANN, Fernando. **O contrato-realidade e a atualidade**. Disponível em: < http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_fh_01.asp> Acesso em 03.06.2011.

[85] MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 367.

[86] DE LA CUEVA, Mario. **Derecho Mexicano Del Trabajo**. Tomo I. Mexico: Porrúa, 1970. p. 452-467.

[87] “Foi denominado o contrato de trabalho como um contrato-realidade pois existe não em virtude do acordo de vontades em abstrato, mas sim da realidade da prestação do serviço e porque sua existência é determinada exatamente pela ocorrência do trabalho” (tradução livre). DE LA CUEVA, Mario. **Derecho Mexicano Del Trabajo**. Tomo I. Mexico: Porrúa, 1970. p. 459.

[88] SCHNEIDER, Jessica Marcela. **O Princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego**. Porto Alegre, 2010, 75 f., trabalho de conclusão do curso de Ciências Jurídicas e Sociais (graduação), Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 37-38.

[89] São nesse sentido os acórdãos aqui juntados. Vejam-se:

A relação de emprego, como ensina Mario de La Cueva, caracteriza-se por ser modalidade de contrato realidade. Isto significa dizer que, independentemente da forma com a qual se pretenda mascarar o liame empregatício, sejam quais forem os papéis assinados pelos sujeitos da relação jurídica controvertida, em Juízo caberá sempre aferir se estavam ou não presentes os elementos configuradores do vínculo empregatício: a não eventualidade, a pessoalidade da prestação de serviços, a onerosidade e a subordinação jurídica do trabalhador à empresa. Ao cabo e ao fim, importa dizer que não existe mágica capaz de fazer sumir um contrato de trabalho sob o manto de disfarces formais. Recurso empresarial improvido.

(TRT-6 - RECURSO ORDINARIO: RO 833200602306005 PE 2006.023.06.00.5. Relator: Bartolomeu Alves Bezerra).

RECURSO ORDINÁRIO. HORAS EXTRAS. PROVAS. BASE DE CÁLCULO. O contrato de trabalho é, como diz Mario de La Cueva, contrato realidade, sendo correto a suplantação da prova documental pela testemunhal, quando esta apresenta-se coerente com os fatos deduzidos em juízo. Assim, se a testemunha confirma a prática do labor extra, ratificando as alegações do obreiro, tal prova será apreciada e valorada segundo o princípio da persuasão racional.

[...]

Recurso Ordinário da reclamada e adesivo conhecidos e parcialmente providos. (TRT-16: 799200801616008 MA 00799-2008-016-16-00-8. Relator(a):LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR. Julgamento: 16/03/2011. Publicação: 22/03/2011).

[90] CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 71.

[91] FONSECA, Gabriela Duarte. **Teoria das Nulidades no Processo do Trabalho**. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em 22.05.2011.

[92] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 478.

[93] MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 92.

[94] MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 368.

[95] CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 283.

[96] RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**; tradução de Wagner D.Giglio. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 262.

[97] MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 424.

MEDIDA PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA

TÉRCIO GUILHERME ALEXANDRELI BORGES DE ANDRADE: Advogado, formado pela Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

Cabe de início esclarecer a escolha do tema: “Medida Provisória e o Princípio da Anterioridade Tributária”. O tema ainda provoca discussões na doutrina pátria, sendo o objeto deste trabalho esclarecer, ainda que se há compatibilidade entre a medida provisória e o princípio da anterioridade tributária.

Medida Provisória está regulamentada no Artigo 62 de nossa Constituição Federal de 1988.

As Medidas Provisória são editadas pelo Chefe do Executivo, o Presidente da República, nada impedindo que as Constituições Estaduais por força do princípio da assimetria possibilitem tal prerrogativa legislativa também ao Governador do Estado, em mesmo sentido as Leis Orgânicas Municipais podem dispor sobre a edição de Medidas Provisórias em relação ao Chefe do Executivo Municipal.

Para que uma Medida Provisória possa ser editada serão necessários dois requisitos: Relevância e Urgência.

A Medida Provisória não é lei, porém, tem força de lei, cabendo ao Poder Legislativo convertê-la ou não em lei, após analisados e conferidos os requisitos acima expostos, podendo tais requisitos sofrer controle também por parte do Poder Judiciário, quando excepcionalmente houver abuso da função do Chefe do Executivo de Legislar ou inequívoco desvio de finalidade.

O artigo 62, §1º da Constituição Federal de 1988 traz os limites materiais explícitos à edição de Medidas Provisórias, além de outros limites espalhados pela Constituição, encontrados como por exemplo nos artigos 25, §2º, 49, 51, 52, 246, sendo estes limites implícitos.

Artigo 62, §2º da Nossa Carta Magna expressa o seguinte:

“Medida provisória que implique na instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.”

Logo, o Artigo 62, §2º autoriza à edição de Medidas Provisórias sobre tributos, inclusive instituindo-os e majorando impostos.

Porém, a questão deste trabalho, é a seguinte: Medidas Provisórias e o Princípio da Anterioridade Tributária.

Ante o exposto, explicado o instituto da Medida Provisória, é oportuno tecer acerca do Princípio da Anterioridade Tributária.

O princípio supra citado é encontrado em nossa Constituição Federal no artigo 150, III, “b”:

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

III – cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

O Princípio da Anterioridade Tributária, ou denominado por alguns doutrinadores como “Princípio da Não-Surpresa Tributária”, conforme Sacha Calmon Navarro Coelho (2005, p.23):

O princípio da anterioridade expressa a ideia de que a lei tributária seja conhecida com antecedência, de modo que os contribuintes, pessoas naturais ou jurídicas, saibam com certeza e segurança a que tipo de gravame estarão sujeitos no futuro imediato, podendo, dessa forma, organizar e planejar seus negócios e atividades.

O princípio ora analisado neste momento veda que a União, Estados e Municípios cobrem qualquer tipo de tributo no mesmo exercício

financeiro, ou antes de decorrido o lapso temporal nonagesimal contida na alínea “c” do artigo 150 da Constituição Pátria.

Acerca do Princípio Luciano Amaro esclarece (2005, p.132):

A Constituição exige, como dizíamos, que a lei que crie ou aumente o tributo seja anterior ao exercício financeiro em que o tributo seja cobrado e, ademais, que se observe a antecedência mínima de noventa dias entre a data da publicação da lei que o institui ou aumentou e data em que passa a aplicar-se.

Logo percebe-se que o princípio em comento não impede a criação, nem tampouco a majoração de tributos. Mas condiciona os efeitos tributários da lei que os instituiu ou majorou ao lapso temporal, que conforme previsto na Constituição Federal de 1988, será no próximo exercício legislativo ou decorrido noventa dias da data em que fora publicada, conforme respectivamente artigo 150, III, “b” e “c”.

Em outras palavras, o Princípio da Anterioridade Tributária pode ser comum ou nonagesimal.

O comum condiciona o efeito tributário para o próximo exercício financeiro, com o fim de garantir ao contribuinte um tempo hábil e necessário para se programar a este novo tributo, ou majoração do mesmo. Já a anterioridade tributária nonagesimal garante que esta criação ou majoração tributária produza seus efeitos somente após noventa dias de sua publicação, com o mesmo fim de garantir ao contribuinte que ele não seja pego de surpresa por este novo tributo instituído ou majoração que caíra sobre ele.

O Princípio ora objeto de estudo não é absoluto, pois comporta exceções. Conforme Silva Neto (2004, p.134):

São situações excepcionais, que não poderiam aguardar uma distância de tempo de até o ano seguinte, para sua força de vincular, como se dá em temas de comércio internacional (II e IE), de mercado

financeiro (IOF) e da produção nacional (IPI), da mesma maneira que soaria irrazoável se supusesse que a guerra ou a calamidade pública fossem aguardar pelo ano seguinte, aqui para a arrecadação do Empréstimo Compulsório ou do IEG pertinente.

Logo, o Princípio da Anterioridade Tributária poderá sofrer mitigações, situações em que o legislador colocou o interesse do Poder Público de investir a frente o citado princípio.

A questão central deste trabalho é saber a compatibilidade de Medida Provisória quanto ao Princípio da Anterioridade Tributária.

Pois bem, de início, quando o executivo se aventurou em aumentar ou criar tributos por meio de Medidas Provisórias, houve de plano críticas sobre este, questionando-se a legalidade deste ato do Poder Executivo.

O Supremo Tribunal Federal analisou a questão, num primeiro momento, a Corte Maior entendeu que o ato violava a separação dos poderes, e que os requisitos para edição de Medidas Provisórias (relevância e urgência) seriam cerceados.

O Supremo após todo o amadurecimento do tema modificou o seu entendimento entendendo que o critério de relevância e urgência seria um critério político, e que o mesmo estaria presente implicitamente na própria função da Medida Provisória. Ademais, em se tratando de sistema financeiro lhe faltaria conhecido técnico em avaliar se a instituição ou majoração de tributo seria ou não relevante e urgente, sendo de conhecimento e competência dos Secretário de Financia avaliar a situação econômica e a necessidade de majorar ou criar tributo para que produzam imediatamente seus efeitos. Quem sabe se tal tributo é ou não relevante e urgente para o Tesouro Nacional é o Secretário de Finanças, tendo ele conhecimento técnico para tanto.

O governo, passou a abusar do poder de editar Medidas Provisórias desde então, uma vez que não se convertia a mesma em lei,

ao invés disso, o governo a reeditava inúmeras vezes, chegando na sessão seguinte ainda como um Medida Provisória.

O Poder Legislativo diante desta situação alterou o artigo 62º da Constituição Federal de 1.988 por meio da Emenda Constitucional nº 32/2001.

O que se esperava desta Emenda era que não fosse permitida à edição de Medida Provisória que pudesse instituir ou majorar tributos, mas não foi isso que ocorreu.

A supra citada Emenda trouxe no corpo material da Constituição de 1.988 a possibilidade de se criar ou majorar tributo por meio de Medida Provisória.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

[...]

§2.º Medida provisória que implique na instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.”

O que foi alterado então com a incorporação deste §2.º do artigo 62º? A questão agora ficou da seguinte forma:

- Se o governo criar ou majorar tributo por meio de Medida Provisória, seus efeitos só poderão ser irradiados no exercício seguinte, ou seja, no ano seguinte, desde que a mesma tenha sido convertida em lei no ano em que fora editada. Pois, para que sejam produzidos seus efeitos não basta somente ter força de lei, mas, ser lei.

Percebe-se que se acabou com a “mania” do Estado em ficar reeditando quantas vezes quiserem a Medida Provisória, sendo necessário

para que ela produza seus efeitos no exercício seguinte ter sido convertida em lei no ano em que foi editada.

Porém, há exceções ao respeito do Princípio da Anterioridade ou Princípio da não-surpresa. São situações em que se mitiga o supra citado princípio.

As situações que permitem tal mitigação são permitidas pela Constituição Federal, situação excepcional e lógica em que a Medida Provisória irá criar ou majorar tributos e terá eficácia imediata.

Os impostos que não respeitam o Princípio da Anterioridade são os de:

-Importação;

-Exportação;

-IPI (este sofre à incidência da anterioridade nonagesimal disposta no art. 150, "b" CF/1.988);

-IOF;

-IEG;

-IMPOSTO EXTRAORDINÁRIO DE GUERRA;

Conclui-se então que a regra geral é a de que a Medida Provisória tem que virar lei, no mesmo exercício financeiro, para que produza seus efeitos no exercício subsequente.

E excepcionalmente A Medida Provisória produzirá seus efeitos imediatamente, sem que precise virar lei, não estando vinculada ao Princípio da Anterioridade, conforme exposto acima, nas situações em que os impostos estão desobrigados a Anterioridade Tributária pela própria Constituição Federal Pátria.

A FILOSOFIA MORAL DE KANT

MARIA GABRIELLE CELESTINO DIAS:
Graduanda do terceiro período curso de direito
da UEPB .

Resumo: O presente artigo tem por intento expor de maneira breve e objetiva acerca da filosofia moral de Immanuel Kant, explorando especificamente os tópicos ética e a correlação entre moral e direito. Para tanto, partimos da ideia de razão como fundamento da moral e do agir ético, os quais são o fio condutor da articulação do sistema filosófico kantiano, buscando, pois, apresentar a essência da ética no pensamento deste filósofo, onde o ser humano figura como fim absoluto. Fazendo uma ligação com a ideia de liberdade é também matéria de abordagem neste trabalho a questão da moral e do direito nos estudos de Kant. Expõe-se acerca da distinção entre moral e direito, com fundamento na autonomia daquela e da heteronomia deste.

Palavras-chave: filosofia; ética; direito; moral.

1. INTRODUÇÃO

Immanuel Kant (1724-1804), nascido em Königsberg, Alemanha, é tido como um dos maiores filósofos da modernidade, reconhecido particularmente por promover a reunião conceitual entre o racionalismo, que tem em Descartes seu maior expoente, e o empirismo, tal como apresentado por Hume, a partir da formulação do chamado criticismo Kantiano. Todavia este artigo se propõe a expor acerca de dois pontos específicos da filosofia de Kant: a ética e a relação entre moral e direito.

Até Kant, a filosofia tinha como foco a ontologia, que é o estudo do ser; depois de Kant, a filosofia passa a ter como foco a gnosiologia, que é o estudo do conhecer; na filosofia prática, determina que o homem além de ter a capacidade cognoscitiva, também possui uma faculdade racional direcionada ao agir, portanto, com esta faculdade, o homem possui um dado *a priori* (não derivado da experiência, mas da pura razão), sendo impossível de negar a existência do dever, que para Kant se expressa

através do chamado imperativo categórico, o qual é único, absoluto, e não deriva da experiência, é formal, porque ele apenas prescreve a forma da ação, independe de qualquer vontade ou finalidade. Ele preocupa-se então, em fundamentar a prática moral não na pura experiência, mas em uma lei aprioristicamente inerente à racionalidade universal humana. E relacionadas ao dever, em Kant, estão a liberdade e a vontade, a qual é absolutamente autônoma, liberta de qualquer dependência ou submissão, que só poderia manchar a pureza primitiva que a constitui; essa suprema liberdade da vontade, residirá no contexto da filosofia de kantiana, por estar vinculada ao dever, ao imperativo categórico, de modo que ele é a condição de liberdade e não de opressão do espírito; por isso precisamos do dever, da lei moral, a qual não é imanente à natureza humana, mas nos tornamos morais a partir do estabelecimento de uma lei, baseada na razão humana.

O primeiro pensador que traz a ideia de que o direito e a moral são partes divididas partes de um unitário (a exterioridade e a interioridade) é Kant; desta forma, são segregáveis, mas complementares. Segundo Kant a moral é advinda do senso comum, estando entrelaçado este conceito diretamente com o arbítrio e a lei universal da liberdade. A moral deve ser entendida como gênero, sendo a ética e o direito espécies, de maneira que o direito deve estar em conformidade com os ditames da moral. Sendo a moralidade o primeiro ponto de partida para os caminhos do direito e ética, portanto, a grande diferença entre estes, de acordo com Kant, é que a moral está ligada ao senso comum, à liberdade e ao autoconvencimento de agir conforme o dever, e o direito impõe-se mediante a coercibilidade; contudo, ao passo que a liberdade é essencial à moral, ao agir ético, o direito tem como, a finalidade última a liberdade externa; os homens se reuniram em sociedade e constituíram o Estado para garantir a liberdade, o exercício do arbítrio segundo uma lei universal (imperativo categórico).

2. ÉTICA KANTIANA

Precisamos do dever para nos tornarmos seres morais, porque apesar de sermos seres racionais e livres, valores, fins e leis morais não são espontâneos em nós, tendo em vista sermos também seres naturais, submetidos à causalidade necessária da natureza. Nosso corpo e nossa

psique são feitos de apetites, impulsos, desejos e paixões, que são a parte da natureza em nós, exercendo domínio e submetendo-nos à causalidade natural inexorável; impelindo-nos a agir por interesse. Esse interesse nos faz viver na ilusão de que somos livres e racionais por agirmos de acordo com o que julgamos ter sido decidido livremente por nós, quando, na verdade, é um impulso cego determinado pela causalidade natural. Agir por interesse é agir determinado por motivações físicas, psíquicas, vitais, à maneira dos animais. Visto que o comportamento natural costuma ser muito mais forte do que a razão, a razão prática e a verdadeira liberdade precisam dobrar nossa parte natural e impor-nos nosso ser moral.

A filosofia moral de Kant afirma que a base para toda a prática moral é a capacidade do homem de agir racionalmente, fundamentada em uma lei aprioristicamente inerente à racionalidade universal humana, que corresponde à sentença do imperativo categórico: “age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal”. Kant apresenta aqui um modo de atingir pela razão, e não pelo gosto pessoal, uma ação moral válida para o indivíduo e simultaneamente válida todos, como princípio de uma lei universal. Em suas palavras:

A universalidade da lei pela qual sucedam efeitos constitui o que se chama natureza no seu sentido mais amplo (segundo a forma); isto é, a existência das coisas, enquanto for determinada por leis universais. Resulta daqui que o imperativo universal do dever pode formular-se assim: age como se a máxima de tua ação deverá tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza.”(grifos nossos)

(Kant, Fundamentos da metafísica dos costumes, p. 70-71)

O imperativo é uma lei prático-moral que, sem pôr como condição nenhum propósito a ser alcançado por meio de uma conduta, determina essa conduta em si necessária; é categórico porque pensa uma ação como objetivamente necessária e assim a torna, não indiretamente através da representação de um fim que possa ser alcançado pela ação, mas sim através da mera representação dessa ação mesma. Todos os imperativos categóricos se expressam pelo dever (uma ação a que cada um está

obrigado), de tal modo que somente o ser dotado de razão (ser humano) tem a faculdade de proceder segundo a lei, isto é, pelos princípios. No destaque do trecho acima, depreende-se da lei geral do imperativo categórico o imperativo universal, que pela vontade do agente, manda que haja a universalidade da conduta ética na natureza, isto é, aquilo que todo e qualquer ser humano racional deve fazer como se fosse uma lei inquestionável, possível de validade para todos em todo tempo e lugar.

Kant fala-nos acerca de dois imperativos: o hipotético e o categórico, diferenciando-os:

(...) se a ação é boa só como meio para alguma outra coisa, então é o imperativo hipotético; mas se essa ação é representada como boa em si, isto é, como necessária numa vontade conforme em si mesma com a razão, como princípio de tal vontade, então é o imperativo categórico. (Kant, Fundamentos da metafísica dos costumes, p.64)

O imperativo hipotético representa a necessidade de uma ação que visa a um propósito possível ou real, de maneira que é meio para alcançar algum outro fim que se pretende. Já o categórico representa uma ação como necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro escopo, como objetivamente indispensável. Tendo em vista o núcleo do imperativo categórico, uma lei de princípios morais universais, Kant combate o relativismo moral, segundo o qual o moral, o ético depende do contexto; pelo contrário, a despeito da conjuntura, devem-se aplicar os princípios da moral universal, segundo o imperativo categórico; se a sociedade age segundo esse imperativo, ela estará tomando a decisão conjunta do indivíduo; outrossim, cada indivíduo baseando-se no imperativo categórico estará de acordo com a lei, que é a moral comum a toda sociedade, criada com assento na razão.

Por conseguinte, a ética kantiana corresponde ao compromisso racional de seguir o próprio preceito ético fundamental, o imperativo categórico, tão somente pelo fato de ser o dever. Para Kant, existe diferença entre conservar-se de acordo com o dever e segui-lo pela simples razão de se tratar do dever. O verdadeiro caráter moral refere-se à

prática do bem não por inclinação, mas sim por dever, por colocar-se de acordo com a máxima do imperativo categórico; é a famosa ética do dever pelo dever, cerne do eticismo kantiano:

A boa vontade não é boa pelo que efetivamente realize, não é boa pela sua adequação para alcançar determinado fim a que nos propusemos; é boa somente pelo querer; digamos, é boa em si mesma. Considerada em si própria, é, sem comparação, muito mais valiosa do que tudo o que por meio dela pudéssemos verificar em proveito ou referência de alguma inclinação e, se quisermos, da suma de todas as inclinações. (Kant, Fundamentos da metafísica dos costumes, p.38)

Assim, a lei é o único ambiente de liberdade para o indivíduo, porquanto dele mesmo emana a lei, e também por esta razão fora da lei a liberdade é suprimida pelo arbítrio de terceiros; dentro de suas leis, sejam morais ou sejam jurídicas, os indivíduos estão livres porque só são limitados por sua própria vontade. Onde não há lei, haverá o arbítrio de outrem a sujeitar o indivíduo.

Dentro da lei, sua liberdade está assegurada, uma vez que os outros indivíduos somente poderão agir exteriormente de modo a não ferir a sua liberdade de ação, segundo uma lei universal (imperativo categórico). A liberdade age pela razão, e a razão se realiza por meio desta. O direito é uma expressão da liberdade, um fruto da razão, é a condição da liberdade na convivência; ser livre é, de uma lado, ser capaz de resistir a todo o condicionamento sensível, interno e externo, de outro, é poder autodeterminar-se exclusivamente pela razão universal. Deste modo, o agir livre é o agir moral; o agir moral é o agir segundo o dever e o agir conforme o dever é fazer de sua lei subjetiva a lei universal do imperativo categórico. Conforme Pegoraro (1997, p.54), Kant “erige a autonomia da vontade (liberdade) como base inabalável da moralidade. A vontade livre e autolegislativa confere a si mesma a norma do agir moral”.

A vontade autônoma, como ação realizada por dever que exclui inclinações e todo objeto da vontade, exceto a lei, objetivamente, e, subjetivamente, o respeito puro em relação a essa lei, mesmo em detrimento dos próprios desejos, é a vontade que quer a si mesma na intenção de ser somente o dever que o imperativo diz ser necessário, e de constituir-se independentemente de qualquer carência interna ou externa, é a vontade do ser ético em Kant e é a base para o conceito de moralidade: a ação que se adequa à liberdade e a essa autonomia pertence à moral, já a imoralidade é a contrariedade do princípio da autonomia:

A moralidade é, pois, a relação das ações com autonomia da vontade, isto é, com a possível legislação universal, por meio das máximas da mesma. A ação que possa coadunar-se com a autonomia da vontade é permitida; a que não concorde com ela é proibida. (Kant, Fundamentos da metafísica dos costumes, p.91)

Para Kant, a felicidade é decorrente do agir ético, isto é, da observância do dever pela simples vontade de cumpri-lo; porque é dever; ela é o mérito da conformidade ao dever e pelo dever. Mas a felicidade, em si, não é a finalidade da moral, justamente porque na ética a intenção da ação é deliberada de forma autônoma, independente de outros fatores, senão que a própria vontade (querer) consciente do agente de cumprir o dever; não visa, portanto a um objetivo direto com o agir (como ocorre no imperativo hipotético). Ocorre que o comportamento ético torna-nos dignos da felicidade:

A felicidade é a satisfação de todas as nossas inclinações tanto extensive, quanto à sua multiplicidade, como intensive, quanto ao grau, e também protensive, quanto à duração. Designo por lei pragmática (regra de prudência) a lei prática que tem por motivo a felicidade; e por moral (ou lei dos costumes), se existe alguma, a lei que não tem outro móbil que não seja indicar-nos como podemos tornar-nos dignos da felicidade. (Kant, Crítica da razão pura, p.640)

A racionalidade, em Kant, faz com que o homem seja visto como um fim em si mesmo; é a razão que dá ao indivíduo a autodeterminação, de acordo com a máxima do imperativo categórico. O homem tem o princípio do domínio de si, princípio esse que tem como fundamento a sua natureza racional, que faz com que o indivíduo seja considerado como fim, ao passo que tratar alguém como meio seria afronta ao dever moral; são essas construções que nos levam a outra máxima deduzida do imperativo categórico da ética kantiana: “age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca somente como um meio”, a qual reconhece a dignidade como nota distintiva do ser humano frente a outros seres e às coisas. Reafirmando a relação entre moralidade e racionalidade, Kant afirma que, “uma vez que a moralidade não nos serve de lei senão enquanto somos seres racionais, daí se segue que ela deve valer igualmente para todos os seres racionais” (disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_c_ostumes.pdf_pág.40, acessado em 01/08/2016). Destarte, tem-se uma terceira fórmula deduzida da lei do imperativo categórico: “age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais”, isto é, a vontade que age por dever institui um reino humano de seres morais porque racionais e, portanto, dotados de uma vontade universalmente legisladora livre ou autônoma, a qual é o princípio de toda moral.

3. DIREITO E MORAL EM KANT

Direito e Moral podem ser facilmente associados se pensarmos o direito como sendo o conjunto de normas que tenta regular e organizar a vida em sociedade, solucionando os conflitos entre os indivíduos, visto que a moral é um ramo das ciências sociais que também se preocupa com o estudo de normas.

O direito e a moral são discutidos desde seu surgimento até hoje, desde a mais remota sociedade onde houve a separação do que de fato era moral, apesar de ambos terem pontos semelhantes. A separação do direito e da moral surgiu desde os pré-socráticos até os estoicos, sendo enveredada e discutida por grandes filósofos como Platão e Aristóteles,

mas tal discursão ganhou caráter de importância na época moderna, basicamente depois dos conflitos surgidos entre a igreja católica e os protestantes, que eclodiram nesta época.

Kant surge como o primeiro pensador a afirmar ser a moral autônoma (na ação moral temos o dever como o único fim do agir ético, a liberdade é fundamento da moralidade; a vontade moral é autônoma porque o indivíduo age livremente, segundo a lei universal) e o direito heterônomo (na ação segundo as normas jurídicas o agir é condicionado pela coercibilidade, portanto, não é só o dever pelo dever, a finalidade é também 'não ser punido', além de outros fins almejados; as normas devem ser cumpridas a despeito da vontade dos indivíduos, por isso são heterônomas). O Direito e a moral em Kant dividem-se em duas partes de um mesmo unitário, essas partes se relacionam à exterioridade e à interioridade, uma vez relacionado à liberdade interior e à liberdade exterior. Conforme Ricardo Terra (1998, pág. 50-52):

A moral deve ser entendida como gênero, sendo a ética e o direito espécies. Assim observa-se a necessária classificação do direito da mesma forma que ética, como parte da filosofia moral de Kant, não como um conceito diverso, como, por exemplo, separado da teoria moral, e fundamentado como um imperativo sustentado empiricamente.

Mesmo reivindicando o senso comum na base de fundamentação da metafísica dos costumes, para Kant a moralidade deve estar completamente a priori, destituída de qualquer elemento empírico na sua fundamentação ou qualquer elemento histórico, antropológico ou físico.

Kant reconhece a existência da moralidade já a partir do próprio senso comum. Na obra *A Metafísica dos Costumes* Kant conceitua o direito como "conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser reunido como o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade". Na exposição de Bobbio (1997, p. 10) acerca do direito em Kant:

O direito é a forma universal de coexistência dos arbítrios simples. Enquanto tal é a condição ou limite

da liberdade de cada um, de maneira que todas as liberdades externas possam coexistir segundo uma lei universal. Finalmente o direito é o que possibilita a livre coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade, porque somente onde a liberdade é limitada, a liberdade de um não se transforma numa não liberdade que lhe é concedida pelo direito todos os outros, e cada um podem usufruir de uma liberdade igual a dele.

De acordo com Kant, o agir ético tem um único móvel, a saber: o cumprimento do dever pelo dever, sendo assim qualificado de ação moral. Já o agir jurídico pressupõe outros fins, outras metas, e não apenas se realizar uma ação conforme a lei positiva porque se trata de uma lei positiva. Para Kant, o direito posto é cumprido pelo fato de que dele advêm sanções, penalidades às quais os indivíduos estão sujeitos se não observarem as normas jurídicas.

Consoante a filosofia kantiana, a grande diferença entre moralidade e juridicidade de uma ação é: a moralidade pressupõe autonomia, liberdade, dever e auto-convencimento; a juridicidade pressupõe coercitividade, que é a essência do direito.

4. CONCLUSÃO

Kant transfere o sujeito do conhecimento, o ser humano, para o centro de sua filosofia, e esse posicionamento irradia efeitos por todo o pensamento filosófico a partir daí, para além das consequências em suas próprias formulações: a percepção do ser humano como fim de todas as ações e não simplesmente como meio, sendo imoral o agir contrário a essa ideia; a moral como derivação de uma lei universal inerente à racionalidade humana; a liberdade e a autonomia da vontade como legisladora absoluta da norma moral que ela própria seguirá, segundo uma ação que se torne, por meio dessa vontade, em lei universal, válida para todos os seres racionais em qualquer tempo e lugar. Do imperativo categórico “age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal” extraem-se mais três formas, quais sejam: 1º “age como

se a máxima de tua ação deverá tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza”, 2º “age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca somente como um meio” e 3º “age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais”. Estas máximas aliadas à ideia do compromisso racional de seguir o imperativo categórico, tão somente pelo fato de ser o dever, a despeito de qualquer benefício ou prejuízo constituem a essência da ética kantiana.

Foi também objeto de exposição neste trabalho distinção entre moral e direito feita por Kant. O critério de distinção entre moral e direito, segundo a teoria kantiana, seria o motivo pelo qual se obedece à lei (moral ou jurídica): na legislação moral temos o dever pelo dever, é para ela mesma seu próprio fim, deveres que não estão submetidos a finalidades externas, apenas ao livre e convencido cumprimento do dever segundo uma lei universal, por isso a vontade moral é autônoma; no direito, o motivo pelo qual se obedece à norma é externo e empírico, é a possibilidade de uma coerção exterior, por isso a vontade jurídica é heterônoma. Nesse sentido, quando as leis morais forem afetas a ações meramente externas, elas serão chamadas de jurídicas. Porém, quando elas mesmas forem fundamento de determinação da ação (dever pelo dever) serão éticas. Se houver apenas uma adequação da conduta praticada à lei tem-se uma legalidade, ao passo que na ação na qual se cumpre a lei, guiada unicamente pela ideia do dever, tem-se a moralidade.

REFERÊNCIAS

http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf pág.40 (acessado em 01/08/2016).

BITTAR, C. B. Eduardo. Curso de ética jurídica: ética geral e profissional. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. Brasília: UNB, 1997.

BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural tradução de Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1997.

KANT, Immanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, s.d.

_____. Crítica da razão pura. Trad. Manuela Pinto dos Santos; Alexandre Fradique Morujão. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

PEGORARO, Olinto A. Ética e justiça. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

TERRA, Ricardo. “A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana”, in: Revista de filosofia Política V. IV. 1987.

ANÁLISE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES NO CENÁRIO FÁTICO-JURÍDICO BRASILEIRO

BÁRBARA TEIXEIRA BORGES: Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP.

RESUMO: Este trabalho versa sobre um tema de grande relevância para o direito brasileiro (em particular, o direito administrativo) e para o cotidiano do Poder Público – o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), trazido ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei 12.462/11. Focando em seu impacto na realidade fática e no cenário jurídico de nosso país, pretende o presente estudo realizar uma análise sobre os principais pontos do tema. Após abordar importantes traços da Lei do RDC (assim como a apresentação de linhas gerais sobre a Lei 8.666/93 – Lei Geral de Licitações e Contratos), as atenções serão voltadas às polêmicas sobre o regime de contratações em análise. Do levantamento bibliográfico feito sobre o assunto é possível concluir que as críticas ao Regime Diferenciado de Contratações concentram-se, principalmente, em quatro assuntos: a alegada inconstitucionalidade formal da Lei 12.462/11; a possibilidade de contratação integrada; os mecanismos de incentivo econômico do RDC (remuneração variável e contratos de eficiências) e, finalmente, o sigilo orçamentário. Não obstante as críticas e controvérsias a seu respeito, o RDC continua sendo constantemente utilizado pela Administração Pública, consolidando-se como um dos principais regimes dos quais o Poder Público lança mão para a efetivação de seus contratos.

Palavras-chave: licitações, contratos, Regime Diferenciado de Contratações, lei 12.462/11, lei 8.666/93.

Sumário: Introdução; 1. Conceituação de licitação e breve análise do procedimento licitatório pela Lei 8.666 de 1993; 2. Linhas gerais sobre o Regime Diferenciado de Contratação; 3. Peculiaridades do Regime Diferenciado de Contratações Públicas; 4. Polêmicas a respeito da Lei 12.462 de 2011; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública não pode (salvo exceções legais) realizar seus contratos de forma direta; ela deve, antes de contratar, realizar prévio procedimento licitatório. Este procedimento é previsto pelo artigo 37, XXI da Constituição Federal, encontra-se majoritariamente disciplinado pela Lei 8.666 de 1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos) e é pautado por uma série de princípios (constitucionais e infraconstitucionais).

O Regime Diferenciado de Contratações é um regime de licitações e contratos e, uma vez prevista no edital a opção por ele, restam afastadas – por disposição expressa da lei que o regula (Lei 12. 462/11) e ressalvados alguns casos previstos nesta mesma lei – as normas contidas na Lei 8.666/93.

Como será visto ao longo deste trabalho, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações é um diploma bastante utilizado no dia a dia da Administração Pública. Trata-se de lei recente e, de certa forma, polêmica, posto que boa parte da doutrina não concorda com muitos de seus dispositivos, acusando-os, não raro, de serem inconstitucionais.

1. CONCEITUAÇÃO DE LICITAÇÃO E BREVE ANÁLISE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PELA LEI 8.666 DE 1993

A Administração Pública tem como um de seus deveres manter o equilíbrio social e conduzir a máquina pública; não seria prudente, portanto, que a lei permitisse ao administrador que livremente selecionasse as pessoas a serem contratadas, posto que isto colocaria em grande risco o interesse coletivo (CARVALHO, 2014).

É a licitação um procedimento administrativo através do qual a Administração Pública, exercendo a função administrativa, abre a todos os interessados que se submetam às exigências estabelecidas no instrumento convocatório a oportunidade de que apresentem propostas – estas serão analisadas e será escolhida e aceita a mais adequada à celebração de um contrato (DI PIETRO, 2015).

Em outras palavras, a licitação nada mais é do que um procedimento administrativo prévio aos contratos da Administração Pública. Deste modo, em regra (exceções são encontradas nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação), quando ela vai contratar, deve realizar procedimento licitatório.

A licitação é determinada por lei e por um ato administrativo prévio (JUSTEN FILHO, 2011). Compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos, conforme disposto no artigo 22, XXVII da Constituição Federal de 1988:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Temos, em esfera federal, duas leis gerais de licitação: a Lei 8.666 de 1993 e a Lei 10.520 de 2002; há, também, duas leis sobre contratos administrativos: quais sejam, a Lei 8.987 de 1995 e a Lei 11.079 de 2004 (CARVALHO, 2013). Também é tomada por norma geral de licitações e contratos a Lei 12.462 de 2011, que versa sobre o Regime Diferenciado de Contratações – o RDC (CARVALHO, 2014).

Importante salientar que, muito embora a Constituição Federal diga que a competência para legislar sobre licitações seja privativa da União, a doutrina entende que tal competência é concorrente (MAZZA, 2013). Deste modo, estados e municípios têm competência legislativa suplementar em matéria de licitação (DI PIETRO, 2015).

Portanto, o fato de a União ter competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação não impede que os estados e municípios estabeleçam normas específicas, desde que obedeçam às regras das normas gerais de licitação expedidas pela União.

O procedimento licitatório visa, de acordo com o caput do artigo 3º da Lei 8.666 de 1993, atender três finalidades: garantir a observância do princípio constitucional da isonomia nas contratações públicas (desde que sejam atendidos os requisitos exigidos, qualquer um pode contratar com o Poder Público); selecionar a proposta mais vantajosa para a administração (em respeito à indisponibilidade do interesse público, a Administração não pode deixar de contratar a melhor proposta e contratar uma pior) e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Importante ressaltar que não há predileção ou hierarquia entre as três finalidades vistas acima, devendo ser concomitantemente observadas sempre que o ente público realizar procedimento licitatório (CARVALHO, 2014).

Por fim, também o caput do artigo 3º da Lei 8.666 de 1993 nos traz que são princípios básicos da licitação os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade (não se confunde com publicação, pois esta é somente uma das formas de se fazer publicidade), da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório (que vincula não apenas o licitante, mas a própria Administração Pública), do julgamento objetivo (o critério a ser utilizado para julgar e escolher o vencedor deve estar objetivamente posto no instrumento convocatório, não sendo admitidas surpresas) e dos que lhes são correlatos.

2. LINHAS GERAIS SOBRE O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO

Instituído pela Lei 12.462 de 2011, o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), é uma modalidade de licitação que, em seus primórdios, se voltava a prover rapidez às contratações necessárias para o cumprimento de obrigações contraídas pelo Estado brasileiro, na qualidade de sede de importantes eventos esportivos mundiais (SANTANA, 2014).

Assim, o RDC é uma nova modalidade de licitação, não se confundindo com as outras já existentes.

O Regime Diferenciado de Contratações teve inspiração nas normas de contratação da União Europeia, dos Estados Unidos da América e nos procedimentos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), assim como na legislação brasileira regulamentadora das contratações através de pregão e Parceria Público Privada – PPP (RABELO, ROCHA & SILVA, 2014).

A supracitada lei foi editada objetivando definir procedimento licitatório e de instrumentalização singular para contratos fundamentais à efetuação dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol (FIFA) 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014; restringiu-se, no tocante às obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como para as contratações de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até trezentos e cinquenta quilômetros das cidades sedes dos referidos campeonatos mundiais (CARVALHO, 2014).

Relevante observar não ser obrigatória a utilização do RDC para a construção dos estádios, obras de infraestrutura e aeroportos. O Poder Público deve escolher o regime de contratação que lhe aparentar cabível, podendo, inclusive, optar pelos da Lei 8.987 de 1995, da Lei 11.079 de 2004 ou da Lei 8.666 de 1993 – regime de concessão e permissão de serviço público; regime de parcerias-público-privadas e regime de empreitada, respectivamente (DI PIETRO, 2015).

Deve-se salientar que a escolha da aplicação do RDC constará expressamente no instrumento convocatório e acarretará na dispensa das normas da Lei 8.666/93, que não terá aplicação subsidiária a não ser nas situações especificadas pela Lei 12.462/11 (CARVALHO, 2014).

A lei que instituiu o RDC já passou por algumas alterações. A primeira foi pela Lei 12.688/12, que acrescentou ao regime as contratações indispensáveis ao cumprimento das ações incluídas no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); a segunda, pela Lei 12.722/12, que fez o RDC ser passível de aplicação também às licitações e contratos

necessários à efetivação de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

Merece atenção a Lei 12.745/12, que determinou que o RDC pudesse ser utilizado em contratações relativas a execução de obras e serviços de engenharia no campo do Sistema Único de Saúde (DI PIETRO, 2015).

A Lei 13.190/2015, por sua vez, acrescentou à Lei de RDC a possibilidade de este regime diferenciado ser usado nos casos de contrato de locação sob medida – a chamada built to suit (CAVALCANTE, 2015). A mesma lei estendeu o RDC à licitação e contratação nos seguintes casos: obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; ações no âmbito da segurança pública; obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de pesquisa, ciência e tecnologia.

Por fim, recentemente, com a edição da Lei nº 13.243/2016, o RDC também passou a ser aplicável às licitações e contratos necessários à realização das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

Possui quatro objetivos o RDC, quais sejam: aumento da eficácia nas contratações públicas e ampliação da competitividade entre os licitantes; promoção de troca de experiências e tecnologias visando a melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; estímulo da inovação tecnológica e garantia de tratamento isonômico entre os licitantes, além da escolha da proposta mais vantajosa para a administração pública (MAZZA, 2013).

Por fim, cumpre ressaltar que, assim como na Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93), na Lei 12.462/11 o procedimento licitatório também uma comissão de licitação (podendo ser permanente ou especial) fica a cargo do procedimento licitatório (DI PIETRO, 2015).

Segundo o artigo 34 da Lei 12.462/11, esta comissão é majoritariamente formada por servidores ou empregados públicos que estejam nos quadros permanentes dos órgãos ou entidades da administração pública encarregados do procedimento. Diz o §1º do supramencionado artigo que normas relacionadas às atividades das comissões de licitação e da comissão de cadastramento sobre a qual versa a Lei 12.462/11 serão estabelecidas em regulamento. Esta regulamentação encontra-se no Decreto nº 7.581/11 (DIAS, 2014).

Os membros dessa comissão, segundo a letra da lei, devem responder solidariamente por atos praticados pela comissão, sendo essa responsabilidade solidária afastada nos casos em que a posição individual discordante de membro estiver registrada na ata da reunião na qual tenha sido tomada a decisão.

3. PECULIARIDADES DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Criado com a função primordial de possibilitar efetividade a procedimentos de licitação, o Regime Diferenciado de Contratações trouxe consigo, para a concretização deste objetivo, muitos novos métodos; dentre eles, podemos destacar a possibilidade de escolha da marca ou modelo (CARDOSO & CORRALO, 2015).

De acordo com o art. 7º, I da Lei 12.462/11, permite-se a indicação de marcas nos casos de licitação para aquisição de bens, sob a condição de que isso deve ser justificado formalmente e que derive de três situações.

A primeira situação decorre da necessidade de o objeto seja padronizado. A segunda, ocorre quando mais de um fornecedor comercialize certa marca (ou modelo) que seja a única com capacidade de atender as demandas da entidade contratante.

A terceira hipótese é aquela na qual a descrição do objeto a ser licitado pode ser compreendida de forma melhor pela identificação de certa marca ou modelo adequado a servir como referência, situação em que se fará obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor

qualidade”. Neste caso, o poder público não vai indicar a marca que tem a intenção de adquirir – ele apenas irá a utilizar como referência, de modo que os licitantes compreendam as especificações do bem que a entidade deseja obter (CARVALHO, 2014).

Assim como ocorre com a Lei 8.666/93, a lei do RDC define que o edital de licitação estabelecerá qual o critério de julgamento a ser utilizado para a escolha do vencedor do certame. O RDC possui critérios de julgamento diferentes dos previstos na Lei Geral de Licitações e Contratos; enquanto a Lei 8.666/93 prevê os tipos menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta, a Lei 12.462/11 prevê como critérios de julgamento menor preço ou maior desconto, técnica e preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, maior oferta de preço e maior retorno econômico (MELO, 2016).

Caso haja empate entre duas ou mais propostas, o artigo 25 da Lei 12.462/11 traz os critérios de desempate. Importante salientar que esses critérios apenas são utilizados após garantir-se a preferências das microempresas e das empresas de pequeno porte, conforme o parágrafo único do supracitado artigo (DI PIETRO, 2015).

São critérios de desempate no RDC, nesta ordem: disputa final (em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada em ato contínuo à classificação); a avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes (desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído); os critérios estabelecidos no [art. 30 da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991](#), e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e, por fim, sorteio.

Regulamentado pela Lei 12.462/11, o procedimento de licitação passa pelas seguintes fases: preparatória (que ocorre da mesma maneira que a fase interna da Lei 8.666/93); publicação do instrumento convocatório (não há exigência de que o instrumento seja publicado em jornal de grande circulação, mas essa possibilidade também não é vedada. Ademais, para contratação de bens e serviços, inclusive de engenharia, de até oitenta mil reais ou para execução de obras de até cento e cinquenta mil reais, dispensa-se publicação em Diário Oficial – somente é necessária

publicação no sítio eletrônico); apresentação de propostas ou lances (serão desclassificadas as propostas que se enquadrem em alguma das situações trazidas pelo artigo 24 da Lei 12.462/11); julgamento (por um dos critérios previamente adotados no instrumento convocatório); habilitação (saliente-se que, se o edital previr a inversão de fases, a habilitação dos licitantes será realizada antes da apresentação de propostas); recurso (deve ser interposto em até cinco dias úteis, a contar da data de intimação ou de lavratura da ata, garantindo-se aos licitantes vista dos dados essenciais à proteção e defesa de seus interesses) e, finalmente, o encerramento (CARVALHO, 2014).

A Lei 12.462/11 admite que haja parcelamento do objeto a ser contratado – em seu artigo 4º, inciso VI, a citada prevê a possibilidade de parcelamento do objeto, intentando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

Também é possível, no regime diferenciado em estudo, que haja a contratação integrada. A contratação de forma integra surge para fazer com que o procedimento seja mais eficiente, tanto sob a ótica técnica quanto financeira, conferindo maior liberdade ao particular contratado (SANTANA, 2015).

Na contratação integrada não existe anexo ao instrumento convocatório do projeto básico que foi aprovado pela autoridade competente, uma vez que a contratação já abarca a feitura e o desenrolamento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, montagem, realização de testes, pré-operação e os demais procedimentos essenciais e hábeis voltados à entrega final do objeto do contrato – assim, no lugar de projeto básico, o que se terá no instrumento convocatório será anteprojecto de engenharia, não havendo aqui, deste modo, a proibição prevista no art. 9º, I da Lei 8.666/93 (MELO, 2016). Na contratação integrada, portanto, a Lei 12.462/11 prevê a possibilidade de se contratar uma única empresa para ser responsável pela realização do projeto básico, do projeto executivo e pela obra.

A lei do RDC também prevê que, na hipótese em que o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por

mais de um contratado, ou caso a múltipla contratação seja conveniente para atender à Administração Pública, a contratação simultânea poderá ser realizada, devendo o Poder Público ter controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada um dos contratados (CARVALHO, 2014).

A pré-qualificação é um dos procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto na 12.462/11. No Regime Diferenciado de Contratações, há a faculdade de que seja instituída pré-qualificação permanente, sendo proveitoso à Administração no tocante à celeridade do processo e à diminuição dos riscos da contratação (RABELO, ROCHA & SILVA, 2014). O artigo 30 da Lei do RDC trata da pré-qualificação permanente, que será feita antes da licitação, poderá ser parcial ou total e terá validade máxima de um ano, podendo, a qualquer tempo, ser atualizada.

No art. 40 da Lei 12.462/11 encontramos a possibilidade de contratação de proposta que não a vencedora do procedimento licitatório, algo inimaginável em uma licitação ordinária (estabelecida pela Lei 8.666/93), posto que, neste último caso, a Administração Pública poderia convocar os demais licitantes para contratar, porém nos termos da proposta vencedora (MAZZA, 2013).

No Regime Diferenciado de Contratações é possível que (desde que prevista no instrumento convocatório e no contrato, motivada pelo ente contratante e respeitado o limite de orçamento) haja definição de remuneração variável ao particular contratado relacionada ao desempenho deste (CARVALHO, 2014). Cumpre lembrar que, na Lei 8.666/93, a remuneração devida a particular contratado deve ser fixa, estabelecida conforme a proposta vencedora da licitação.

No tocante às sanções administrativas, de acordo com a Lei 8.666/93, em seu artigo 87, III, a Administração Pública pode punir o contratado (após, evidentemente, defesa prévia) com suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos. A Lei 12.462/11 inovou no que diz respeito ao prazo, e o estendeu para cinco anos somente no

tocante ao impedimento de licitar e contratar com União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo necessário chamar atenção para o fato de que as hipóteses de aplicação desta sanção estão listadas de forma taxativa em lei (DI PIETRO, 2015).

4. POLÊMICAS A RESPEITO DA LEI 12.462 DE 2011

Apesar de todas as novidades elogiadas (em sua maior parte visando a desburocratização e a celeridade de procedimentos licitatórios e contratuais), a Lei 12.462/11 também sofre duras críticas, havendo muitos que põe em dúvida a viabilidade desta em assegurar a eficiência e até mesmo garantir a base principiológica determinada pela Constituição Federal (DIAS, 2014).

Podemos citar como primeira crítica as alegações de inconstitucionalidade da supracitada lei.

A respeito da Lei 12.462/11, há duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) em trâmite no Supremo Tribunal Federal contra ela – ADI 4.465 e ADI 4.655 –, ambas ajuizadas em 2011; uma de autoria de um grupo de partidos políticos e a outra de autoria do Procurador-Geral da República (PEREIRA, 2015).

Em resumo, as mencionadas ADIs questionam se a Medida Provisória nº 527/11 (de cuja conversão resultou a Lei 12.462/11) observou os pressupostos de urgência e relevância cruciais à sua edição e se incidiu em abuso do poder emendar a Medida Provisória e, assim, incorreu em violação do devido processo legislativo (GARCIA, 2015).

A Advocacia-Geral da União (AGU) dirigiu ao Congresso Nacional, no próprio ano de 2011, nota técnica defendendo a constitucionalidade formal do referido diploma (LAVOR, PERSSON & PORTO, 2016).

As ADIs em análise ainda não foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e, quando o forem, formarão importante julgado; não só pelo tema em tela (referente ao RDC), mas também em relação à possibilidade de serem emendadas medidas provisórias com teores diferentes quando da sua conversão em lei (GARCIA, 2015).

A segunda controvérsia no tocante à Lei 12.462/11 seria o regime de contratação integrada previsto por ela.

Como visto anteriormente no presente estudo, o regime de contratação integrada, previsto pela Lei 12.462/11, possibilita à empresa contratada elaborar o projeto básico da obra e a execução dela, objetiva transferir ao contratado o desenvolvimento do projeto básico e executivo, além de concretizar a obra oriunda deste projeto; nisso, a citada lei do RDC diverge da Lei 8.666/93, que prevê a divisão em no mínimo duas licitações distintas, sendo uma para a contratação do projeto básico e outra para a execução das obras (BRAZ, OLIVEIRA & NETO, 2015).

A crítica a este instituto gira em torno de que a contratação integrada seria uma desvantagem do Regime Diferenciado de Contratações, uma vez que a ausência de projetos adequados acarretaria em prejuízo ao Erário e a permissão de que uma única empresa realizasse os dois projetos (quais sejam, o projeto básico e o projeto executivo) poderia facilitar a utilização do projeto básica como forma de aquisição de benefícios no projeto executivo, e isso violaria o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular (MELO, 2016).

Terceiro ponto de críticas à Lei do Regime Diferenciado de Contratações são os mecanismos de incentivo econômico – os contratos de eficiência E a remuneração variável (SANTANA, 2014).

A Lei 12.462/11 estabeleceu critério de julgamento chamado melhor retorno econômico e sua utilização provoca um contrato de eficiência (PEREIRA, 2015).

Os contratos de eficiência trazem uma grande vantagem: o Poder Pública remunera o contratado parcialmente, baseando-se na economia gerada à Administração (KRAWCZYK, 2012). Deste modo, havendo resultado positivo, causando ganho econômico para a Administração, essa vantagem será transformada em adicional pecuniário para o contratado (SANTANA, 2014). Por outro lado, se o contratado não alcançar a economia contratada, ele terá que suportar a diferença, por meio de

desconto de sua remuneração ou através do pagamento de multa (PEREIRA, 2015).

A remuneração variável, por sua vez, trata-se de um equilíbrio no pagamento feito pelo Poder Público com fundamento no desempenho do contratado para a execução do contrato (caso seja positivo, há bônus; negativo, descontos) e são passíveis as variáveis de qualidade, prazos de entrega e sustentabilidade, tudo devendo ter respaldo em metas e ser restrito ao orçamento da contratação (GARCIA, 2015).

Criticam-se o contrato de eficiência e a remuneração variável posto que há a possibilidade de que nestes dois institutos sejam usados critérios subjetivos para que o contratado seja beneficiado e isto poderia dar margem a caracterização de vantagens ilícitas; por outro lado, quando se pode determinar critérios objetivos de aferição desses benefícios, torna-se possível a inovação benéfica para a Administração Pública (SANTANA, 2014).

Por fim, como quarto ponto de polêmica envolvendo o RDC, temos o sigilo orçamentário.

Até que haja a conclusão da licitação, a Lei 12.462/11 estabeleceu que o sigilo orçamentário deve ser mantido, sendo isto uma vantagem trazida pelo RDC sobre a Lei Geral de Licitações e Contratos, já que o sigilo do orçamento estimado tem por finalidade permitir ao Poder Público a análise de que propostas serão realmente executadas, posto que os licitantes não irão moldar suas propostas conforme o orçamento estimado, mas sim de acordo com a capacidade de execução que têm (MELO, 2016).

Há, todavia, parcela da doutrina que acusa o sigilo do orçamento de violar o princípio da publicidade, expresso na Constituição Federal de 1988, alegando que a fase recursal será essencialmente prejudicada, principalmente, no tocante aos derrotados no certame, posto que parcela das alegações de defesa poderiam ter por base o cálculo usado para confecção do orçamento da administração, não sendo, portanto, possível argumentar sobre aquilo que não se conhece (SANTANA, 2014).

Além do exposto acima, os críticos do sigilo orçamentário chamam atenção para o fato de que, sendo o orçamento mantido em segredo e, naturalmente, havendo parcela de servidores públicos detentores desses dados privilegiados, poderia haver repasse de informações sigilosas a particulares por meio dos agentes públicos (GARCIA, 2015).

CONCLUSÃO

Como visto, Regime Diferenciado de Contratações surgiu no cenário jurídico brasileiro com o advento da Lei 12.462/11. Originou-se da necessidade de desburocratização e conseqüente celeridade para que fossem feitas licitações prévias a contratos relacionados a grandes eventos esportivos mundiais dos quais o Brasil seria sede. Contudo, o legislador, após a edição da referida lei, criou novas hipóteses às já previstas.

A Lei 12.462/11 prevê um regime de licitação e contratos quase que completamente diferente do previsto na Lei 8.666/93 (poucos são os pontos semelhantes) e tem regras inovadoras, na medida em que elimina óbices à rapidez procedimental licitatória e contratual ao mesmo tempo em que deve obediência aos mesmos princípios norteadores da Lei Geral de Licitações e Contratos.

Apesar de todas as críticas analisadas neste trabalho, constata-se que o RDC continua em voga, sendo muito utilizado no cotidiano do Poder Público. É pouco provável que o referido regime de contratações sofra grandes cerceamentos, posto que é um dos mais importantes no atual cenário fático-jurídico nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 1988.

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 02 ago 2016.

_____. **Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/l12462.htm>. Acesso em: 02 ago 2016.

BRAZ, Rômulo Torres; OLIVEIRA, Hércules Alberto de; NETO, José Antônio Pessoa. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a eficácia do Regime de Contratação Integrada das obras públicas: experiência Infraero.** In: VIII Congresso CONSAD de Gestão Pública, Brasília-DF, 2015. Disponível em: <<http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1318/1/REGIME%20DIFERENCIADO%20DE%20CONTRATA%C3%87%C3%95ES.pdf>>. Acesso em: 20 ago 2016.

CARDOSO, Bruna Lacerda; CORRALO, Giovani. Os reflexos da reforma gerencial no regime diferenciado de contratações públicas: a implementação do mecanismo da remuneração variável. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 7, n.13, p. 564-585, jul/dez. 2015. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista14/reflexosGiovaniBruna.pdf>>. Acesso em 20 maio 2016.

CARVALHO, Matheus. **Direito Administrativo – 1ª e 2ª fases da OAB**. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 13.190/2015: amplia o objeto da RDC e prevê o built to suit na Administração Pública. **Dizer o Direito, 23 de novembro de 2015**. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/11/comentarios-lei-131902015-amplia-o.html>. Acesso em: 10 de setembro de 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2015.

DIAS, Vinícius Santana. **Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações: Análise sobre a publicidade do orçamento, regime de empreitada e fase recursal dos sistemas**. 2014. 75 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/9821/1/2014_ViniciusSantanaDias.pdf. Acesso em: 03 jun 2016.

GARCIA, Daniel Piccoli. **Constitucionalidade e análise crítica da contratação integrada prevista pelo Regime Diferenciado de Contratações públicas – RDC**. 2015. 87 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/133955/TCC%20UFSC%2c%20Daniel%20Piccoli%20Garcia%2c%20Contrata%C3%A7%C3%A3o%20integrada%20RDC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 jun 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

KRAWCZYK, Rodrigo. [Contratação Pública Diferenciada: RDC. Revista Jus Navigandi](#), Teresina, [ano 17, n. 3190, 26 mar. 2012](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21370>>. Acesso em: 10 set 2016.

LAVOR, Alfredo Kleper Chaves; PERSSON, Erik; PORTO, Ricardo da Silveira. O RDC como nova aposta da administração pública gerencial em licitações: o caso da Universidade Federal de Santa Catarina. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 67, n.1, p. 55-84, jan/mar. 2016. Disponível: <<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/639/751>>. Acesso: 30 maio 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELO, Thayana Licassali. **Análise Comparativa da Lei 8.666/93 e do RDC**. 2016. 58 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2102/Monografia_THAYANA%20LICASSALI%20MELO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 jun 2016.

PEREIRA, Marcel. **Regime Diferenciado de Contratações: Aspectos Constitucionais e Inovações trazidas ao campo das licitações públicas**. 2015. 72 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10942/1/2015_MarcelPereira.pdf>. Acesso em: 03 jun 2016.

RABELO, Gilson Portela; ROCHA, Herlandson Eduardo; SILVA, Alan Holanda. O regime diferenciado de contratação e suas inovações para a Gestão Pública. **E-Gaia Conhecimento**, Caxias, v.2, n. 2, jul./ dez. 2014. Disponível em: <<http://www.faionline.edu.br/periodicoeletronicos/index.php/e-gaia-conhecimento-volume-2/article/viewFile/25/43>>. Acesso em: 20 maio 2016.

SANTANA, Daniel Nascimento. **As principais diferenças entre a lei de licitações e contratos (Lei 8.666/93) e Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12. 462/11)**. 2016. 21 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Tiradentes, Aracaju, 2015. Disponível em: <<http://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1620/TCC%20DEFINITIVO.pdf?sequence=1> >. Acesso em: 01 jun 2015.

SANTANA, Rodrigo Dalvi. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas e aspectos relacionados ao sigilo do orçamento**. 2014. 68 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6097/1/21030526.pdf> >. Acesso em: 20 jun 2016.

O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

MARINA ROCHA PIMENTA: Advogada graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e pós-graduada em Direito Ambiental pela Faculdade Milton Campos.

RESUMO: O assédio moral, também denominado psicoterror ou coação moral, não é fenômeno recente na sociedade e nas relações de trabalho, mas que, com o passar dos anos e com o desenvolvimento econômico e de novos meios de produção, intensificou-se e se fez tornar cada vez mais presente no mundo do trabalho. As consequências nefastas do assédio moral não se limitam à esfera pessoal das vítimas, mas alcança o meio ambiente de trabalho e a sociedade como um todo. No entanto, a reflexão e o debate sobre o tema no cenário mundial são recentes. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo conceituar esse fenômeno e as diversas formas pelas quais se exterioriza (modalidades de assédio moral), trazer um panorama histórico e as implicações sociais e, ainda, refletir sobre as formas possíveis de enfrentamento, por meio das ferramentas jurídicas disponíveis em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Assédio moral. Relações de trabalho. Ferramentas de combate.

ABSTRACT: Bullying, also called psychoterrorism or moral coercion, is not a recent phenomenon in society and in working relationships, but which, over the years and with economic development and new means of production, intensified and became increasingly present in the world of work. The harmful consequences of bullying are not limited to the personal sphere of the victims but reach the working environment and society as a whole. However, reflection and debate on the theme on the world stage are recent. In this sense, the objective of this study is to conceptualize this phenomenon and the different ways in which it is externalized (modalities of moral harassment), to bring a historical panorama and the social implications, and also to reflect on the possible forms of confrontation, through legal tools available in our legal system.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O assédio moral. 1.1. A trajetória dos estudos sobre o assédio moral. 1.2. Conceito e denominações do assédio. 1.3. Os

sujeitos do assédio moral. 1.4. Elementos caracterizadores do assédio moral. 1.5. Modalidades de assédio moral. 2. Consequências do assédio moral. 2.1. Impactos na vida e na saúde do trabalhador. 2.2. Consequências do assédio moral para a empresa e para o Estado 3. Proteção jurídica e legal conferida ao trabalhador vítima do assédio moral. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. É seu objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e rege-se, nas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos.

A Constituição Federal determina que ninguém será submetido à tortura nem tratamento desumano ou degradante. Enumera os direitos sociais dos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano e estabelece como finalidade daquela assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Esses dispositivos permitem inferir que a dignidade da pessoa humana é objeto de especial atenção do legislador constituinte. O cidadão trabalhador é frequentemente cogitado nas normas mencionadas, que se completam com os preceitos protetivos da Consolidação das Leis do Trabalho e demais diplomas legais que tutelam a atividade laboral.

Alice Monteiro de Barros afirma que

“Sob o pretexto de dirigir a empresa e, em consequência, de impor sanções ao trabalhador, o empregador não poderá desconhecer direitos básicos do empregado previstos na legislação

trabalhista e previdenciária, nas normas coletivas, no regulamento interno das empresas, no contrato individual e, principalmente, na Constituição, onde estão inseridos os direitos fundamentais, cerne do ordenamento jurídico e cuja existência está calcada na dignidade humana, vista como 'um ente da razão que basta-se a si mesma'.^[1]”

Nesse sentido, o contrato de trabalho comporta, com absoluta primazia, a obrigação de respeito à dignidade da pessoa humana. Entretanto, são recorrentes os casos em que se pode observar violação a esse princípio constitucionalmente assentado, sendo uma de suas manifestações o assédio moral.

É sobre esse tipo de violência contra o trabalhador – o assédio moral - que o presente estudo versará. O assédio moral, também denominado psicoterror ou coação moral, de acordo com MARIA APARECIDA ALKMIN, é uma forma de violência psíquica praticada no local de trabalho, e que consiste na prática de atos, gestos, palavras e comportamentos vexatórios, humilhantes, degradantes e constrangedores, de forma sistemática e prolongada, que pode ter como sujeito ativo o empregador ou superior hierárquico, um colega de serviço, ou um subordinado, com clara intenção discriminatória e perseguidora, visando eliminar a vítima da organização do trabalho.^[2]

Importante ressaltar que o assédio moral não é um fenômeno novo, pelo contrário, existe desde o surgimento da relação de trabalho, a partir do momento em que o ser humano sentiu a necessidade de vender a sua mão de obra. Contudo, o que há de novo sobre esse fenômeno é que, com o passar dos anos, com o desenvolvimento econômico e de novos meios de produção, ele se intensificou e se fez tornar cada vez mais presente no mundo do trabalho.

No contexto do mundo do trabalho hodierno, em que vigoram os postulados neoliberais, assiste-se ao recrudescimento de uma tendência que vai de encontro à implementação da dignidade do trabalhador. Enquanto as empresas se horizontalizam, para se adequar à

competitividade global do mundo pós-moderno, o trabalhador também absorve a lógica da competitividade dentro de seu ambiente de trabalho.

A competição entre os trabalhadores se desenvolve em virtude da própria filosofia (neo)liberal, que induz, de forma sutil – porém não menos agressiva – a produtividade multifuncional do empregado e plenitude da eficiência, característica do modelo toyotista de produção.

Trazendo tal realidade para o âmbito nacional, seu agravamento afigura-se inevitável, posto que mais da metade da população economicamente ativa se encontra à margem da tutela justralhista. O desespero reverbera não só entre aqueles que não têm ocupação, mas também entre os ocupados, sempre receosos em perder o emprego.

Diferentemente da remota existência do assédio moral no âmbito laboral, a reflexão e o debate sobre o tema no cenário mundial são recentes. Somente nas últimas décadas do século XX é que veio a ser identificado como um fenômeno destruidor do ambiente de trabalho, motivo pelo qual se torna necessário o seu estudo aprofundado.

A razão norteadora do interesse em analisar o assédio moral é a de elucidar os fundamentos e conseqüências da violência psicológica aplicada freqüentemente aos indivíduos no ambiente onde desenvolvem suas atividades profissionais, calcada no temor, no medo, na disputa, na inveja e na concorrência presente no ambiente de trabalho.

O estudo do assédio moral justifica-se pela importância do elemento humano no contexto organizacional. Cumpre buscar conhecer os motivos pelos quais essas práticas comportamentais persistem na atualidade. Visa, também, resgatar o valor do bem-estar do empregado como elemento essencial na relação de emprego e configurar o ambiente tranquilo e harmônico como imprescindível para o bom desempenho no trabalho.

A relevância deste estudo está vinculada ao esclarecimento da definição conceitual do assédio moral, considerando-se suas implicações sociais na produtividade e nos resultados operacionais, bem como seus impactos nas condições físicas, psíquicas, morais e existenciais da vítima.

A importância dessa abordagem reside, ademais, na correlação entre o assédio moral e a caracterização do dano moral dele decorrente como uma violação à dignidade da pessoa humana e, mais especificamente, à integridade física e psíquica do trabalhador. Da lesão a tal direito fundamental decorrem nefastas alterações ao aspecto intersubjetivo do trabalhador, que podem, inclusive, levá-lo à incapacidade.

Como consectário dessa ilação, exsurge o direito à indenização trabalhista, decorrente do processo de humilhações, que também será objeto da investigação proposta.

Cabe, ainda, nesta pesquisa, refletir sobre as formas possíveis de se enfrentar o fenômeno do assédio moral, que possam, de acordo com Márcia Novaes Guedes,

permitir o reconhecimento público da vulnerabilidade da pessoa humana e o despertar moral da sociedade tomando como posição ativa e solidária na construção de diques contra a banalização do mal, da qual todos sairão ganhando, inclusive as organizações.”^[3]

O tema em análise é de extrema relevância social, uma vez que está presente no cotidiano de todos aqueles que estão inseridos no mercado de trabalho. Por isso, faz-se necessário analisar o assunto frente à doutrina, à jurisprudência e à legislação (ainda que incipiente) brasileiras contemporâneas.

1. O ASSÉDIO MORAL

1.1 A TRAJETÓRIA DOS ESTUDOS SOBRE O ASSÉDIO MORAL

Não há dúvidas de que a Juíza do Trabalho MÁRCIA NOVAES GUEDES - autora da obra “*Terror Psicológico no Trabalho*”^[4] - foi pioneira em nosso país ao trazer a lume, de forma completa e profunda, o estudo sobre o assédio moral no ambiente de trabalho.

Em sua obra, além de oferecer uma particular análise sobre o contexto brasileiro, a autora proporciona aos leitores uma noção de como a abordagem sobre assédio moral se desenvolveu nos outros países, que, a partir de agora, passaremos a desvelar.

No ano de 1984, o sueco HEINZ LEYMANN publicou um ensaio científico demonstrando as conseqüências do “*mobbing*” na esfera neuropsíquica do trabalhador que é sujeitado a humilhações constantes em seu ambiente de trabalho. Como parâmetro para seus estudos, Leymann considerou que, para haver a caracterização do “*mobbing*” o trabalhador deveria sofrer agressões psicológicas provenientes de seu superior ou de seus colegas com a frequência de, pelo menos, uma vez por semana, durante o prazo mínimo de seis meses.^[5]

Após concluir essa pesquisa e, diante da constatação de que esse mal acometia 3,5% da população economicamente ativa da Suécia, o cientista foi além: passou a desenvolver formas de diagnosticar e curar as vítimas desse mal.^[6]

LEYMANN é, hoje, considerado a maior autoridade sobre o assunto em todo o mundo, na medida em que os estudos e o tratamento por ele desenvolvidos causaram tamanho impacto na Europa que, a partir daí, muitos outros cientistas se encorajaram em debruçar sobre esse fenômeno e, assim, promover novas pesquisas.^[7]

Como conseqüência da efervescência de estudos sobre o tema, novas e alarmantes estatísticas foram divulgadas e, governos como, por exemplo, o da Alemanha inovaram, na medida em que implementaram medidas de atendimento médico e psicológico destinadas às vítimas do assédio moral no ambiente de trabalho. Ainda, o tema ganhou tanto destaque que a Vitimologia (“*ciência cujo objetivo consiste em analisar as razões que levam a um indivíduo a torna-se vítima, os processos de vitimização, as conseqüências a que induzem e os direitos que se podem pretender*”^[8]) foi elevada a disciplina autônoma nas cadeiras universitárias^[9].

Já HARALD EGE, alemão residente na Itália, levou grande contribuição sobre o assédio moral a esse país. Foi o responsável pela edição do primeiro livro publicado na língua italiana que versava sobre o tema e, também, foi o fundador da destacada “PRIMA – Associazione contro il Mobbing e lo Stress Psicossociale”.[\[10\]](#)

A referida associação possui como objetivos precípuos o diagnóstico e a assistência às vítimas do assédio moral. Porém, também tem a meta a promoção de cursos de formação profissional e de autodefesa, assim como incentivar a produção intelectual concernente ao tema[\[11\]](#).

Os esforços de Ege foram, de fato, muito efetivos, ao passo que na Itália de hoje são promovidos, com frequência, congressos e seminários para debate sobre o assunto e, além disso, é possível encontrar vasta produção científica sobre o tema.[\[12\]](#)

No que tange à divulgação e ao encorajamento para que as vítimas do assédio moral não mais permaneçam caladas e denunciem os abusos praticados contra elas, foram impulsionadas, certamente, pela publicação da obra “Assédio Moral – A Violência Perversa do Cotidiano”[\[13\]](#), de autoria da vitimóloga francesa MARIE-FRANCE HIRIGOYEN, e que foi lida por trabalhadores de todo o mundo.[\[14\]](#)

O aspecto interessante dessa obra foi que ela não foi lida tão somente pela comunidade intelectual, mas, sobretudo, pelos trabalhadores em geral, que se identificaram e se interessaram pelo tema, bastante recorrente em seu cotidiano. [\[15\]](#)

É curioso perceber que, no caso da França, a absorção do conteúdo dessa obra pelos trabalhadores teve consequência quase que imediata: parte deles se sensibilizou, promovendo greves que tinham como escopo a exigência do respeito à dignidade, sobretudo de cunho moral e psicológico do trabalho.[\[16\]](#)

Um dado interessante é que a autora recebeu tantas correspondências de trabalhadores que relataram as diversas humilhações por eles sofridas que, em apenas dois anos, Marie-France editou nova

obra, dando continuidade a suas abordagens sobre o tema: “*Mal Estar no Trabalho – Redefinindo o Assédio Moral*”.[\[17\]](#)

No Brasil, o estudo científico publicado de maior relevância é a dissertação de mestrado da médica MARGARIDA BARRETO, que, de acordo com MÁRCIA NOVAES representa o “*primeiro estudo que encara a violência moral no trabalho tendo como móvel a doença decorrente do acidente de trabalho, doença ocupacional ou doença de trabalho*”.[\[18\]](#)

CONCEITO E DENOMINAÇÕES DE ASSÉDIO MORAL

A origem da palavra assédio vem do latim – *obsidere* - que significa pôr-se diante, sitiá-lo ou atacar. A própria definição já indica que o assédio carrega em si a noção de agressividade do algoz em direção a sua vítima. Assim, emprega-se o termo assédio para designar toda conduta que cause, no mínimo, constrangimento psicológico ou físico a uma pessoa.

Conforme já esposado na introdução do presente trabalho, busca-se, aqui, fazer um estudo específico sobre uma das modalidades de assédio - o assédio moral concentrado no ambiente de trabalho.

MARIE-FRANCE HIRIGOYEN assim define o assédio moral:

(...) toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho[\[19\]](#).

Nessa mesma linha de pensamento, MÁRCIA NOVAES GUEDES destaca que o assédio moral significa:

(...) todos aqueles atos comissivos ou omissivos, atitudes, gestos e comportamentos do patrão, da direção da empresa, de gerente, chefe, superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude contínua e ostensiva perseguição que

possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas, morais e existenciais da vítimas[20].

O assédio moral é, portanto, de acordo com SÔNIA MASCARO DO NASCIMENTO, reiterações de condutas abusivas que afrontam diretamente a dignidade psíquica do trabalhador, expondo-o a constrangimentos e humilhações, aptos a ofender profundamente sua personalidade, dignidade ou integridade psicológica, deteriorando por completo o ambiente laboral[21]. ALICE MONTEIRO DE BARROS destaca que, no Brasil, a expressão mais conhecida que denomina o fenômeno acima conceituado é “assédio moral”. Ressalta, também, a existência de outras acepções, tais como *bullying* (Inglaterra), *mobbing* (Itália, Alemanha e países escandinavos), *harassment* (Estados Unidos), *ijime* (Japão), *harcèlement moral* (França), *psicoterror laboral ou acoso moral* (em países de língua espanhola), terror psicológico, tortura psicológica ou humilhações no trabalho (em países de língua portuguesa)[22].

1.2 . OS SUJEITOS DO ASSÉDIO MORAL

Para entender melhor a dinâmica do assédio moral, imperioso se faz identificar os três sujeitos dessa relação perversa: a vítima, o agressor e os espectadores.

Os agentes dessa violência podem ser: um colega que agride outro colega , o superior que agride seu inferior hierárquico e o inferior que agride seu superior.

Entretanto, MÁRCIA NOVAES GUEDES destaca que todos eles possuem uma característica marcante comum: a perversidade. De acordo com a autora, o desejo de vingança, ao se sentir lesado, é algo que é despertado, em determinadas circunstâncias, em todas as pessoas. Ocorre que os sujeitos perversos têm esse sentimento como regra de vida: “a perversidade implica estratégia de utilização e depois de destruição do outro, sem a menor culpa”. [23]

De acordo com ALICE MONTEIRO DE BARROS:

O perfil do assediador moral, em princípio, é o de uma pessoa perversa. A provocação que exerce sobre a vítima leva-a a ultrapassar os seus limites. O perverso só consegue existir e ter uma boa auto-estima humilhando os outros. Em regra, utiliza-se de um “tom doutoral”, dá a “impressão de saber”, usa palavras técnicas sem se preocupar com o sentido, demonstra uma erudição superficial e argumentos incoerentes.

Quanto às vítimas, MARIE-FRANCE HIRIGOYEN afirma que não são pessoas portadoras de qualquer patologia ou fragilidade. Pelo contrário, são aqueles empregados dedicados, que trabalham com perfeccionismo e que colocam óbice às atitudes autoritárias de seu superior hierárquico.^[24]

São os empregados possuidores de bom senso, pessoas genuínas, de boa-fé, repletas de qualidades morais e profissionais. Assim, pelo fato de se destacarem, de serem diferenciadas e admiradas é que são escolhidas pelo perverso^[25].

Entretanto, não é possível concluir que somente as pessoas que apresentam o perfil acima traçado são passíveis de serem escolhidas como vítimas do assédio moral. Sendo o perverso uma pessoa cuja personalidade é inegavelmente desequilibrada, não há como prever quem será o escolhido para concentrar as agressões.

Quanto aos espectadores do assédio moral, MÁRCIA NOVAES GUEDES nos ensina que são muitos os que estão indiretamente envolvidos na situação:

são todas aquelas pessoas, colegas, superiores, encarregados da gestão pessoal, que, querendo ou não, de algum modo participam dessa violência e a vivenciam ainda que por reflexo. Dentre os espectadores distinguem-se os conformistas passivos e os conformistas ativos. Os conformistas são espectadores não envolvidos diretamente na

ação perversa, mas têm sua responsabilidade porque nada fazem para frear a violência psicológica desencadeada pelo sujeito perverso, ou, muitas vezes, atuam ativamente, favorecendo claramente a ação do agressor.

Assim, os espectadores que, a par da situação de vulnerabilidade da vítima, não fazem nada para ajudá-la, têm o condão de contribuir para que as agressões persistam, fazendo com que a destruição da vítima aconteça mais rapidamente.

1.4. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO ASSÉDIO MORAL

A legislação brasileira ainda é incipiente em se tratando do assédio moral nas relações de trabalho. Desta feita, para que se faça uma correta distinção do que é e o que não é assédio moral, devemos tomar a doutrina como base.

RODOLFO PAMPLONA FILHO aduz que dos conceitos construídos pela doutrina é possível extrair quatro elementos que, concomitantes, caracterizam o instituto do assédio moral: a) Conduta abusiva; b) Natureza psicológica do atentado à dignidade psíquica do indivíduo; c) Reiteração da conduta; d) Finalidade da exclusão.^[26]

O art. 187 do Código Civil de 2002 dispõe que:

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.

Muitas vezes, as situações constrangedoras a que o ser humano é submetido dentro do ambiente de trabalho são interpretadas como decorrência natural do contrato de trabalho, ocorridas em prol da defesa da atividade econômica desempenhada.^[27]

Contudo, quando as ordens emanadas se tornam excessivamente severas, as brincadeiras extrapolam o limite do razoável e a intimidade é constantemente violada, há a configuração de conduta ilícita, descrita no

texto de lei acima anotado, que é elemento essencial para a configuração do assédio moral.

No que tange à natureza psicológica do assédio moral, ela reside na violação aos direitos da personalidade do indivíduo, com prática de atos atentatórios à sua dignidade psíquica.^[28]

SONIA MASCARO DO NASCIMENTO tece considerações sobre a conduta de quem pratica o assédio moral:

sempre se verifica agressiva e vexatória, capaz de constranger a vítima, trazendo nela sentimentos de humilhação, inferiorização, afetando essencialmente a sua auto-estima^[29].

MÁRCIA NOVAES GUEDES corrobora com esse entendimento, dizendo que as diversas condutas humilhantes do agressor têm o objetivo perverso de destruição psíquica, emocional e existencial da vítima. ^[30]

Quanto à necessidade de reiteração das condutas, é cediço que “a violação ocasional da intimidade, particularmente verificada na revista corporal e de objetos pessoais, não é assédio moral”^[31]

ALICE MONTEIRO DE BARROS ressalta que não se deve confundir o assédio moral com outros conflitos existentes no ambiente de trabalho, que se dão de forma esporádica, nem mesmo confundir com más condições de trabalho, pois para que se configure o assédio moral, faz-se necessário que o comportamento violento do agressor seja premeditado e ocorra durante um período suficientemente prolongado para desestabilizar psicologicamente seu alvo^[32].

Como bem esclarece o acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, no Acórdão nº 9029/200, nos autos do processo de nº 1142.2001.006.17.00.9:

a humilhação repetitiva e de longa duração interfere na vida do assediado de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e relações

afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou mesmo a morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações e condições de trabalho.^[33]

Assim, a violência e a perseguição reiterada praticadas contra a vítima, para que cause um verdadeiro impacto em sua vida, deve se estender ao longo do tempo. Porém, não há como determinar o tempo exato para que as agressões reiteradas configurem o assédio moral, pois o momento em que o dano se instala varia de acordo com a personalidade da vítima.^[34]

O último elemento elencado por PAMPLONA FILHO é a “*finalidade de exclusão*”. De acordo com ele, esse fim pode se manifestar de forma implícita ou explícita. Quando ocorre de forma explícita, não há qualquer dificuldade na verificação de sua ocorrência. Porém, quando a finalidade de exclusão se dá implicitamente, sua detecção não é simples: os fatos levados a juízo pela vítima são uns, porém a intenção declarada em público pelo agressor (comumente o superior hierárquico), é a diametralmente oposta: alega-se que o objetivo daquela conduta era a motivação do trabalhador, o estímulo a melhorar.^[35]

Sobre o tema, SÔNIA MASCARO DO NASCIMENTO leciona que:

o objetivo principal do assédio moral é a exclusão da vítima, seja pela pressão deliberada da empresa para que o empregado se demita, aposente-se precocemente ou ainda obtenha licença para tratamento de saúde, bem como pela construção de um clima de constrangimento para que ela, por si mesma, julgue estar prejudicando a empresa ou o próprio ambiente de trabalho, pedindo para ausentar-se ou para sair definitivamente

FRANCISCO MARQUES trouxe à tona um esclarecedor exemplo de mecanismo de exclusão do empregado do ambiente de trabalho: os Programas de Desligamento Voluntário (PDV). De acordo com ele, 90%

dos empregados que aderem a esse programa se arrependem, pois somente o fizeram em virtude de coação, de medo de serem demitidos, de serem transferidos para localidades distantes[36].

1.5. MODALIDADES DE ASSÉDIO MORAL

A doutrina é pacífica quanto à classificação do assédio moral, que pode se manifestar na forma vertical, em que a conduta pode se dar no sentido ascendente ou descendente, ou na forma horizontal.

O assédio moral vertical, do tipo descendente, é a forma mais freqüente de terrorismo psicológico, verificado durante a execução do contrato de trabalho, em que a violência é praticada pelo superior hierárquico em direção a seu subordinado. Ademais, pode ser utilizado como uma verdadeira estratégia visando a eliminar dos quadros da empresa aqueles empregados indesejados. [37]

Sobre essa forma de prática do assédio moral, SONIA MASCARO DO NASCIMENTO considera que:

o que se verifica no assédio vertical é a utilização do poder de chefia para fins de verdadeiro abuso de direito do poder diretivo e disciplinar, bem como para esquivar-se de conseqüências trabalhistas. Tal é o exemplo do empregador que, para não ter que arcar com as despesas de uma dispensa imotivada de um funcionário, tenta convencê-lo a demitir-se ou cria situações constrangedoras, como retirar sua autonomia no departamento, transferir todas suas atividades a outras pessoas, isolá-lo do ambiente, para que o empregado sintá-se de algum modo culpado pela situação, pedindo sua demissão. [38]

MARIE-FRANCE HIRIGOYEN esclarece que essa situação é muito comum no contexto atual, “em que se busca fazer crer aos assalariados

que eles têm que estar dispostos a aceitar tudo se quiserem manter o emprego”. [39]

Já o assédio moral vertical da modalidade ascendente ocorre bem mais raramente do que a modalidade descendente. Ele se verifica quando o hierarquicamente inferior age com o intuito de agredir o seu superior hierárquico.

A respeito dessa modalidade de assédio moral, MARIE-FRANCE HIRIGOYEN cita um exemplo esclarecedor: um empregado que, por muitos anos, desempenhou suas funções com zelo e eficiência foi promovido a um cargo de responsabilidade, e, assim, seus antigos colegas passaram a ser seus subordinados. Pelo simples fato de ter sido promovido, tornou-se o alvo de hostilidade e de atitudes que, claramente, visavam prejudicá-lo, tais como não lhe entregar a correspondência, extravaiar arquivos, escutar conversas pessoais. [40]

RODOLFO PAMPLONA FILHO ressalta que o assédio moral ascendente se dá com maior freqüência no setor público que no setor privado. Isso se explica pelo fato de que muitos desses trabalhadores gozam de estabilidade em seus postos de trabalho, não estando, portanto, submetidos ao medo freqüente de perderem seus empregos [41].

Quanto ao assédio moral praticado da forma estratégica, em que se busca que o trabalhador tome a iniciativa do afastamento, sabe-se que é praticada com maior freqüência no setor público do que no setor privado. Isso se explica, novamente, pelo fato de os ocupantes de cargos públicos serem detentores de estabilidade. Os assediadores, querendo se ver longe de suas vítimas, já que não podem demití-las, praticam as mais variadas agressões para que aquela pessoa por si só desista do seu ofício e decida se retirar.

E, quanto ao assédio moral horizontal, esse se caracteriza pela “perseguição desencadeada pelos colegas de trabalho [42]”.

Destaque-se que o preconceito é o fator que, na maioria das vezes, impulsiona as práticas de agressão ao companheiro de trabalho. O assediado é alguém que possui etnia, raça, orientação sexual, opinião

política ou religiosa diferente da do assediador e, por isso, é escolhido como vítima das agressões. As agressões podem, também, ser desencadeadas por situações de inveja e inimizade entre colegas, ou simplesmente porque um deles é preferido pelo chefe.

Ressalte-se que essas situações de hostilidade e agressão entre colegas ganham espaço no ambiente laboral, na medida em que as empresas revelam-se incapazes de coibir tal tipo de violência e de assegurar aos trabalhadores que sua individualidade será respeitada.^[43]

2. CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL

2.1. IMPACTOS NA VIDA E NA SAÚDE DO TRABALHADOR

Na definição da Organização Mundial de Saúde, saúde é o estado completo de bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de doença ou enfermidade. Segundo MÁRIO DE MAGALHÃES, citado por SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA:

saúde é um estado em que o indivíduo tem o vigor físico para o desempenho das atividades normalmente esperadas dos indivíduos de sua idade, não apresenta alterações na estrutura e no funcionamento de seus subsistemas (órgãos e aparelhos) que causem dor ou desconforto ou possam ser origem de doença, e mantém harmonia e equilíbrio em suas funções mentais suficientes para uma vida normal de relações com seus semelhantes, dentro da cultura a que pertence.^[44]

Dessa definição, infere-se que, para que o indivíduo seja considerado saudável é necessário que, além de ter suas funções fisiológicas funcionando perfeitamente, ele esteja em pleno estado de bem estar mental, que lhe permita enfrentar com tranquilidade os desafios inerentes à vida em sociedade.

Baseando-se em CHRISTOPHE DEJOURS, SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA tece considerações sobre o que seria o estado de completo bem estar mental:

seria melhor considerar o completo bem-estar mais como um ideal, ou mesmo uma ficção, do que uma realidade. Nesta perspectiva, a saúde não seria um estado, mas um objetivo que se remaneja sem cessar. Não é alguma coisa que se tem ou não se tem, mas que se tenta conquistar sempre e que se defende, como a liberdade.^[45]

E prossegue, citando CHRISTOPHE DEJOURS:

A saúde mental não é, seguramente, a ausência de angústia, bem o conforto constante e uniforme. A saúde é a existência da esperança, das metas, dos objetivos que podem ser elaborados. É quando há o desejo. O que faz as pessoas viverem é o desejo e não só as satisfações. O verdadeiro perigo é quando o desejo não é mais possível. Surge, então, o espectro da depressão, isto é, a perda do tônus, da pressão, do elã. A psicossomática mostra que esta situação é perigosa, não somente para o funcionamento psíquico, mas também para o corpo: quando alguém está em um estado depressivo, seu corpo defende-se menos satisfatoriamente e ele facilmente fica doente. Esse renomado autor, em outras palavras, descreve que o trabalhador merece em seu ambiente de trabalho todo o respeito possível e, acima de tudo, ser tratado sob o prisma constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).^[46]

Nesse contexto, de exaltação da necessidade de preservação da dignidade do trabalhador e de sua saúde, reside a preocupação com a freqüência com que casos de assédio moral se verificam no ambiente laboral e os males provocados na vida do trabalhador que é vítima das agressões.

Sabe-se que o objetivo das atitudes do perverso é desestabilizar emocionalmente a vítima. Entretanto, aquele que se submete ao assédio moral sofre as conseqüências mais nefastas possíveis, não restritas ao aspecto psíquico. Sobre esse aspecto, MÁRCIA NOVAES GUEDES tece as seguintes considerações:

Os distúrbios podem recair sobre o aparelho digestivo, ocasionando bulimia, problemas gástricos diversos e úlcera. Sobre o aparelho respiratório a queixa mais freqüente é a falta de ar e sensação de sufocamento. Sobre as articulações podem ocorrer dores musculares, sensações de fraqueza nas pernas, sudorização, tremores, como também ataques de pânico, depressão, dificuldade de concentração, insônia, perda de memória e vertigens. Sobre o coração os problemas podem evoluir de simples palpitações e taquicardias para o infarto do miocárdio. E o enfraquecimento do sistema imunológico reduz as defesas e abre as portas para diversos tipos de infecções e viroses[47].

Ademais, os transtornos psíquicos e físicos sofridos afetam diretamente a vida social, familiar e afetiva do assediado, instalando uma genuína crise nesses relacionamentos. Sabemos que, na nossa sociedade, o trabalho é tido como principal fonte de reconhecimento do indivíduo. Então, se a pessoa não está satisfeita, se está passando por um momento traumático em sua vida profissional, ela involuntariamente descarrega todas suas tensões e frustrações naqueles que são mais próximos.

A vítima se torna “*amarga, lamurieta e desagradável*”[48] e, para agüentar as pressões e humilhações, não são raros os casos em que recorrem ao álcool, às drogas, aos anti-depressivos e até ao suicídio.

ALICE MONTEIRO DE BARROS considera que os sintomas psíquicos e físicos manifestados variam um pouco entre as vítimas, dependendo de seu sexo:

As mulheres, em geral, são sujeitas a crises de choro; são também mais sujeitas a palpitações, tremores, tonturas e falta de apetite, enquanto os homens (100% deles) têm sede de vingança, idéia e tentativa de suicídio, falta de ar e passam a fazer o uso de drogas.[49]

Muito interessante a passagem da obra de MARIE-FRANCE HIRIGOYEN em que ela faz uma descrição da evolução do comportamento do indivíduo que sofre as agressões no ambiente de trabalho. A autora constata a existência de uma seqüência de reações esboçadas pelas vítimas ao longo de todo o processo de verdadeiro massacre, que pode ser agrupadas em fases, quais sejam: a renúncia, a confusão, a dúvida, o estresse, o medo, o isolamento, o choque, a descompensação, a separação e a evolução[50].

A fase de “renúncia” é o momento em que agressor e agredido formam uma espécie de aliança: o perverso ataca com pequenas atitudes, paulatinamente desestabilizando a vítima e essa, ao perceber que há algo errado acontecendo, submete-se às atitudes do agressor, sob o temor de que ocorra algum conflito ou ruptura no ambiente de trabalho[51].

Uma vez instalada a relação de perversidade, em que a vítima se submete ao seu agressor em prol do relacionamento existente entre eles, ela vai se tornando cada vez mais confusa. Essa “confusão” é marcada pela incapacidade de o agredido esposar qualquer reação: “*A confusão é geradora de estresse. Fisiologicamente, o estresse chega ao máximo quando se está imobilizado, prisioneiro de uma grande incerteza*”. É aí que se verifica o esvaziamento da vítima, em que ela perde, de fato, sua essência e sua capacidade de reação[52].

Quando já não há mais mascaramento da violência, quando já é cristalina aos olhos da vítima e das testemunhas o que está realmente ocorrendo, ela passa por um processo de “dúvida”. Tenta-se explicar o porquê de isso estar acontecendo e o que poderá ser feito para que a situação cesse. As vítimas “*são as únicas a levar a culpa, os agressores são sempre inocentados*”. [53]

A fase do “estresse” decorre da dificuldade que a vítima tem de aceitar a situação de submissão em que se encontra, experimentando constante sentimento de tensão em seu interior. Quando esse estresse se prolonga, é provável que distúrbios venham a se instalar em seu organismo, tais como palpitações, sensações de opressão, perturbações do sono e digestivas, irritabilidade. Ela se vê sem capacidade de se defender, o que agrava ainda mais sua condição[54].

Em determinado momento, o “medo” ganha espaço e a vítima, buscando se esquivar da violência que é praticada contra ela tenta ser cada vez mais gentil com seu assediador, imaginando que toda a perversidade pode ser desfeita com amor e carinho. Entretanto, o efeito pretendido não é atingido, na medida em que o perverso se sente cada vez mais instigado a destruir por completo sua vítima que ainda não “entregou os pontos”. [55]

Por não conseguir exprimir e assumir todo o sofrimento que atravessam, as vítimas sentem-se só, ingressando na fase de “isolamento” absoluto.

Já o “choque” ocorre no momento em que a vítima se dá conta de que está sofrendo as agressões, quando adquire consciência de que estão participando de um jogo de manipulação. *“Encontram-se, então, desamparadas e feridas. Tudo desmorona”*. Nessa fase, ficam na expectativa de receber um pedido de desculpas, que jamais virá[56].

Durante o momento de “descompensação”, o assediado, ciente de sua posição de agredido, começa a sofrer perturbações freqüentes e duradouras, assim como desvios em seu caráter. *“Apresentam um estado ansioso generalizado, perturbações psicossomáticas, ou um estado depressivo”*. Nessa fase, há vítimas que tentam o suicídio ou pensam a esse respeito. Também começam a aparecer respostas fisiológicas, tais como úlcera, fraqueza, emagrecimento involuntário e doenças de pele.[57]

A fase de “separação” reflete o momento em que as agressões se tornam cada vez mais claras e, às vítimas, só lhes restam duas opções de reação: continuar se submetendo às agressões ou lutar para se afastar. As

que preferem permanecer e enfrentar a situação, escolhem, ao invés de procurar um tratamento psicoterapêutico sério e duradouro, afogar-se em medicamentos antidepressivos e tranqüilizantes. Os que decidem se separar por iniciativa própria assim o fazem com imenso pesar e sentimento de culpa. Não raras vezes, por terem desistido, sofrem retaliação do seu agressor: *“No meio profissional, não é raro que um processo seja movido contra a vítima, que será sempre culpada de tudo – por exemplo, de ter levado um documento importante.”*^[58]

A “evolução” dos transtornos se manifesta mesmo que a vítima tenha se afastado do seu agressor, mesmo que tenha se desligado do seu antigo emprego. Há quem supere o sofrimento vivido sem adquirir seqüelas psíquicas significativas, dando prosseguimento normal à sua vida. Entretanto, em outros casos, a tentativa de esquecimento dos fatos pode levar ao aparecimento de distúrbios emocionais, de agressividade repentina, de estresse pós traumático. Comumente, essas vítimas revivem as imagens e as sensações das agressões sofridas no passado e sentem a necessidade de falar sobre os acontecimentos traumatizantes. Sofrem distúrbios de sono e alimentares, e, só de cogitarem buscar um novo emprego, têm ataques de ansiedade excessiva^[59].

Dessa maneira, é possível perceber a intensidade e a gravidade com que o assédio moral se instala na vida de um indivíduo, experiência que ficará indelevelmente marcada em sua história.

2.2. CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL PARA A EMPRESA E O ESTADO

O assédio moral deve ser enxergado como um fenômeno destruidor do ambiente de trabalho, trazendo males não somente ao trabalhador que é vítima das agressões, mas também à organização empresarial e ao Estado.

Considerando o ponto de vista da empresa, RODOLFO PAMPLONA FILHO aponta três principais conseqüências negativas do assédio moral: o custo do absenteísmo, a queda da produtividade e a rotatividade da mão de obra.^[60]

Os empregados que são vítimas do assédio moral comumente ausentam-se do serviço. Injustificadamente, na medida em que buscam evitar o encontro com seu algoz ou, muitas vezes, mediante a apresentação atestados médicos, que comprovam os transtornos psíquicos que lhe foram causados e a conseqüente necessidade de afastamento do local de trabalho. Em se tratando de trabalhadores especializados, a ausência é ainda mais prejudicial à empresa, ao passo que é difícil proceder à substituição imediata[61].

A queda da produtividade é conseqüência quase que imediata quando se verifica a ocorrência do assédio moral no ambiente de trabalho. Não é razoável exigir que um trabalhador constantemente violentado tenha a tranqüilidade para desempenhar suas funções normalmente. Outrossim, essa situação gera grande perturbação e intranqüilidade quando chega ao conhecimento dos demais trabalhadores da empresa, que, certamente, não cumprirão seus afazeres com o mesmo esmero e perfeição de antes, diminuindo, significativamente, a lucratividade da empresa[62].

Outrossim, as circunstâncias que envolvem o assédio moral, muitas vezes, tornam insustentável a permanência do empregado em seu posto de trabalho, carecendo, portanto, ser transferido ou desligado. A rotatividade da mão de obra gera custos, geralmente não previstos pelo empregador em sua folha orçamentária, na medida em que terá que arcar com o pagamento de verbas rescisórias e treinamento de novos empregados[63].

No que concerne ao Estado, percebe-se que ele é igualmente afetado e onerado pela ocorrência do assédio moral. Os males causados à saúde do trabalhador decorrentes do assédio moral são considerados como doença do trabalho, equiparado pelo art. 20 da Lei n. 8.219/91 ao acidente de trabalho[64]. A referida lei assegura o pagamento de benefício previdenciário ao trabalhador que está licenciado do trabalho por período superior a quinze dias. Dessa forma, não há dúvidas de que esse alto custo é repassada à Sociedade.

MÁRCIA NOVAES GUEDES relata a experiência sueca, que aprovou uma lei visando enxugar os custos com a saúde pública:

Em 1994 foi aprovada uma lei de Reabilitação Profissional que obriga o empregador a apresentar um plano de reabilitação à Previdência Social. A finalidade dessa lei é transferir os custos da reabilitação à origem, em que as condições ambientais desajustadas causaram os mesmos custos. É uma forma de obrigar as empresas a não só renunciarem às práticas abusivas, como também adotarem medidas de combate à violência psicológica.^[65]

Iniciativas como essa, mormente em um país como o Brasil, são uma alternativa interessante para que os prejuízos advindos da conduta perversa sejam arcados pelo próprio agente causador, desonerando, portanto, a sociedade como um todo.

3. PROTEÇÃO JURÍDICA E LEGISLATIVA CONFERIDA AO TRABALHADOR VÍTIMA DO ASSÉDIO MORAL

O objetivo do presente capítulo é analisar os institutos jurídicos e legislativos existentes em nosso ordenamento, que podem servir como ferramentas de combate e de punição quando verificada a prática do assédio moral.

Sabemos que a legislação brasileira ainda é incipiente ao tratar do fenômeno do assédio moral, sobretudo se fizermos uma comparação com países como França e Suécia, que editaram leis específicas sobre o tema.

SÔNIA MASCARO DO NASCIMENTO informa que a Suécia aprovou, no ano de 1993, a “Ordenação do Conselho Nacional Sueco de Saúde e Segurança Ocupacionais”, que tem como conteúdo medidas de prevenção contra o assédio no ambiente de trabalho. Nesse ato, restou estabelecido:

ao empregador incumbe "propiciar que cada empregado tenha o maior conhecimento possível sobre suas atividades e seus objetivos; informações regulares e reuniões no local de trabalho ajudarão a alcançar esse objetivo". Acrescenta ainda como

obrigação do empregador "fornecer aos gerentes e supervisores treinamento pessoal em assuntos ligados às normas trabalhistas, aos efeitos de diferentes condições de trabalho na experiência de cada empregado, aos riscos decorrentes da interação e dos conflitos em grupos, e às qualificações necessárias para resposta rápida, em casos de stress ou de crise". Por fim, afirma que entrevistas individuais e trabalhos em grupo devem ser estimulados, com conversas francas, abertas e respeitosas.[\[66\]](#)

A ordenação sueca focaliza o assédio como risco laboral e apresenta um caráter essencialmente técnico e preventivo[\[67\]](#).

No que tange à legislação francesa, SÔNIA MASCARO DO NASCIMENTO tece as seguintes considerações:

A França foi o país pioneiro a instituir uma lei propriamente dita em seu ordenamento jurídico na busca de coibir o assédio moral, uma vez que a norma editada pelo governo sueco possui feições administrativas. A normatização atinente ao assédio moral encontra-se no Capítulo IV da Lei 2002-73 de Modernização Social promulgada em 17 de janeiro de 2002, cujos artigos 168 a 180 e 224 alteram e inserem várias disposições no Código do Trabalho francês, bem como no próprio Código Penal. Inicialmente, a lei insere o art. L. 120-4 no Código do Trabalho dispondo que o contrato de trabalho é executado de boa-fé. Segue estabelecendo, resumidamente:

-a vedação do assédio moral pela degradação deliberada das condições de trabalho do empregado, bem como a proteção à testemunha que haja presenciado a conduta referida e a

nulidade de pleno direito da ruptura do contrato que advier do assédio (art. L.

122-49);

- possibilidade de sanção disciplinar ao empregado que praticar o assédio (art. L. 122-50), cabendo ao empregador tomar as medidas preventivas necessárias (art. L. 122-51);

-no caso de litígio envolvendo a ocorrência de assédio moral, caberá ao empregado (à vítima, no caso) apresentar os elementos indicativos da existência do assédio. Por outro lado, cabe ao réu provar que os fatos alegados não constituem assédio, estando justificados por elementos objetivos. O juiz poderá requisitar todas medidas necessárias ao seu convencimento. (art. L. 122-52);

-os sindicatos das empresas poderão atuar em juízo em favor de empregado da companhia nos casos que envolvam assédio moral, desde que haja acordo escrito (art. L. 122-53);

-insere uma seção no Código Penal denominada "Do assédio moral", estabelecendo uma pena de 01 (um) ano de reclusão, bem como o pagamento de uma multa no valor de 15.000 (quinze mil) Euros àqueles que praticarem o assédio moral (art. 222-33-2);

-prevê um procedimento de mediação que pode ser iniciado pela vítima de assédio moral ou sexual.

O mediador é uma pessoa escolhida fora do âmbito da empresa e que tenha reconhecida idoneidade moral ou competência na prevenção desses males. Sua função é tentar reconciliar as

partes pessoalmente, elencando cláusulas escritas a que as mesmas deverão se submeter no intuito de colocar um fim ao assédio. Se frustrada a tentativa de reconciliação, o mediador deve informar as partes sobre as sanções previstas, bem como sobre as garantias processuais que visam proteger a vítima do assédio.

-acrescenta ao art. L. 230-2 a expressão “psíquica e mental” referente à proteção da saúde do trabalhador[68].

No contexto brasileiro, cidades como Natal (RN), São Paulo (SP), Cascavel (PR) e Americana (SP), editaram leis cuja finalidade precípua é proteger os servidores públicos municipais do terror psicológico no trabalho.

É de se indagar se o conteúdo dessas leis poderia ser estendido aos trabalhadores comuns, por meio da analogia. Todavia, isso não parece ser possível, porque, de acordo com o art. 22, inciso I, da Constituição Federal vigente, a competência para legislar sobre matéria trabalhista é exclusiva da União[69].

Assim, as referidas leis municipais, de cunho estritamente administrativo, continuarão a reger tão somente a relação entre o servidor público municipal e a Administração Pública.

A ilustre Professora ALICE MONTEIRO DE BARROS, sobre a falta de legislação específica sobre o tema, sugere:

O ideal seria, portanto, uma norma de âmbito federal inserida na CLT combatendo o assédio, à semelhança da legislação francesa. Além de estabelecer medidas de prevenção, essa norma deveria coibir o assédio moral com a nulidade da dispensa, da transferência, da demissão ou da punição disciplinar nele fundada, facultando à parte

prejudicada a rescisão indireta, tudo isso sem prejuízo da indenização pelos danos ocasionados (material e/ou moral), já que o assunto é tratado de forma incompleta pelo legislador nacional^[70].

Entretanto, não podemos dizer que o trabalhador celetista brasileiro esteja totalmente desprotegido quanto ao terror psicológico praticado no ambiente laboral.

A Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT, prevê no artigo 483 as hipóteses em que o empregado pode considerar rescindido seu contrato de trabalho, que lhe conferirá os mesmos direitos a que aquele que foi despedido sem justa causa faz jus. Eis o texto do artigo 483, da CLT, *in verbis*:

O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às forças do empregado, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou estranhos ao contrato;
- b) o empregado for tratado pelo empregador, ou por seus superiores hierárquicos, com rigor excessivo;
- c) correr o empregado perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador, ou seus prepostos, contra o empregado,
ou pessoas de sua família, ato lesivo a honra e boa fama;
- e) o empregador, ou seus prepostos, ofenderem o empregado fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- f) o empregador reduzir o trabalho do empregado, sendo este por peça ou tarefa, de

forma a afetar consideravelmente a importância dos salários.

Da leitura do referido artigo é possível vislumbrar que as atitudes praticadas pelo assediador podem, sim, encaixar-se às condutas descritas nas alíneas do referido artigo, sobretudo as de letras *a*, *b*, *c*, *d* e *e*. Ademais, o trabalhador assediado poderá ver seu contrato de trabalho rescindido e pleitear indenização correspondente.

Ressalte-se que, muito embora o assediado possa se valer da rescisão indireta, essa garantia não é, por si só, suficiente para reparar todo o mal por ele sofrido. Pelo contrário, o afastamento pode significar uma derrota para a vítima, que percebe que o objetivo de seu algoz, que era o de vê-la longe do ambiente de trabalho, foi realmente alcançado.

Ademais, o art. 483 da CLT também prevê a possibilidade de o trabalhador que tenha seu contrato extinto por meio da rescisão indireta possa pleitear indenização.

Entretanto, a indenização a que o empregado assediado faz jus não deve se basear tão somente na previsão do art. 483, da CLT, mas no fato de que teve afrontados os direitos fundamentais que são a ele inerentes podendo, então, buscar a conseqüente reparação.

Como bem coloca LUIZ SALVADOR:

Assim, o lesado por assédio moral pode pleitear em juízo além das verbas decorrentes da rescisão contratual indireta, também, ainda, a indenização por dano moral assegurada pelo inciso X do art. 5º da Lex Legum, eis que a relação de trabalho não é de suserania, é de igualdade, de respeito, de intenso respeito, cabendo frisar que a igualdade prevista no art. 5º da CF não restringe a relação de trabalho à mera dependência econômica subordinada: assegura ao trabalhador o necessário respeito – à

dignidade humana, à cidadania, à imagem, honradez e auto-estima.^[71]

Nesse sentido, a nossa Constituição Federal, no artigo 5º, incisos V e X, prevê a possibilidade de o cidadão que tenha seus direitos violados seja ressarcido nas esferas patrimonial e moral.

Como já exposto, é inegável que o assédio moral representa uma afronta aos direitos personalíssimos do indivíduo, ensejando a possibilidade de o trabalhador violentado pleitear a reparação do dano que a ele foi causado.

LUIZ DE PINHO PEDREIRA DA SILVA, citando RAFAEL GARCIA LÓPEZ, assim define o dano moral:

como resultado prejudicial que tem por objeto a lesão ou menoscabo de algum dos bens ou direitos correspondentes ao âmbito estritamente pessoal da esfera jurídica do sujeito de direito, que se ressarcem por vias satisfatórias sob o critério equitativo do juiz.^[72]

O trabalhador que se ver moralmente lesado, como na hipótese do assédio moral, deve, portanto, procurar o Poder Judiciário para pleitear a devida indenização. Cremos não haver mais controvérsia quanto à competência da Justiça Trabalhista para dirimir esta questão.

Isso porque a Emenda Constitucional 45/2004 estabeleceu plenamente a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar demandas que versam sobre pleitos indenizatórios de dano moral ou patrimonial, desde que a controvérsia tenha origem na relação de emprego.^[73]

Ressalte-se que a tutela dos direitos da esfera extra-patrimonial e, conseqüentemente, a possibilidade de reparação, não são privilégios do empregado. Em que pese ser mais comum haver lesão ao empregado, é possível que um patrão também possa ter seus direitos aviltados.

Ademais, faz-se necessário analisar, brevemente, a responsabilidade do empregador quanto ao dano moral sofrido por seus empregados.

Tendo em vista a grande quantidade de vítimas que sofrem danos mas, por não terem como provar a culpa do agente, ficam sem reparação, em certos casos o legislador optou pela teoria objetiva da responsabilidade civil em que a culpa lato sensu deixou de ser essencial para a configuração da responsabilidade e do conseqüente dever de reparação.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao discorrer sobre a teoria da responsabilidade objetiva, esclarece que:

O que importa é a causalidade entre o mal sofrido e o fato causador, por influxo do princípio segundo o qual toda pessoa que cause a outra um dano está sujeita à sua reparação, sem necessidade de se cogitar do problema da imputabilidade do evento à culpa do agente. O fundamento ético da doutrina está na caracterização da injustiça intrínseca, que encontra os seus extremos definidores em face da diminuição de um patrimônio pelo fato do titular de outro patrimônio. Ante uma perda econômica, pergunta-se qual dos dois patrimônios deve responder, se o da vítima ou o do causador do prejuízo. E, na resposta à indagação, deve o direito inclinar-se em favor daquela, porque dos dois é quem não tem o poder de evitá-lo, enquanto o segundo estava em condições de retirar um proveito, sacar uma utilidade ou auferir um benefício da atividade que originou o prejuízo[74].

De acordo com o mesmo autor, isso fica claro, principalmente, na legislação referente a acidentes de trabalho, que se baseia na ideia de que quem se serve da atividade alheia e dela auferir benefícios tem a obrigação de responder pelos riscos gerados ao prestador da atividade[75].

A situação descrita por CAIO MÁRIO é análoga à verificada no assédio moral.

Assim, o empregado que for vítima desse mal poderá requerer a responsabilização do seu empregador apenas fazendo prova do ilícito praticado por algum outro empregado ou preposto da empresa, o dano e nexo de causalidade.

Corroborando com este entendimento, a Súmula nº 341 do STF dispõe que:

É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

Logo, deverá o empregador adotar medidas para que a moralidade dentro de seu estabelecimento seja preservada, preocupando-se sempre em manter um ambiente de trabalho saudável.

Sobre esse tema, MARIA APARECIDA ALKIMIN assevera que o empregador ou seu preposto, no uso do poder empregatício sobre o empregado, deve zelar fiscalizar, prevenir condutas ou procedimentos que atentem contra bens jurídicos de outrem, devendo, para tanto, adotar medidas necessárias que visam a tutela da integridade psicofísica do empregado, bem como proteger sua personalidade e dignidade.[\[76\]](#)

Por outro lado, não se pode olvidar que o empregador se reserva no direito de regresso contra o causador do dano, de acordo com o artigo 934 do Código Civil de 2002, podendo ser ressarcido do prejuízo causado por ocasião dos atos praticados por seus empregados.

Acrescente-se, ainda, que o causador do dano pode vir a ser responsabilizado também na esfera penal, tendo em vista que o assédio moral pode enquadrar-se em uma conduta tipificada.

Logo, a calúnia, difamação, injúria, violação de correspondência da vítima, privação de sua liberdade de locomoção no local de trabalho, redução à condição análoga de escravo, constrangimento ilegal, ameaça, lesão corporal, dentre outros, tipificam condutas delituosas, que têm origem na conduta perversa praticada pelo agressor, devendo ser punida sem prejuízo da responsabilização de natureza indenizatória na esfera civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o assédio moral é um fenômeno que, de fato, tem enorme poder destruidor do ambiente de trabalho e, dessa forma, deve ser enxergado com muita preocupação.

Contudo, o que se percebe é que o tema, da mais alta relevância para a sociedade, ainda não recebeu a repercussão e o tratamento jurídico adequado, na medida em que as iniciativas para resolver o problema ainda são bastante tímidas.

Quanto da elaboração deste trabalho e o surgimento da idéia de entrevistar alguém que tivesse sofrido o assédio moral e pudesse revelar sua experiência pessoal, a autora teve muita dificuldade em encontrar quem se dispusesse a revelar sua história de vida.

A autora indagou a diversas pessoas se conheciam alguém que já tinha sofrido desse mal e se deparou com o fato de que muitos de seus colegas, inclusive universitários, sequer sabiam da existência dessa preocupação.

Então, não obstante as pesquisas demonstrem a enorme quantidade de trabalhadores que foram e são vítimas do assédio moral, pouquíssimos têm coragem de assumir que já passaram ou que atravessam esse sofrimento. Essas pessoas sentem vergonha em declarar que são vítimas, em expor sua fragilidade e a posição de dominadas que atravessam.

Dessa forma, enrustido no âmago de quem sofre essas agressões, o fenômeno vem ganhando espaço e trazendo conseqüências seríssimas à sociedade, que ainda não se mobilizou e se dispôs a enfrentá-lo.

Ainda sobre a entrevista realizada, cremos ser ela o ápice do presente trabalho. É inegável que a leitura de obras preciosas como a de MARIE-FRANCE HIRIGOYEN e MÁRCIA NOVAES GUEDES é, de fato, enriquecedora e recomendável não só aos operadores do Direito, mas a qualquer um que tenha preocupação com a coletividade. Entretanto, mais rico ainda e chocante é a experiência de conversar “cara a cara” com uma

vítima do assédio moral e ver refletido nos olhos dela o que esse fenômeno representa: a perversidade.

Diante dessas considerações, acreditamos que é papel, principalmente dos operadores do Direito, lutar contra essa forma de violência e difundir esse combate, para que seja construído um ambiente de trabalho mais sadio, em que se faça respeitar a dignidade do ser humano, assim como seu bem estar físico e psíquico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. *Assédio Moral na Relação de Emprego*. Curitiba: Juruá, 2007.

BARRETO, Margarida. *Uma Jornada de Humilhações*. 2000. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – PUC/SP. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.assediomoral.org/site/assedio/Amconceito.php>. Acesso em 13 de Abril de 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho - Estudo de psicopatologia do trabalho*; tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5. ed. ampliada. São Paulo: Cortez Oboré, 1992.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror Psicológico no Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral – A violência perversa no cotidiano*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

LIMA, Francisco Marques de. *Elementos de Direito do Trabalho e Processo do Trabalhista*. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2004.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. *O assédio moral no ambiente do trabalho*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433>>. Acesso em: 13 abr. 2009

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Dano Moral na Relação de Emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____, *Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SALVADOR, Luiz. Assédio Moral: TRT da 17ª R. reconhece que violação à dignidade humana dá direito à indenização. *Justiça do Trabalho* HS Editora, ano 20, n. 230, fev 2003.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

NOTAS:

[1] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 579

[2] ALKIMIN, Maria Aparecida. *Assédio Moral na Relação de Emprego*. p. 36-37.

[3] GUEDES, Márcia Novaes, *Terror Psicológico no Trabalho*, p. 163.

[4] GUEDES, Márcia Novaes. *Op. Cit.*

[5] *Idem. Ibidem.* p. 28

[6] *Idem. Ibidem.* p.28

[7] *Idem. Ibidem.* p.28

[8] *Idem. Ibidem.* p. 28

[9] *Idem. Ibidem.* p.28

[10] *Idem. Ibidem.* p.29

[11] *Idem. Ibidem.* p.29

[12] *Idem. Ibidem.* p.29

[13] HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*, Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2002

[14] GUEDES, Márcia Novaes. *Op. Cit.* p. 29

[15] *Idem. Ibidem.* p.30

[16] *Idem. Ibidem.* p.30

[17] *Idem. Ibidem.* p.30

[18] *Idem. Ibidem.* p.30

[19] HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. cit.*, p. 65

[20] GUEDES, Márcia Novaes. *Op. Cit.*, p. 33

[21] NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio Moral Coletivo no Direito do Trabalho*. “Trabalho em Revista”, encarte de DOUTRINA “O TRABALHO” – Fascículo n.º 145, Março/2009, p. 4905.

[22] BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 917.

[23] GUEDES, Márcia Novaes. *Op. Cit.*, p. 62.

[24] HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. Cit.*, p. 68.

[25] GUEDES, Márcia Novaes. *Op. Cit.*, p. 69.

[26] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego*. Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

[27] GUEDES, Márcia Novaes. *Op. Cit.*, p. 34.

[28] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

[29] NASCIMENTO, Sônia A.C. Mascaró. *O assédio moral no ambiente do trabalho*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433>>. Acesso em: 13 abr. 2009

[30] GUEDES, Márcia Novaes, *Op. Cit.*, p. 34

[31] *Idem, ibidem*

[32] BARROS, Alice Monteiro de. *Op. Cit.* p. 918.

[33] Citado por GUEDES, Márcia Novaes. In: *Terror Psicológico no Trabalho*. 3a ed. São Paulo: LTr 2008.

[34] NASCIMENTO, Sônia A.C. Mascaró. *O assédio moral no ambiente do trabalho*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433>>. Acesso em: 13 abr. 2009

[35] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

[36] NASCIMENTO, Sônia A.C. Mascaró. *O assédio moral no ambiente do trabalho*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433>>. Acesso em: 13 abr. 2009

[37] GUEDES, Márcia Novaes. *Op. Cit.* P. 39

[38] NASCIMENTO, Sônia A.C. Mascaró. *O assédio moral no ambiente do trabalho*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433>>. Acesso em: 13 abr. 2009

[39] HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. Cit.* p. 75.

[40] HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. Cit.* p. 74-75

[41] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

[42] GUEDES, Márcia Novaes. *Op. Cit.* p. 40

[43] HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. Cit.* p 71.

[44] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador.* 3. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 118

[45] OLIVEIRA, *Op. Cit.* p. 186.

[46] *Ibidem*, p. 186.

[47] GUEDES, Márcia Novaes. *Op. Cit.*, p. 108.

[48] GUEDES, Márcia Novaes. *Op. Cit.*, p. 108.

[49] BARROS, Alice Monteiro de. *Op. Cit.* p. 925

[50] HIRIGOYEN, Marie-France. *Op. Cit.*, p. 176-185

[51] *Idem, Ibidem.*

[52] *Idem, Ibidem.*

[53] *Idem, Ibidem.*

[54] *Idem, Ibidem.* p. 174.

[55] *Idem, Ibidem.* p. 174.

[56] *Idem. Ibidem.*

[57] *Idem. Ibidem.*

[58] *Idem. Ibidem.*

[59] *Idem. Ibidem.*

[60] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego.* Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

[61] *Idem. Ibidem.*

[62] *Idem. Ibidem.*

[63] *Idem. Ibidem.*

[64] BARROS, Alice Monteiro de. *Op. Cit.* p. 926.

[65] GUEDES, Márcia Novaes. *Op. Cit.* p. 110.

[66] NASCIMENTO, Sônia A.C. Mascaró. *O assédio moral no ambiente do trabalho.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433>>. Acesso em: 13 abr. 2009

[67] BARROS, Alice Monteiro de. *Op. Cit.* p. 927.

[68] NASCIMENTO, Sônia A.C. Mascaró. *O assédio moral no ambiente do trabalho.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433>>. Acesso em: 13 abr. 2009

[69] BARROS, Alice Monteiro de. *Op. Cit.* p. 929

[70] *Idem. Ibidem.* p. 929

[71] SALVADOR, Luiz. *Assédio Moral: TRT da 17ªR. reconhece que violação à dignidade humana dá direito à indenização.* Justiça do Trabalho HS Editora, ano 20, n. 230, fev. 2003, p.32.

[72] SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *A reparação do dano moral no direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 2004.

[73] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho.* 3ª ed. São Paulo:Ltr, 2005.p. 148.

[74] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil,* p. 663-664.

[75] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.,* p. 665.

[76] ALKIMIN, Maria Aparecida. *Op. Cit.* p. 115.

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO

LUCIANO ROBINSON CALEGARI:
Advogado. Pós graduado pela UNIFMU em direito Civil "latu sensu", com licenciatura para o magistério, extensão extra curricular pela UNIFMU em direito condominial, membro e palestrante da comissão de cidadania pela OAB/SP tatuapé, membro da ABDFAM, defensor público conveniado com a OAB/SP.

No processo de execução vigora, o princípio da responsabilidade patrimonial, segundo o qual o débito será quitado com o patrimônio do devedor.

Toda a sociedade é constituída com um objeto social, sendo a exploração da atividade econômica. Quando o referido objeto não é cumprido pelos sócios utilizando-o de forma FRAUDULENTA prejudicando a autonomia patrimonial estabelecida pela personalidade jurídica, pode a sociedade ter a sua personalidade jurídica desconsiderada pelo juiz. Tal desconsideração não é a sua anulação, é apenas a sua suspensão quando for configurado o desvio da finalidade, buscando frustrar os credores^[1].

Na Justiça do Trabalho, a questão é pacífica na doutrina e na jurisprudência que, insolvente a pessoa jurídica, os sócios respondem com seus bens pelas dívidas por ela contraídas. Assim, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, aplicado no processo do trabalho com fundamento contido no caput e no § 5º do art. 28, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, combinados com o artigo 50, do CC/02 e 135 do Código Tributário Nacional, subsidiariamente aplicados ao processo trabalhista por força dos artigos 8º e 769, da CLT.

Após a vigência da Lei 13.105 de 16/03/15, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, restou disposto o incidente da desconsideração da personalidade jurídica nos artigos 133 a 137, trazendo inovações quanto ao procedimento a ser realizado.

Conforme supra exposto, antes do advento da reforma trabalhista, Lei 13.467/2017, a CLT era omissa em relação à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, e a responsabilidade do sócio e ex-sócios.

Até então era pacificado o entendimento jurisprudencial, que se usava por analogia, previsto no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, bem como os dispositivos no CPC, que em síntese dispunha que a insuficiência financeira da empresa poderia acarretar a execução direta dos sócios.

A inclusão e cobrança dos sócios e ex-sócios, na justiça do trabalho, as vezes era precedida de sua citação, ora não, contudo, o CPC de 2015, criou a em seus artigos 133 a 137, a modalidade de *intervenção de terceiros*, denominada “Incidente de Desconsideração de Personalidade Jurídica”.

Tal ato processual de desconsideração de personalidade jurídica, também é aplicado nos casos de abuso de personalidade jurídica, desvio de finalidade e confusão patrimonial.

E o TST, por meio de resolução nº 203, de 15/03/2016, editou a Instrução Normativa de nº 39, que entendeu ser aplicável ao processo do trabalho.

Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

O tema passou a gerar grande controvérsia no judiciário, posto que, usar por analogia uma legislação prevista no código consumerista em relações trabalhistas é controvertido. Devido ao fato, a reforma trabalhista, Lei 13.467/2017, incluiu o artigo 855-A, que dispõe:

"Artigo 855-A

Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.

(...)

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 Código de Processo Civil.

O novo artigo da reforma trabalhista fez referência ao disposto no Código de Processo Civil de 2015, que vislumbra a desconsideração de personalidade jurídica como um incidente processual apartado, com efeito suspensivo ao andamento do processo principal enquanto se julgará através deste a responsabilidade dos sócios.

É importante lembrar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica “desenvolveu-se com o fim precípua de prevenir o desvio de finalidade de um ente empresarial, seja através da fraude à lei, aos credores ou ao contrato social, isto é, visando, única e exclusivamente, responsabilizar a má-fé dos sócios administradores”^[2]. Nessa hipótese, o juiz, ignorando a existência da pessoa jurídica no caso concreto, supera a autonomia da sociedade, para alcançar o patrimônio dos sócios.

A desconsideração da personalidade jurídica constitui instituto excepcional, uma vez que o ordinário é a preservação da personalidade jurídica e da responsabilidade civil da sociedade que firmou o negócio jurídico. Por ser medida excepcional, a sua utilização depende do preenchimento de certos requisitos, o estado de insolvência, danos provocados pela pessoa jurídica ao consumidor e meio ambiente, obstáculos ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Com esse novo dispositivo de lei, para que a execução possa se voltar contra os sócios e ex-sócios, será necessário que o reclamante ajuíze o incidente de desconsideração de personalidade jurídica e nele inclua os nomes daqueles que entende responsáveis pelas dívidas da empresa devedora[3].

Voltando a reforma trabalhista, o posicionamento do TST em gerar a resolução nº 203, de 15/03/2016, editando a Instrução Normativa de nº 39, gerou diversas críticas, porque estaria atentando contra os princípios do direito processual do trabalho, especialmente a economia processual e celeridade. Tal fato rendeu ensejo à criação do artigo 855-a da CLT pela Lei 13.467/2017, que reproduziu o texto do artigo 6º da Instrução normativa 39 do TST.

Contudo, retornando ao supra descrito, apresentado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o autor, em tese reclamante, e o juiz, devem observar a ordem de preferência contida nos incisos II e III do artigo 10-A da CLT.

Art. 10-A. [reforma trabalhista 2017]

Nova redação, vigência em 11/11/2017:

O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

I - a empresa devedora; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

II - os sócios atuais; e (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

III - os sócios retirantes. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

Vale ressaltar que as alterações na legislação trabalhista não impedem a configuração da responsabilidade direta dos sócios ao pagamento de eventuais condenações na Justiça do Trabalho.

Contudo, conforme preleciona o Douto Prof. Márcio Granconato, em sua obra “Reforma Trabalhista / Carlos Augusto Marcondes De Oliveira Monteiro, Márcio Mendes Granconato, Coodenadores.- Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2017., Pag17/18”: “*Nada impede que haja inclusão de todos os sócios, atuais e retirantes, no único pedido formulado, mas é necessário que na responsabilização deles o juiz observe a ordem legal e também o prazo de 02 anos disposto no caput do dispositivo legal referido*”.

Urge ressaltar ainda, que o pedido de descon sideração da personalidade jurídica pode ser requerido ou apresentado em qualquer fase do andamento processual, seja de proêmio na peça exordial, no decorrer da fase de conhecimento, ou na fase de execução, sempre com a imediata informação ao cartório distribuidor, nos termos do artigo 133 e 134 do CPC.

Art. 133. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

Art. 134. *O incidente de descon sideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.*

§ 1o A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2o Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3o A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2o.

§ 4o O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica.

Nos termos do disposto no artigo 134, parágrafo 03º da CLT, instaurado o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, resta suspenso o processo principal durante o seu tramite, contudo, somente ao alvo da desconconsideração[4].

Após instaurado o incidente, inicia-se a fase de citação do terceiro do qual busca-se a responsabilidade, sendo o mesmo citado, lhe é facultado oferecer sua defesa no prazo legal de 15 dias, impugnado os fatos que lhe são imputados, juntando documentos e protestando pela produção de provas que entender necessário.

Posteriormente finda a instrução, será resolvido o incidente por prolação de decisão interlocutória, não cabendo recurso se a tal se der em fase de conhecimento, contudo caberá a interposição de recurso ordinário após a prolação de sentença enviado ao TRT.

Por outro lado, se o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica haver sido ajuizado na fase de execução de sentença, da decisão que a julgar é cabível a interposição de agravo de

petição imediato, independentemente de garantia do juízo, sendo tal fato uma novidade processual.

Por fim, conforme preleciona o Douto Prof. Márcio Granconato, em sua obra “Reforma Trabalhista, se a decisão for originalmente por desembargador do TRT ou Ministro do TST, será possível dele recorrer de imediato por meio de interposição de agravo de instrumento dirigido ao órgão colegiado que pertença ao julgador, conforme o artigo 1021 do CPC[5].

Código de Processo Civil.

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

Por fim, nos termos do disposto no artigo 790 , VII, do CPC, após o trânsito em julgado da decisão que julgou o incidente de descon sideração da personalidade jurídica , é que o patrimônio do responsável apontado poderá ser objeto de contração.

Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;

II - do sócio, nos termos da lei;

III - do devedor, ainda que em poder de terceiros;

IV - do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida;

V - alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução;

VI - cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores;

VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

Cautelamente, para evitar evasão e dilapidação de patrimônio podendo causar frustração da execução, o disposto nos artigos 855-a, parágrafo 2º da CLT, permite ao magistrado que conceda a tutela de urgência de forma cautelar a arrestar, bloqueio e seqüestro, na forma do artigo 301 do CPC, contudo resta necessário a iniciativa da parte interessada para os devidos fins.

Da Penhora de Créditos

Art. 855. *Quando recair em crédito do executado, enquanto não ocorrer a hipótese prevista no art. 856, considerar-se-á feita a penhora pela intimação:*

I - ao terceiro devedor para que não pague ao executado, seu credor;

II - ao executado, credor do terceiro, para que não pratique ato de disposição do crédito.

Resta importante ressaltar que uma vez acolhido o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, caso ocorra fraude com a alienação ou oneração de bens, será ineficaz em relação ao requerente, contudo o disposto no artigo 792, parágrafo 3º da CPC, diz que a fraude a execução verifica-se a partir da citação da parte cujo a penalidade se pretende desconsiderar.

Ato continuo, a Infeliz, súmula 375 do STJ, impõe que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente, para que possa se presumir a fraude.

Art. 792. *A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:*

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

Art. 828. *O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.*

§ 1º No prazo de 10 (dez) dias de sua concretização, o exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas.

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 (dez) dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados.

§ 3º O juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não o faça no prazo.

§ 4º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.

É garantido ao sócio ou ex-sócio ou pessoa jurídica prejudicada pelo incidente de desconsideração de personalidade jurídica que teve seus bens constritos de forma judicial, apresentar o seu requerimento de

desfazimento por meio do ingresso de embargos de terceiros, nos termos do disposto no artigo 674, parágrafo 2º , III do CPC e artigo 795 do mesmo diploma.

Código de Processo Civil.

Art. 674. *Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.*

§ 1º *Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.*

§ 2º *Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:*

I - *o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843;*

II - *o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução;*

III - *quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;*

IV - *o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos.*

Código de Processo Civil.

Art. 795. *Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.*

§ 1o *O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade.*

§ 2o *Incumbe ao sócio que alegar o benefício do § 1o nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembargados, bastem para pagar o débito.*

§ 3o *O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo.*

§ 4o *Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código..*

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, é considerada por alguns juízes do trabalho, como inadequado ao processo do trabalho, na fase da execução, entendem que o juiz do trabalho possui o “jus” de promover a execução de ofício, nos termos do artigo 878 da CLT, contudo o referido incidente é incompatível com a simplicidade e a celeridade da execução trabalhista[6].

Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 878. *A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)*

Parágrafo único. *(Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)*

Art. 878-A. Faculta-se ao devedor o pagamento imediato da parte que entender devida à Previdência Social, sem prejuízo da cobrança de eventuais diferenças encontradas na execução ex officio. (Incluído pela Lei nº 10.035, de 2000)

Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 878. A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 878-A. Faculta-se ao devedor o pagamento imediato da parte que entender devida à Previdência Social, sem prejuízo da cobrança de eventuais diferenças encontradas na execução ex officio. (Incluído pela Lei nº 10.035, de 2000)

Entendem que a hipossuficiência do credor e a natureza alimentar que possui o crédito que se busca, são fatos que autorizam o juiz a utilizar de seu *jus postuland*e postergar o contraditório na desconsideração da personalidade jurídica após realizada a garantia do juízo pela penhora.

Contudo, entendem que o referido incidente de desconsideração da personalidade jurídica causa complicações desnecessárias ao procedimento de execução, posto que atrasa o mesmo uma vez que a suspensão do processo quando instaurado é uma das suas conseqüências e inviabiliza a continuidade da execução.

Anteriormente, o sócio não fazia parte do processo e seus bens poderiam responder pela execução, vindo ao encontro dos princípios de proteção a empregado, celeridade processual, contudo, hoje é necessário se abrir o princípio do contraditório ao sócio, trazendo lentidão ao processo que contradiz ao princípio da celeridade necessário ao caráter alimentar do débito trabalhista.

Há que se ressaltar que os embargos de terceiros é o meio do sócio da empresa cujo a personalidade jurídica foi desconstituída em prover o seu meio de contraditório, portanto, resta garantido o direito de defesa dos sócios por meio do uso de tal procedimento processual.

Ato contínuo, ainda é garantido o direito de defesa por mandado de segurança, exceção de pré executividade, para fins de se questionar o ato abusivo de desconsideração da personalidade jurídica.

Urge ressaltar que o TST publicou a instrução normativa de número 39, onde no seu artigo 06º declara que aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

O parágrafo 1º do artigo 6º diz que “Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º da CLT; II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo; III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI). § 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC.

Art. 7º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 332 do CPC, com as necessárias adaptações à legislação processual trabalhista, cumprindo ao juiz do trabalho julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior do Trabalho (CPC, art. 927, inciso V); II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1046, § 4º); III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de Tribunal Regional do Trabalho sobre direito local, convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que não exceda à jurisdição do respectivo Tribunal (CLT, art. 896, “b”, a contrario sensu).

Tal instrução normativa, veio a assegurar o Juiz do trabalho o direito de instaurar de ofício o incidente, bem como, utilizar das medidas cautelares d urgência para garantir o progresso da execução.

Contido, com o advento da reforma trabalhista, o disposto no artigo 855-a da CLT, é categórico ao determinar que seja aplicado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica ao processo do trabalho previsto no CPC, com as seguintes adaptações:

Artigo 855-a Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017).

Do artigo supra descrito, podemos observar que o mesmo repete o disposto na Instrução normativa de nº 39/19 do TST, contudo, não consagra a possibilidade do Juiz do trabalho tomar a iniciativa a instaurar o incidente.

Pode-se dizer que a desconsideração da personalidade jurídica da forma em que foi tratada na reforma trabalhista traz uma segurança jurídica maior para os sócios das empresas, haja vista que, para que seja considerada sua responsabilidade direta ao processo trabalhista, deverá ser julgado através de um incidente processual em que será aberta a oportunidade para produção de provas e contraditório, gerando uma condição probatória muito maior do que era previsto no CDC.

Vale ressaltar que as alterações na legislação trabalhista não impedem a configuração da responsabilidade direta dos sócios ao pagamento de eventuais condenações na Justiça do Trabalho.

Resta a conclusão de que o legislador, ao criar este artigo, visou dar uma segurança jurídica maior aos empresários em relação à desconsideração da personalidade jurídica, fazendo com que estes não tenham seu patrimônio pessoal atingido apenas por insuficiência econômica de suas empresas, que em virtude da atual crise econômica que ainda paira sobre o Brasil poderia ser facilmente configurada, mas sim através de um incidente apartado do qual os empresários possam se defender e apresentar provas, para ao final ser julgado positiva ou negativamente sua responsabilidade.

Ora se antes mesmo da vigência do mencionado Diploma legal, utilizava-se subsidiariamente, no processo do trabalho, do preceito contido

no art. 28, caput e § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, para declarar a mencionada desconsideração da pessoa jurídica, hoje por sua vez resta necessário o ingresso de um processo de conhecimento para tratar do assunto, inclusive com direito ao contraditório amplo e suspensão do processo principal.

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Importante ressaltar que o CPC e a reforma trabalhista, também acolheram a tese da desconsideração inversa da personalidade jurídica, que já era aceita amplamente pela jurisprudência, inclusive do STJ.

Tal desconsideração ocorre quando o devedor, pessoa física, aproveita-se da personalidade jurídica autônoma da sociedade da qual faz parte para se tornar insolvente.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica é utilizada pela doutrina e jurisprudência como sendo a busca pela responsabilização da sociedade no tocante às dívidas ou aos atos praticados pelos sócios, utilizando-se para isto, a quebra da autonomia patrimonial.

Tal desconsideração inversa da pessoa jurídica é um desmembramento teórico da teoria da desconsideração, cuja sede normativa precípua é o art. 50 do CC/2002.

Institui o Código Civil.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Nesse norte, a “desconsideração inversa é o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio”.

Na desconsideração inversa a responsabilidade ocorre no sentido oposto, isto é, os bens da sociedade respondem por atos praticados pelos sócios. Desta forma a personalidade jurídica estaria servindo como u meio de “*maquiar*” os bens do executado frente à execuções que lhe era movida.

DOS PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS PARA A UTILIZAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA.

Para ser aplicada, a desconsideração inversa da personalidade jurídica deverá restar caracterizado o desvio de bens, a fraude ou abuso de direito por parte dos sócios que se utilizam da personalidade jurídica para transferir ou esconder bens, prejudicando assim os credores, ou ainda, em casos de separação judicial, onde se verifica o esvaziamento do patrimônio do casal como forma de burlar a meação.

Outra hipótese para a desconsideração inversa da personalidade jurídica pode ser verificada nos casos em que o sócio obtém o absoluto controle dos bens da sociedade, ou seja, é constituída uma

sociedade para a guarnição do ativo, ficando o passivo na responsabilidade da pessoa do sócio.

Conforme supra exposto, para haver a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica serão observados a existência de fraude, simulação ou abuso na utilização da personalidade jurídica por parte dos sócios.

Para que esta seja utilizada pelo magistrado, deverão estar presentes os pressupostos essenciais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que por sua vez, também são da desconsideração inversa.

Dessa forma, a pessoa jurídica e os sócios poderão responder por uso abusivo, simulado ou fraudulento da sociedade, tanto diretamente como inversamente, podendo ser atingidos os bens sociais, no tocante à responsabilização do sócio.

Nesse mesmo sentido, Fábio Ulhôa Coelho (1999, p. 44-45) ao comentar acerca da desconsideração inversa afirma:

Trata-se de responsabilizar a sociedade por dívidas do sócio, caso este, para perpetrar fraudes a seus próprios credores, transfere seus bens para a empresa, continuando a fruí-los livremente (...)^[7]

A aplicação da desconsideração inversa, da mesma forma que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não visa a anulação da personalidade jurídica, mas apenas a declaração da ineficácia para determinado ato.

Faz-se necessário expor que o princípio da separação da personalidade jurídica da sociedade e dos sócios, ou princípio da autonomia da vontade, não será destruído, atingindo apenas o episódico sem atingir a validade do ato constitutivo da sociedade.

Em razão da utilização ilícita da pessoa jurídica será aplicada a desconsideração inversa da personalidade jurídica, que acarretará efeitos:

a quebra do princípio da autonomia patrimonial, o alcance dos bens patrimoniais da sociedade.

Ao separar a pessoa jurídica da pessoa física de seu sócio, estabelecendo desta forma, patrimônios e responsabilidades diversas, estabeleceu-se por sua vez, uma ampla forma de utilização indevida da pessoa jurídica, sendo instrumento de fraude para prejudicar terceiros.

Nesse sentido, Rubens Requião (1969, p.14) em trabalho pioneiro no Brasil assegura:

Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.

Portanto, o princípio da separação do sócio e da sociedade é relativizado quando o sócio utiliza este princípio como anteparo para prática de fraude, abuso e simulação.

Dessa forma, dar-se-á o alcance dos bens do devedor quando o sócio da sociedade ou pessoa jurídica, mantém sob esta o controle total sobre os seus órgãos administrativos, concretizando assim, com maior eficácia, a fraude do desvio de bens.

Diante disso, Fábio Ulhoa Coelho (1999, p.45) arremata:

(...) O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada.

Os seus credores, em princípio, não podem responsabilizá-lo executando tais bens. É certo

que, em se tratando de pessoa jurídica de uma sociedade, ao sócio é atribuída a participação societária, isto é, quotas ou ações representativas de parcelas do capital social. Essas são em regra penhoráveis para a garantia do cumprimento das obrigações do seu titular(...).

Como exposto na doutrina supra, a desconsideração inversa da personalidade jurídica possui como um de seus efeitos o efetivo alcance dos bens patrimoniais da sociedade, quando esta for utilizada como “esconderijo” de bens que eram antes de propriedade do sócio e também nos casos, onde o sócio em questão detém o absoluto controle da sociedade

Tal fato decorrencia de manobras fraudulentas, visando assim, acobertar o seu patrimônio pessoal, transferindo-o para uma pessoa jurídica, maculando o princípio da autonomia patrimonial.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica pode ser observada e aplicada largamente no campo do Direito do trabalho, como exposto acima, para descobrir a finalidade ilícita que a sociedade encobre, adentrando através do disfarce societário onde o sócio se esconde, para assim, frustrar o resultado abusivo e fraudulento o qual se pretendeu alcançar com a sociedade.

Nesse condão, para se ver livre e dispensado de prestar contas aos credores trabalhista, o sócio transfere todo e qualquer patrimônio para o rol de bens da pessoa jurídica que é administrada por ele.

Uma das fraudes ocorridas na seara trabalhista consiste na pessoa do sócio ter duas empresas, em uma dela ele possui apenas uma cota ínfima do capital social, sendo que os demais seus sócios em tal empresa são pessoas de sua total confiança (os chamados laranjas).

Tendo em vista a possibilidade de ruína de sua outra empresa onde efetivamente desenvolve suas atividades econômicas, transfere todo o seu patrimônio pessoal para a empresa onde possui um capital ínfimo.

Deste modo ao ser decretada a desconsideração da personalidade jurídica da outra empresa todo o seu patrimônio particular não mais existirá, sendo apenas possível a penhora de sua cota ínfima na empresa onde foram transferidos os seus bens, muitas vezes a título de doação.

Diante deste caso pode ser decretada a desconsideração invertida, ou seja, todo o patrimônio que pertencia ao sócio e que de modo fraudulento foi transferido para a segunda sociedade será revertido para o pagamento dos débitos trabalhistas da empresa onde o sócio efetivamente desempenhava suas atividades econômica.

Após o estudo da desconsideração inversa da personalidade jurídica, voltamos ao estudo da desconsideração da personalidade jurídica, e, por fim, uma breve análise sobre quais seriam as medidas para efetivação da desconsideração da personalidade jurídica na fase de conhecimento sem a prática de qualquer abuso contra as reclamadas e seus sócios.

Fábio Ulhoa Coelho ensina que há duas maneiras para se formular a teoria da desconsideração da personalidade jurídica: (a) a maior, quando o juiz deixa de lado a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, coibindo-se a prática de fraudes e abusos; (b) a menor, em que o simples prejuízo já autoriza o afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Na ordem jurídica, vislumbramos a desconsideração da personalidade jurídica nos seguintes diplomas: (a) na sociedade anônima, a responsabilidade do acionista, controlador e do administrador (arts. 115, 117 e 158, da Lei 6.404/76; (c) art. 28, Lei 8.078/90 (CDC); (d) a Lei 12.519/11, art. 34, determina a desconsideração da personalização da pessoa jurídica quando ocorrer infração à ordem econômica; (d) art. 50, CC – em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a

requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações civis sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Como já exposto no decorrer do estudo, o NCPD disciplina o incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos arts. 134 a 137.

Resta extirpe de dúvidas que o incidente da desconsideração da personalidade jurídica é compatível com o processo trabalhista, conforme o disposto no art. 769, CPC; art. 15, NCPD, há que se observar, por ser um procedimento que permite o respeito à segurança jurídica e ao devido processo legal quanto à pessoa do sócio ou ex-sócio.

Assim, podemos concluir por todo o estudo que o incidente será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. Sendo obrigatório observar os pressupostos previstos em lei.

No processo trabalhista, o incidente pode também ser instaurado de ofício, na medida em que a execução pode ser processada por ato do magistrado (art. 878, CLT).

Podemos observar que o pedido é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Ainda, no processo trabalhista, para que o incidente não seja um aviso para o sócio dilapidar o patrimônio, o juiz, de ofício ou a requerimento do credor, poderá determinar as medidas cautelares necessárias para se assegurar a futura execução (arrecadação de bens; indisponibilidade dos bens do sócio, etc.).

A utilização do incidente no processo trabalhista, na fase de conhecimento, concede ao sócio ou o ex-sócio a oportunidade de exercer

o seu direito de defesa, bem como evitar o prazo decadencial envolvendo a responsabilidade do sócio retirante.

Assim, uma vez instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

O juiz trabalhista irá adotar a teoria menor, não se exigindo que o credor trabalhista demonstre a culpa do sócio ou do ex-sócio na gestão patrimonial da pessoa jurídica.

No tocante aos recursos, face aos detalhes do processo trabalhista, temos: (a) na fase de conhecimento, seja a matéria discutida em decisão interlocutória ou na própria sentença definitiva, o recurso cabível é o ordinário (art. 893, § 1º, CLT); (b) se ocorrer o incidente apenas na fase recursal, o recurso oponível será o agravo regimental; (c) na liquidação ou execução de sentença, após a decisão do incidente, a priori, tem-se o direcionamento da execução em relação à pessoa do sócio ou ex-sócio. Após a garantia do juízo (art. 884), o sócio deverá interpor embargos à execução. Da decisão que julgar os embargos, caberá o agravo de petição (art. 897, “a”).

Ainda, outras inovações e dispositivos legais são compatíveis com o processo do trabalho.

Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida EM FRAUDE de execução, será ineficaz em relação ao requerente (nova modalidade de fraude à execução).

O sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade (art. 596, caput, CPC; art. 795, caput, NCPC).

O sócio que pagar a dívida poderá executar o devedor nos autos do mesmo processo (art. 596, § 2º) (art. 795, § 3º, NCPC).

O NCPC exige que, para fins da desconsideração da personalidade jurídica, que se faça o incidente processual (art. 795, § 4º).

Por todo exposto, cabe agora observar a questão de como é possível proceder a desconsideração da personalidade jurídica ainda na fase de conhecimento?

De proêmio, deve ser vislumbrado pelo magistrado que inexistente qualquer vedação legal para a aplicação de tal instituto na fase inicial do processo.

Ato contínuo deve ser observada a importância de fazer constar os nomes dos sócios nos distribuidores trabalhistas, de forma que se possa fazer acreditar como fraudulenta qualquer alienação ou dilapidação de patrimônio, sejam elas pretéritas ou futuras a desconsideração, preservando o credor trabalhista, terceiros adquirentes de boa fé e a própria justiça.

Caso não existam provas pré-constituídas dos atos fraudulentos devem ser requeridas as certidões aos CRIs, Receita Federal, Banco Central, Juntas Comerciais, Distribuidores das diversas Justiças, entidades públicas da administração direta nas três esferas, para comprovar atos de dilapidação patrimonial ou insuficiência de ativo da Reclamada diante de seus passivos para o Pagamento do crédito aproximado do Reclamante.

Por fim, deve ser concedido aos sócios da Reclamada a oportunidade de comprovarem que possuem patrimônio, no caso a empresa, disponível para o pagamento aproximado de seus débitos trabalhistas.

Após realizados tais atos, constatados o risco de insuficiência patrimonial da Reclamada, em vista da teoria menor na seara trabalhista, deve ser de imediato procedida a desconsideração da personalidade jurídica da Reclamada, incluindo os nomes dos sócios nos distribuidores judiciais.

Por fim, caso a Reclamada ou seus sócios apresentem justos motivos para preservar o sigilo de seus ativos e passivos, o segredo de justiça ao menos neste procedimento pode ser decretado.

CONCLUSÃO

Podemos concluir que no tocante ao devedor constituído como pessoa jurídica, a regra é a sociedade ter existência independente da existência dos seus sócios, e não ser possível, na fase de execução, a inclusão do sócio no pólo passivo de uma ação trabalhista se não foi parte no processo desde o seu início.

Contudo, não se trata de regra absoluta, posto que, embora a legislação quede-se em silêncio quanto à responsabilidade dos sócios pelos débitos trabalhistas da empresa, a legislação trabalhista, CLT autoriza a aplicação da legislação comum, tais como o CDC e o novo Código Civil Brasileiro, possibilitando que a execução converta-se em face do patrimônio dos sócios e seus gestores, em casos especificados tratados em lei.

A Constituição Federal, autoriza o Juiz do Trabalho a desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em prejuízo do empregado, se constatar o abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, uma vez já demonstrada a impossibilidade de se executar inicialmente os bens da sociedade, em face da inexistência dos mesmos.

Ainda, não sendo encontrados bens das executadas para garantir a dívida ou não sendo os mesmos suficientes, não tendo a penhora a liquidez necessária para a satisfação do débito, os sócios são, na forma da narrativa mencionada, responsáveis pela execução.

Há entendimento doutrinário, em que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado subsidiariamente ao Direito do Trabalho, outra corrente literária entendem que este não é direito comum e não poderia ser aplicado no Direito do Trabalho.

Contudo, a Justiça do Trabalho tem autorizado a mencionada “desconsideração”, mas, em alguns casos, tal tem ocorrido arbitrariamente e de forma temerária para os envolvidos, prejudicando, principalmente, aqueles sócios cujas empresas são idôneas e sólidas, sob a justificativa de que o débito trabalhista deve ser pago a qualquer custo, ainda que para

tanto, restem violados direitos constitucionalmente garantidos de terceiros, que, no caso, seriam os sócios ou gestores, em outras palavras a execução tem que ser “*truculenta*”.

Resta necessário ao Judiciário a devida cautela ao autorizar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, não podendo fazê-lo tão somente em nome da garantia do direito da parte considerada pela legislação como sendo a mais fraca da relação jurídica, devendo ser respeitados os princípios do contraditório, da ampla defesa e o limite do alcance da coisa julgada.

Conforme pudemos observar, a desconsideração da personalidade jurídica na fase de conhecimento no processo do trabalho pode ser uma poderosa arma, tanto na efetividade da jurisdição, na indução a acordos mais justos e céleres, na preservação dos créditos trabalhistas e na preservação de terceiros de boa fé.

Deve ser mais uma vez ressaltado que tal instrumento em momento algum põem em cheque a empresa ou seus sócios, tendo em vista sua natureza de ato de mera preservação de direitos dos reclamantes, sem que seja constituída qualquer penhora.

Por fim, a razoabilidade do magistrado é de fundamental importância na aplicação de tal instituto, cabendo a ele avaliar a estimativa do crédito trabalhista e da possibilidade de seu pagamento por parte da reclamada e de seus sócios.

A utilização da desconsideração da personalidade jurídica sem dúvida alguma se caracteriza como sendo um modo simples e eficaz de proteger não apenas o crédito originário das relações de trabalho, mas também a terceiros de boa fé.

Sendo com tal instituto dada máxima efetividade aos Princípios da Celeridade Processual, Simplicidade, Redução das Formalidades do Processo do Trabalho, Efetividade da Jurisdição Trabalhista, Boa Fé Objetiva e da Duração Razoável do Processo.

Conclui-se de que somente poder-se-á utilizar este instituto, em situações excepcionais. Sendo, portanto, indispensável o mau uso, o desvio de finalidade da pessoa jurídica, que não atingiu a finalidade da sociedade empresarial, fundamento através do qual o Direito poder-se-á encontrar sustentação para a existência do instituto ora estudado.

Alguns magistrados ao aplicarem o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, defendem que todos os sócios devem responder com seu patrimônio pessoal, não distinguem o sócio que utilizou-se da pessoa jurídica para praticar fraudes e abusos, daqueles que nada contribuíram para a prática do ilícito.

Não seria de bom senso, pois o sócio honesto, leal, que contribuiu para o crescimento econômico da empresa, além de ter integralizado todas suas cotas, possa ver-se surpreendido com seu patrimônio sendo executado por dívidas que não sabia, embora devesse saber, pois não participava da administração da empresa.

Portanto, deve-se haver um liame subjetivo entre a conduta e o agente que praticou a conduta adversa, de maneira fraudulenta. Sendo sensato que apenas aqueles que concorreram para a prática do ato abusivo ou fraudulento serão responsabilizados.

É preciso que haja um bom senso na utilização do instituto da desconsideração, vez que nem sempre o inadimplemento das obrigações trabalhistas surgem da má-fé, podendo ser oriundos de uma prática inesperada do mercado financeiro, o que não é difícil de acontecer no Brasil, visto que é um país de economia instável.

Reconhece-se a importância das pessoas jurídicas que movimentam o mercado, trazendo melhorias, tais como emprego para população, Todavia, deve-se coibir a irresponsabilidade, que porventura possam causar nos negócios que pratiquem.

Deve-se reprimir os abusos perpetrados através da pessoa jurídica, porém a utilização excessiva do instituto da desconsideração da personalidade jurídica implicará em danos de igual tamanho aos oriundos do mau uso da pessoa jurídica.

Portanto, faz-se necessário estabelecer limites mais precisos para a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, coibindo o seu uso desastroso.

JURISPRUDÊNCIAS

JURISPRUDÊNCIA “EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. No âmbito do Direito do Trabalho, em face do princípio da despersonalização do empregador, fica o sócio obrigado a indicar bens livres e desembaraçados da sociedade, na forma do parágrafo 1o. do art. 596 do CPC, sob pena de serem executados seus bens pessoais. Desconsidera-se, no caso, a personalidade jurídica da sociedade ("disregard of legal entity") para responsabilizar diretamente o sócio pela lesão de direito para a qual contribuiu e da qual se locupletou. Inidônea economicamente a empresa, devem os sócios ser chamados a responder pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, considerando que o empregado não corre o risco do empreendimento e deve encontrar no patrimônio dos beneficiários diretos de sua prestação de serviços a garantia da satisfação dos direitos inobservados na vigência do contrato. Cabe ressaltar que a legitimidade da penhora efetuada sobre os bens do sócio encontra sólido respaldo nas disposições do art. 10 do Decreto 3.708/19, que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, sempre que constatada a ocorrência de atos praticados com violação da lei ou do contrato, hipótese na qual se insere, indiscutivelmente, a infringência de preceitos da legislação trabalhista. Nesse mesmo sentido, pode ser invocado o disposto no art. 135 do CTN e no artigo 4o. da Lei 6.830/80. (Acórdão: 19990432158, Turma: 8a. TRT/SP, Data julg. 05.08.99, Data de Pub.: 14.09.99, Processo: 02980577850, Relatora: Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva.)”

“RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. Atribui-se a responsabilidade do sócio, com seus bens particulares, pelos débitos da sociedade, seja pelos seus atos faltosos (art. 10, do Decreto 3.708/1919), seja pela sua responsabilidade "in vigilando" e "in elegendo" (art. 293, do C. Comercial) ou, ainda, pela despersonalização da pessoa jurídica (art. 135, do CTN, art. 28, do CDC e arts. 16, 17 e 18, da Lei 8.884/94). Imperioso, todavia, que à época da relação de trabalho o sócio detivesse tal qualidade na

empresa 9AP 75/98), Ac. 4a. T 10.081/98). Rosemarie D. Pimpão - TRT - PR.

“RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, é bastante inovador ao se refere ao Direito Material e nesse contexto, tem-se a introdução pioneira, no ordenamento jurídico brasileiro, da Doutrina da Desconsideração da Pessoa Jurídica. O art. 28 do mencionado diploma legal, traduz com clareza solar, a interferência do Estado, no sentido de alcançar aqueles atos, inobstante formalmente legais, trazem o propósito de prejudicar terceiros porquanto praticados de forma fraudulenta ou com abuso de direito. A partir da abstração que se faz da desconsideração da pessoa jurídica, é possível detectar o propósito dos sócios em quererem fraudar terceiros, criando nova sociedade para em seguida invocarem a seu favor o art. 20 do Código Civil. Incumbe ao Judiciário, repelir com veemência práticas dessa natureza, responsabilizando os sócios da sociedade, com seus bens particulares, pelos débitos da sociedade. É perfeitamente aplicável ao Direito do Trabalho a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica, ante ao disposto no parágrafo único do art. 8o. da CLT.”

“RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – SÓCIO COTISTA – TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DA SOCIEDADE SEM QUITAÇÃO DO PASSIVO LABORAL. Em sede de Direito do Trabalho, em que os créditos trabalhistas não podem ficar a descoberto, vem-se abrindo uma exceção ao princípio da responsabilidade limitada do sócio, ao se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ("disregard of legal entity") para que o empregado possa, verificando a insuficiência do patrimônio societário, sujeitar à execução os bens dos sócios individualmente considerados, porém solidária e ilimitadamente, até o pagamento integral dos créditos dos empregados, visando impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos pela sociedade. (TST – ROAR 545348 – SBDI 2 – Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal – DJU 14.05.2001 – p. 1216)”

“MANDADO DE SEGURANÇA – BLOQUEIO DE CRÉDITO DE SÓCIO. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o princípio, segundo o qual a alteração da estrutura jurídica da empresa não

afetará os direitos adquiridos por seus empregados, consagrado no art. 10 da CLT, autoriza o juiz a responsabilizar qualquer dos sócios pelo pagamento da dívida, na hipótese de insuficiência do patrimônio da sociedade, além de que a jurisprudência desta Corte Superior, assentada, em tais teoria e princípio, é no sentido de que, se a retirada do sócio da sociedade comercial se verificou após o ajuizamento da ação, pode ser ele responsabilizado pela dívida, utilizando-se para isso seus bens, quando a empresa de que era sócio não possui patrimônio suficiente para fazer face à execução sofrida. 2. Recurso ordinário desprovido. (TST – ROMS 416427 – SBDI 2 – Rel. Min. Francisco Fausto – DJU 02.02.2001 – p. 488)”.

“EMBARGOS DE TERCEIRO – LINHA TELEFÔNICA – SUCESSÃO DE EMPRESAS NÃO DEMONSTRADA – PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS – Comprovado pela embargante sua qualidade de proprietário, bem como de terceiro na lide, uma vez que se trata de empresa distinta da executada. II – Não há que se falar em sucessão de empresas ou na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, se não demonstrou a embargada haver sido extinta a executada. (TRF 3ª R. – Proc. 95.03094276-4 – (288030) – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Baptista Pereira – DJU 18.04.2001 – p. 61)

“AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE CONSTRUÇÃO – ATRASO NA OBRA – DIREITO DO CORRESPETIVO RESSARCIMENTO – PROVA ESCORREITA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A desconsideração da personalidade jurídica dos sócios de uma empresa, nos termos do CPC, reclama os propósitos pertinentes (art. 28 e seus parágrafos) e não restando convicta a pretensão, esta inalcança sucesso, salvo. Se for o caso. Numa possível fase executória de sentença. 2) restando certeza sobre o direito vindicado e inexistindo, por parte do requerido, a contraprova respectiva, a proposição recursal procede. 3) quem, vindo aos autos, por força de enlhecimento obrigatório, ao se ver alforriado, tem direito aos honorários advocatícios, segundo o normativo do Código de Processo Civil. (TJDF – APC 19980110053460 – 1ª T. – Rel. Juiz Eduardo de Moraes Oliveira – DJU 15.08.2001 – p. 39)”.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – PENHORA – BENS DOS SÓCIOS – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – COMPROVAÇÃO. Somente quando existirem os motivos autorizadores da desconstituição da personalidade jurídica da empresa, prática de ato ilícito, ou de abuso de poder, ou violação da norma estatutária ou, genericamente, infração de dispositivo legal, a penhora poderá recair sobre bens dos sócios. As alegações suscitadas pelos agravantes não se enquadram nas hipóteses de incidência do art. 28 do CDC. Decisão mantida. Agravo improvido. (TJDF – AGI 20010020016307 – 3ª T. – Rel. Juiz Jeronimo de Souza – DJU 29.08.2001 – p. 57)”

“EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA DE BENS EM PROCESSO EXECUTÓRIO – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA – LEGITIMIDADE DE PARTE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, UNÂNIME. A desconsideração da personalidade jurídica somente admissível, no caso concreto, no estrito da prova e, não sendo aplicável, o pedido nesse seguimento perde relevo, não comportando maior amplitude senão a da Lei. A penhora de bens efetuada com observância de praxe e indicada pelo executado sobreexcede e vigora, firme e valiosa, desde quando, nos embargos de terceiro, inexistente prova contra a propriedade dos bens constritos como não sendo dos devedores executados. (TJDF – APC 20000710025058 – 1ª T.Cív. – Rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira – DJU 27.06.2001 – p. 70)”

“EXECUÇÃO – EMPRESA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – PENHORA DE BENS DOS SÓCIOS. Nos termos do artigo 20, caput, do Código Civil, as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros. Existindo motivos autorizadores da desconstituição da personalidade jurídica da empresa, a penhora pode recair sobre bens dos sócios. Recurso conhecido e provido. Conhecer e dar provimento. Unânime. (TJDF – AGI 20000020052857 – 5ª T.Cív. – Relª Desª Haydevalda Sampaio – DJU 10.04.2001 – p. 38)”

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – PENHORA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. A personalidade

jurídica representa uma conquista dos tempos hodiernos. Contudo, o comerciante que desativa uma sociedade e constitui outra, com seus familiares, provoca a possibilidade da medida constricional recair sobre bens do sócio por dívida da pessoa jurídica. Isso não ocorre quando não se comprova se a empresa ré foi regularmente desativada. (TJDF – AGI 20000020048490 – 5ª T.Cív. – Relª Desª Haydevalda Sampaio – DJU 21.03.2001 – p. 42)”.

“COMERCIAL – PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO – AGRAVO TIRADO CONTRA DECISÃO INDEFERITÓRIA DE PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA. 1. A desconsideração da personalidade jurídica é admissível, porém, em circunstâncias excepcionais devidamente comprovadas, incorrentes no caso. 2. Agravo improvido. (TJDF – AGI 20000020056494 – 4ª T.Cív. – Rel. Des. Estevam Maia – DJU 21.02.2001 – p. 53)”.

“FRAUDE – ALIENAÇÃO DE IMÓVEL – INEXISTÊNCIA DE DEMANDA CONTRA O SÓCIO DA EXECUTADA – FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADA. A alienação de bem imóvel de propriedade de um dos titulares da empresa executada, não pode ser reputada em fraude à execução, já que à época da alienação não pendia contra a pessoa física do sócio qualquer demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. Não se afigura correto lançar mão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, de modo a perpetrar injustiça em relação a terceiro adquirente de boa-fé. (TRT 2ª R. – AP 20000408128 – (20010105063) – 4ª T. – Rel. Juiz Luiz Antonio Moreira Vidigal – DOESP 30.03.2001)”.

“EXECUÇÃO – RESPONSABILIDADE DO SÓCIO – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. Via de regra, os bens particulares dos sócios não podem ser objeto de constrição judicial (art. 596/CPC). Contudo o Decreto 3.708/19, que regulamenta o funcionamento das sociedades de responsabilidade limitada, dispõe que o sócio responderá pelas dívidas da sociedade, quando praticar atos contrários à lei ou ao contrato. A jurisprudência trabalhista acresce a dissolução irregular da sociedade sem o pagamento dos haveres trabalhistas. Neste passo, comprovado que os bens constritos

foram também penhorados e arrematados em outra ação e que o fiel depositário (sócio-gerente do executado) não informou ao juízo sobre a duplicidade de penhoras, aplica-se a teoria da superação da personalidade jurídica, para atingir o patrimônio do sócio, visando impedir a consumação de fraudes. Assim, na hipótese de dissolução irregular da sociedade por cotas de responsabilidade limitada, sem subsistirem bens que respondam pelo passivo, fica o patrimônio particular do sócio-gerente sujeito à constrição. (TRT 3ª R. – AP 3.031/01 – 1ª T. – Rel. Juiz Marcus Moura Ferreira – DJMG 20.07.2001 – p. 05)

“EMBARGOS DE TERCEIRO – SÓCIO-QUOTISTA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Quando o sócio-quotista, utilizando-se da sociedade em desacordo com a legislação e/ou com os fins para que fora concebida, pratica fraudes ou exorbita de seus direitos, por aplicação da teoria da disregard, agasalhada no art. 10, da Lei nº 3.708/19, é possível a desconsideração da autonomia patrimonial da pessoa jurídica (art. 20/CC), para responsabilizá-lo pessoalmente, imputando-se-lhe a responsabilidade pelas obrigações assumidas em nome da sociedade, posto ter sido ele, em última análise, quem auferiu real proveito da força de trabalho despendida pelo empregado em prol da sociedade. (TRT 3ª R. – AP 646/01 – 5ª T. – Rel. Juiz Virgílio Selmi Dei Falci – DJMG 05.05.2001 – p. 21)”.

“EXECUÇÃO – BENS DO SÓCIO. Os bens do sócio, pela aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do empregador, devem responder pelos débitos trabalhistas não adimplidos pela executada, mormente quando não se tem notícia de existência de bens desta para a garantia da execução. Agravo desprovido. (TRT 3ª R. – AP 864/01 – 4ª T. – Relª Juíza Deoclécia Amorelli Dias – DJMG 28.04.2001 – p. 12)”.

“RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS DA EMPRESA RECLAMADA PELOS CRÉDITOS OBREIROS NA SENTENÇA – POSSIBILIDADE. Funda-se na teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa a responsabilização pessoal de seus sócios pela satisfação do crédito obreiro, se verificada, na fase executória, a insuficiência de bens da sociedade para solver o crédito, caso em que a

hipótese configurar-se-á dissolução irregular da empresa. Entendimento diverso favoreceria a ocorrência de frustração aos direitos trabalhistas, e em abuso de direito dos sócios, que apenas beneficiar-se-iam do trabalho despendido pelo empregado sem qualquer compromisso de quitá-lo, servindo a empresa para proceder à fraude por eles perpetrada, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. (TRT 3ª R. – RO 15.325/00 – 5ª T. – Relª Juíza Rosemary de Oliveira Pires – DJMG 28.04.2001 – p. 28)

“EMBARGOS DE TERCEIRO – APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Não se pode considerar terceira em relação ao processo a esposa de ex-sócio da executada e progenitora das atuais integrantes da sociedade, ainda mais quando sequer houve alegação de que a dívida contraída pelo marido (débito exequendo) não se reverteu em benefício do núcleo familiar. (TRT 3ª R. – AP 4.112/00 – 2ª T. – Relª Juíza Maristela Iris da S. Malheiros – DJMG 21.03.2001 – p. 17)”.

“EMBARGOS DE TERCEIROS – RESPONSABILIDADE DE SÓCIO RETIRANTE. Aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica, o que leva à comunicação dos patrimônios dos sócios e da sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Porém, a responsabilidade do sócio retirante deve ficar limitada aos débitos trabalhistas referentes ao período do contrato de trabalho em que o mesmo participou da sociedade. Agravo provido parcialmente para manter a constrição sobre os bens do embargante, limitando-se, todavia, sua responsabilidade pelos débitos correspondentes ao período contratual em que participou da sociedade. (TRT 4ª R. – AP 50080.006/00-0 – 4ª T. – Rel. Juiz Hugo Carlos Scheuermann – J. 20.06.2001)”.

“RESPONSABILIDADE DE SÓCIO RETIRANTE. Aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica, o que leva à comunicação dos patrimônios dos sócios e da sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Porém, a responsabilidade do sócio retirante deve ficar limitada aos débitos trabalhistas referentes ao período do contrato de trabalho em que o mesmo participou da sociedade. Apelo parcialmente provido para limitar a responsabilidade do agravante pelos débitos do período contratual que vai até a data em que arquivada na

Junta Comercial a respectiva alteração do contrato social. (TRT 4ª R. – AP 60513.903/00-3 – 4ª T. – Rel. Juiz Hugo Carlos Scheuermann – J. 14.05.2001)

“DA RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. Não tendo sido encontrados bens livres da sociedade, capazes de garantir a execução, é flagrante a responsabilidade ilimitada dos sócios pela violação do próprio contrato e da lei, na medida em que se evidencia a dissolução irregular da empresa, com a liquidação do patrimônio sem o pagamento das obrigações trabalhistas. Inteligência dos artigos 10 do Decreto 3708/19; 592, II e 596, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil. Ademais, o princípio da desconsideração da personalidade jurídica autoriza a execução de bens do sócio da empresa demandada, mesmo que esse não conste no título executivo judicial. Apelo negado. (TRT 4ª R. – AP 60707.903/00-9 – 2ª T. – Relª Juíza Ione Salin Gonçalves – J. 12.06.2001)”.

“EMBARGOS DE TERCEIROS – RESPONSABILIDADE DE SÓCIO RETIRANTE. Hipótese em que o afastamento do sócio da empresa executada ocorreu depois de findo o contrato de trabalho sub judice, ensejando a aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica, o que leva à comunicação dos patrimônios do ex-sócio, terceiro embargante, ora agravante, e da empresa executada, diante das frustradas tentativas de encontrar bens desta passíveis de penhora e posterior expropriação para possibilitar o pagamento dos créditos do exequente. Agravo não provido. (TRT 4ª R. – AP 80128.010/96-7 – 4ª T. – Rel. Juiz Hugo Carlos Scheuermann – J. 16.05.2001)”.

“PENHORA DE IMÓVEL – BEM DE FAMÍLIA – PROVA. Contas de água/esgoto e de energia elétrica e fotos do imóvel, por si só, não se constituem prova suficiente a demonstrar que o bem constricto seja o destinado à residência do agravante com sua família. Não obstante, na hipótese dos autos, a solução da controvérsia se resolve em favor do agravante, tendo em vista que a agravada, em sua resposta aos embargos à execução, não contestou as alegações do agravante de que "vive" no imóvel com sua esposa e filhas menores, do que se depreende havê-las admitido como verdadeiras. Assim, ante a incontrovérsia que daí resulta,

impõe-se admitir que o imóvel caracteriza-se como "bem de família", nos termos definidos na Lei 8.009/90. Agravo de petição provido no tópico.

RESPONSABILIDADE DE SÓCIO RETIRANTE – Aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica, o que leva à comunicação dos patrimônios dos sócios e da sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Porém, a responsabilidade do sócio retirante deve ficar limitada aos débitos trabalhistas referentes ao período do contrato de trabalho em que o mesmo participou da sociedade. Apelo parcialmente provido para limitar a responsabilidade do agravante pelos débitos do período contratual que vai até a data em que arquivada na Junta Comercial a respectiva alteração do contrato social. (TRT 4ª R. – AP 00592.922/98-7 – 4ª T. – Rel. Juiz Hugo Carlos Scheuermann – J. 09.05.2001)”.

“**EXECUÇÃO – RESPONSABILIDADE DO SÓCIO**Os bens do sócio, quando não nomeados bens livres e desembaraçados pela sociedade executada, respondem pelo pagamento dos créditos trabalhistas. Aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica do empregador. (TRT 4ª R. – AP 00635.741/00-8 – 6ª T. – Rel. Juiz Milton Varela Dutra – J. 24.05.2001)”. “**AGRAVO DE PETIÇÃO IMPROVIDO**. Utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica "Disregard Doctrine" e não evidenciado que o bem constrictado seja "bem de família". É possível a constrição judicial do bem aqui discutido, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que deve ter no direito processual trabalhista a mais ampla utilização, a fim de evitar fraudes e insucessos na execução dos julgados. Além do mais, no caso, a alegação de que o imóvel penhorado é "bem de família" não foi comprovada. (TRT 8ª R. – AP 6631/2000 – 3ª T. – Relª Juíza Lygia Simão Luiz Oliveira – J. 24.01.2001)

“**AGRAVO DE PETIÇÃO – SÓCIO DA EXECUTADA – LEGITIMIDADE PASSIVA NA EXECUÇÃO**. Os sócios, em geral, embora possam tratar-se de pessoas físicas aparentemente desvinculadas da empresa, pessoa jurídica, estão econômica e socialmente interligados a ela, em face disso e, especialmente diante da moderna teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, são considerados partes interessadas

no processo trabalhista, sendo irrelevante que não tenham integrado a relação processual ou ainda não constem do título executivo judicial. (TRT 8ª R. – AP 3892/2000 155 – 1ª T. – Rel. Juiz Vanilson Hesketh – J. 20.02.2001”).

“PENHORA – BENS DOS SÓCIOS DA EXECUTADA – CONSTITUIÇÃO DE NOVA PESSOA JURÍDICA PARA ADMINISTRAR BENS DOS SÓCIOS DA EXECUTADA FALIDA Constatada a constituição de pessoa jurídica para única e exclusivamente administrar bens dos sócios de executada falida, é legítima, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica e no artigo 9º da CLT, a penhora de bens desta nova empresa para satisfação de créditos trabalhistas de ex-empregado da insolvente. Não se pode admitir que créditos de natureza alimentar fiquem a descoberto enquanto os sócios, reais beneficiários, livram seus bens pessoais da execução, a pretexto de serem os patrimônios separados. (TRT 9ª R. – AP 4148/2000 – (18347/2001-2000) – Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther – DJPR 13.07.2001”).

“EXECUÇÃO – RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. A responsabilização do sócio por débitos trabalhistas da empresa não se condiciona à declaração de responsabilidade solidária entre ambos na fase cognitiva, bastando a constatação de que a empresa não possui bens capazes de satisfazê-los (teoria da desconsideração da personalidade jurídica e artigo 9º da CLT), pois não se pode admitir que créditos de natureza alimentar fiquem a descoberto enquanto os sócios, reais beneficiários, livram seus bens pessoais da execução, a pretexto de serem os patrimônios separados. (TRT 9ª R. – AP 817/2001 – (21600/2001-2001) – Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther – DJPR 10.08.2001”).

“DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. Restando suficientemente demonstrada nos autos a configuração de gestão temerária da sociedade executada, de intuito de fraude a credores e de dissolução informal da sociedade, está autorizado o Juízo da execução a desconsiderar a personalidade jurídica da empresa e, conseqüentemente, responsabilizar também os sócios da empresa pela satisfação do título executivo. (TRT 12ª R. – AG-PET 2811/00 – (014221) – 1ª T. – Rel. Juiz Idemar Antônio Martini – J. 25.01.2001”). “DESCONSIDERAÇÃO DA

PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA – POSSIBILIDADE. O encerramento da empresa sem a quitação dos débitos contraídos, sobretudo os de natureza trabalhista, implica má administração, pelo que não podem responder os empregados, uma vez que o risco do empreendimento econômico pertence ao empregador (art. 2º da CLT), justificando a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa. (TRT 12ª R. – AG-PET 1191/00 – (02624 /2001) – 1ª T. – Relª Juíza Sandra Márcia Wambier – J. 13.03.2001”.

“SÓCIO – RESPONSABILIDADE – DÍVIDAS DA EMPRESA – INIDONEIDADE ECONÔMICA DO EMPREENDIMENTO – CITAÇÃO EDITALÍCIA – RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PELO MAU USO DA EXPLORAÇÃO ECONÔMICA E AUSÊNCIA DE BENS. Modernamente a doutrina e a jurisprudência, embora reconheçam a verdade jurídica da premissa *societas distat a singulis*, vêm responsabilizando os sócios nos casos de mau uso da pessoa jurídica, exaustão de suas forças patrimoniais (Rodrigues Pinto), encerramento irregular das atividades ou de forma sub-reptícia, falência fraudulenta (Teixeira Filho), forte ainda e fundamentalmente na teoria da desconsideração da personalidade jurídica do empregador/empresa (Sayon Romita) e nos velhos preceitos do Decreto nº 3.708/19, art. 10. (TRT 12ª R. – AG-PET 7431/2000 – (03094/2001) – 1ª T. – Rel. Juiz Antonio Carlos Facioli Chedid – J. 27.03.2001)

“EXECUÇÃO – BENS DO SÓCIO – O artigo 596 do CPC estabelece que os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, salvo nos casos previstos em lei, e que o sócio demandado pelo pagamento da dívida tem direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade. Para garantir o benefício de que trata o mencionado dispositivo legal, cumpria ao agravante, na forma do § 1º, indicar bens da sociedade livres e desembaraçados, quantos bastassem para pagar o débito. Não o tendo feito, correta apresenta-se a decisão agravada, que, aplicando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica do empregador, entendeu ser o sócio-proprietário da empresa parte passiva no processo de execução. (TRT 12ª R. – AG-PET 6528/2000

– (03091/2001) – 1ª T. – Relª Juíza Gisele Pereira Alexandrino – J. 26.03.2001”.

“TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – APLICABILIDADE. Na medida em que inexistem bens da executada enquanto entidade jurídica, respondem os sócios, subsidiariamente, pelos débitos apurados, desprezando-se, assim, a personalidade jurídica para alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos. (TRT 12ª R. – AG 11495/2000 – 3ª T. – (05788/2001) – Relª Juíza Marta Maria Villalba Fabre – J. 05.06.2001).”

“RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA – CONSTRIÇÃO – BENS DOS SÓCIOS. O fato de o agravado, sócio do réu, não constar como parte na ação trabalhista em nada modifica o decidido, pois os sócios são solidariamente responsáveis pelos débitos da pessoa jurídica quando esta age em desacordo com a lei e, neste passo, a demandada, ao ser notificada para comparecer à audiência, tinha pleno conhecimento de que na eventualidade de uma condenação, o patrimônio dos sócios poderia vir responder pelo débito da empresa reclamada. (TRT 12ª R. – AG-PET 10514/2000 – (04163/2001) – 3ª T. – Relª Juíza Maria Regina Olivé Malhadas – J. 23.04.2001)”.

“PENHORA DE BENS DO SÓCIO – FRAUDE À EXECUÇÃO – FRAUDE À EXECUÇÃO OCORRE, SEGUNDO A LEI, SE O DEVEDOR ALIENA BENS QUANDO JÁ ESTÁ EM CURSO AÇÃO QUE PODE LEVÁ – LO À INSOLVÊNCIA. A Lei é clara: o devedor. Portanto, se o devedor é a empresa da qual o alienante é sócio, não há que se falar em fraude à execução, a menos que este tenha sido responsabilizado, por aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pelos créditos trabalhistas reconhecidos. (TRT 17ª R. – AP 1113/2000 – (2549/2001) – Relª Juíza Maria Francisca dos Santos Lacerda – DOES 27.03.2001)”.

“EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA – SOCIEDADE ANÔNIMA – PENHORA DE BENS DOS SÓCIOS – POSSIBILIDADE. Dispõe o art. 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, que é possível a desconsideração da pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de

alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos. Nesse passo, poderá o Juízo executivo trabalhista aplicar esta regra supletivamente, inclusive em relação às sociedades de capital, de vez que não há no referido dispositivo legal alusão à exclusão de qualquer tipo de sociedade. Agravo provido. (TRT 19ª R. – Proc. 1982012214-71 – Rel. Juiz Pedro Inácio – J. 06.03.2001)”.

“EXECUÇÃO TRABALHISTA -SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS – TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – NECESSIDADE DE SE FAZER, QUANTO À ANÁLISE DESTA TEORIA, UMA MITIGAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Tendo em vista o princípio de proteção ao hipossuficiente nesta especializada e o fato de não poder o empregado ser responsabilizado pelos riscos do empreendimento, deve-se, abrandando a análise da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, responsabilizar os sócios da mesma pelos débitos trabalhistas. Ademais, quando o executado não indica bens livres e desembaraçados da sociedade (art. 596, § 1º, do CPC) e nem faz prova da inexistência dos pressupostos apontados nos arts. 10 do Dec. nº 3.708/19 e 28 do CDC – Lei nº 8.078/90. (TRT 20ª R. – AP 0623/01 – (1111/01) – Rel. Juiz Carlos Alberto Pedreira Cardoso – J. 29.05.2001)

“DA PENHORA EM IMÓVEL DOS SÓCIOS – DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. No processo do trabalho, deve ser assegurado ao exeqüente o recebimento da totalidade de seus direitos pelo patrimônio da empresa e dos sócios, isto porque neste ramo especializado do direito, a responsabilização pessoal destes é sempre possível quando a personalidade jurídica concedida à sociedade serve de empecilho à satisfação dos créditos dos hipossuficientes, conforme preconiza o § 5º, do art. 28, do Código do Consumidor, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho. Agravo improvido por unanimidade. (TRT 24ª R. – AP 70/2001 – (1636/2001) – Rel. Juiz João de Deus Gomes de Souza – DJMS 28.06.2001 – p. 22)”.

“DA PENHORA EM IMÓVEL DOS SÓCIOS – DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. No processo do trabalho, deve ser assegurado ao

exequente o recebimento da totalidade de seus direitos pelo patrimônio da empresa e dos sócios, isto porque neste ramo especializado do direito, a responsabilização pessoal destes é sempre possível quando a personalidade jurídica concedida à sociedade serve de empecilho à satisfação dos créditos dos hipossuficientes, conforme preconiza o § 5º, do art. 28, do Código do Consumidor, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho. Agravo improvido por unanimidade. (TRT 24ª R. – AP 70/2001 – (1636/2001) – Rel. Juiz João de Deus Gomes de Souza – DJMS 28.06.2001 – p. 22)”.

“DOCTRINA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – ART – 28 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PRECEDENTES 1. Não desqualificada a relação de consumo, possível a desconsideração da personalidade jurídica, provada nas instâncias ordinárias a existência de ato fraudulento e o desvio das finalidades da empresa, ainda mais quando presente a participação direta do sócio, em proveito próprio. 2. Recurso especial não conhecido. (STJ – RESP 252759 – SP – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 27.11.2000 – p. 157)

“FALÊNCIA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – DUAS RAZÕES SOCIAIS, MAS UMA SÓ PESSOA JURÍDICA – QUEBRA DECRETADA DE AMBAS – INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 460 DO CPC. O Juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros. Consideradas as duas sociedades como sendo uma só pessoa jurídica, não se verifica a alegada contrariedade ao art. 460 do CPC – Recurso especial não conhecido. (STJ – RESP 63652 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Barros Monteiro – DJU 21.08.2000 – p. 00134)”.

“MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – PENHORA – BEM PARTICULAR – SÓCIO COTISTA MINORITÁRIO – TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 1. Mandado de segurança visando a evitar a consumação da penhora sobre bens particulares de sócio minoritário em execução de sentença proferida em desfavor de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, cuja dissolução se deu sem o encaminhamento do distrato à Junta Comercial.

2. Em casos de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito e violação aos estatutos sociais ou contrato social, o art. 28 da Lei nº 8078/90 faculta ao Juiz responsabilizar ilimitadamente qualquer dos sócios pelo cumprimento da dívida, ante a insuficiência do patrimônio societário. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. 3. Recurso ordinário não provido. (TST – ROMS 478099 – SBDI II – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 23.06.2000 – p. 403)

“AÇÃO RESCISÓRIA – TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Incabível a ação rescisória, considerando-se que a matéria em debate é de interpretação controvertida nos tribunais, e a exegese conferida pela sentença rescindenda não destoia da literalidade do texto legal, uma vez que a execução da empresa que se extinguiu de modo irregular, processa-se diretamente sobre os bens dos seus sócios, em virtude da desconsideração de sua personalidade jurídica. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TST – ROAR 531319 – SBDI II – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DJU 23.06.2000 – p. 406)”.

Bibliografia:

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1999. 2.v.

SCHIAVI, Mauro, A Reforma Trabalhista E O Processo Do Trabalho : aspectos processuais da Lei 13.467/2017/ 1º edição – São Paulo. LTr Editora, 2017.

Reforma Trabalhista / Carlos Augusto Marcondes De Oliveira Monteiro, Márcio Mendes Granconato, Coodenadores.- Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2017.

CLT Comparada / Elisson Meissa, Henrique Correia, Raphael Miziara e Breno Lanza – Salvador: Ed. Juspodivm,2017 496 p.

LISBOA, Roberto Senise, responsabilidade civil nas relações de consumo, Roberto Senise Lisboa, - 2. Ed. Ver. Atualizada, - São Paulo – Ed. RT , 2006.

CDC - Código de Defesa do Consumidor , Ed. Atlas, 2015.

Novo Código de Processo Civil: comparado - Lei 13.105/2015/ coordenação Luiz Fux; organização Daniel Amorim Assumpção Neves. – Rio de Janeiro; forense: São Paulo; Método, 2015.

Constituição Federal 1.998 /Juarez de Oliveira – São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998

Código Civil Brasileiro, 2002, Vade Mecun Acadêmico de Direito /Rideel / Anne Joyce Angher, organização – 22. Ed.- São Paulo: Riedell, 2016.

TEIXEIRA, Tarcisio, Direito empresarial sistematizado; doutrina e prática/ Tarcisio Teixeira. – São Paulo; Saraiva, 2011, 341 p.

AMARAL, Maria Alice Batista Gurgel do. A efetivação do direito na execução trabalhista. Campinas: ME, 2004. 323 p. TST 331:347.952 A485 E

NASCIMENTO, Amanda Gomes do. A desconsideração da pessoa jurídica na execução trabalhista. Justiça do Trabalho, Porto Alegre, v. 24, n. 277, p. 50-71, jan. 2007.

MARTINS, Gilberto Baptista. Os fundamentos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o [novo Código Civil](#). In *Boletim Adcoas* 4/84.

NOTAS:

[1] TEIXEIRA, Tarcisio, Direito empresarial sistematizado; doutrina e prática/ Tarcisio Teixeira. – São Paulo; Saraiva, 2011, 341 p

[2] MARTINS, Gilberto Baptista. Os fundamentos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o [novo Código Civil](#). In *Boletim Adcoas* 4/84.

[3] Reforma Trabalhista / Carlos Augusto Marcondes De Oliveira Monteiro, Márcio Mendes Granconato, Coodenadores.- Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2017., Pag17/18.

[4] Reforma Trabalhista / Carlos Augusto Marcondes De Oliveira Monteiro, Márcio Mendes Granconato, Coodenadores.- Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2017., Pag.18.

[5] “Reforma Trabalhista / Carlos Augusto Marcondes De Oliveira Monteiro, Márcio Mendes Granconato, Coodenadores.- Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2017., Pag19

[6] Schiavi, Mauro, A Reforma Trabalhista E O Processo Do Trabalho : aspectos processuais da Lei 13.467/2017/ 1º edição – São Paulo. LTr Editora, 2017.

[7] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1999. 2.v. p. 45.

A INCONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS DE EFEITO VINCULANTE

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

VINÍCIUS HETMANEK DE PASSOS MACIEL

(Orientador)[\[1\]](#).

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade das súmulas de efeito vinculante. As referidas súmulas consistem em entendimentos pacificados, expressos de maneira sucinta, acerca de determinado assunto que tiveram solução idêntica e foram inseridas no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional n.º 45/04, sendo seu efeito disciplinado pela Lei 11417/06, que regulamentou a forma de edição, revisão e cancelamentos das súmulas. Em razão de seu efeito, as súmulas vinculantes possuem eficácia imediata, salvo em casos de insegurança jurídica ou interesse público. Por isso, entende-se que elas violam alguns princípios constitucionais, dentre eles o princípio da separação dos poderes, da legitimidade democrática, do livre convencimento e da independência funcional do juiz, além de ofender o duplo grau de jurisdição, a evolução do direito, o acesso à justiça, a inafastabilidade do controle judiciário, a obrigatoriedade de motivações das decisões e o processo democrático. Em suma, o que se pretende demonstrar é que as súmulas de efeito vinculante, além de violarem nitidamente as cláusulas pétreas da Constituição da República, ofendem vários princípios constitucionais.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Súmula Vinculante. Inconstitucionalidade.

Abstract: This article proposes to analyze the unconstitutional nature of the overlapping binding effects. These summaries consist of pacified statements, expressed succinctly, on a subject that had an identical

solution and were inserted in the legal order of the country through Constitutional Amendment 45/04, its effect being disciplined by Law 11417/06, which regulated the way of editing, reviewing and canceling the overviews. Due to their effect, the binding precedents have immediate effectiveness, except in cases of legal uncertainty or public interest. Therefore, it is understood that they violate certain constitutional principles, among them the principle of separation of powers, democratic legitimacy, free conviction and functional independence of the judge, as well as offending the double degree of jurisdiction, access to justice, the inafasability of judicial control, the compulsory motivation of decisions and the democratic process. In sum, what it is tried to demonstrate is that the precedents of binding effect, besides clearly violating the stony clauses of the Constitution of the Republic, offend several constitutional principles. **Keywords:** Constitutional Law. Binding Summary. Unconstitutionality.

Sumário: Introdução. 1. Súmula. 1.1. Conceito. 1.2. Diferenciação dos institutos da jurisprudência e da súmula. 1.3. Classificação das súmulas. 2. Súmula vinculante e o sistema jurídico brasileiro. 2.1. Natureza jurídica. 3. Princípios constitucionais violados com a adoção das súmulas de efeito vinculante. 3.1 Separação das funções estatais e a legitimidade democrática. 3.2. Livre convencimento e independência do juiz. 3.3. Duplo grau de jurisdição e evolução do direito. 3.4. Acesso à justiça e inafastabilidade do controle judiciário. 3.5. Motivação. 3.6. Processo democrático. Conclusão. Referências.

Introdução

O presente trabalho visa estudar a legitimidade do Poder Judiciário, exercida por meio do Supremo Tribunal Federal, na construção de súmulas vinculantes em face dos princípios constitucionais da tripartição de poderes do Estado e da soberania popular.

Para a compreensão do tema é necessário salientar que a Constituição da República de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, outorgou ao povo todo o poder, que deverá ser exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente, de acordo com os preceitos constitucionais. Estabeleceu, ainda, que o poder do Estado será “exercido de forma harmônica e tripartida pelo Executivo, Legislativo e Judiciário”. (NERY JR; ANDRADE NERY, 2014, p. 67).

A soberania popular, de acordo com a norma do artigo 14 da Lei Fundamental, “será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (Brasil,1988) e por meio de plebiscitos, referendos e iniciativa popular.

A função legislativa compete ao Poder Legislativo, composto por representantes do povo, eleitos diretamente para, em nome dele, criar as normas de conduta que regerão o país. A legitimação do processo legislativo se dá quando a criação da norma se sujeita ao crivo democrático da discussão popular.

A edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal tem por objetivo a padronização das decisões judiciais e a pacificação de temas controvertidos, de modo a promover maior segurança e relevância jurídica. Além disso, a jurisprudência consolidada visa garantir a certeza, a previsibilidade e a igualdade dos jurisdicionados, evidenciando a submissão moral de respeito à sabedoria acumulada pela experiência, além de construir uma presunção em prol do acerto do precedente.

Assim, abordar-se-á a natureza jurídica e os termos em que a súmula de efeito vinculante foi inserida na Constituição da República, passando-se à análise dos princípios constitucionais violados, entre eles o da separação dos poderes, da independência do Juiz, da imparcialidade, do devido processo legal e do livre convencimento.

1. Sumula

1.1 Conceito

A palavra súmula tem sua raiz no latim (*summula*). De Plácido e Silva, conceitua súmula como sendo algo “que de modo abreviadíssimo explica o teor ou o conteúdo integral de uma coisa. Assim, a súmula de uma sentença, de um acórdão, é o resumo, ou a própria ementa da sentença ou do acórdão” [1].

Em termos jurídicos, súmulas são entendimentos jurisprudenciais pacificados, criados por certo Tribunal, as quais servem de orientação aos magistrados para formarem seu convencimento nas soluções das lides[2].

Em síntese, as súmulas são entendimentos pacificados dos Tribunais, oriundos das reiteradas decisões em um mesmo sentido acerca de tema específico de sua competência, cujo objetivo é servir de referencial ao mundo jurídico, sem, contudo, ser de observância obrigatória.

Por oportuno, é importante consignar que está consagrado no direito pátrio o princípio do livre convencimento fundamentado do juiz. Em razão disso, o julgador não está compelido a aplicar a matéria sumulada pelo Tribunal, uma vez que o entendimento então cristalizado somente serve de orientação, cabendo ao julgador acatar ou não tais entendimentos nos casos *sub judice*.

Ademais, preceitua o art. 5º, II, da Constituição da República de 1988 que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”[3]. Com base neste princípio, pode-se afirmar que as súmulas, em regra, não exercem o poder de obrigatoriedade, tendo em vista que em sua criação não são exigidos e observados os mesmos requisitos para edição de uma lei e, tampouco, expressam a vontade geral. Tratam-se somente de entendimentos pacificados dos Tribunais sobre uma lei ou alguns de seus dispositivos em que existam constantes controvérsias.

1.2 Diferenciação dos institutos da jurisprudência e da súmula

O vocábulo jurisprudência tem sua gênese no latim, *jurisprudencia*, em que *juris* direito, ciência do direito, e *prudencia* significa sabedoria[4]. Literalmente, jurisprudência é “o Direito visto com sabedoria”. No tocante ao conceito em análise, vejamos o que diz De Plácido e Silva:

Assim é que se entende a jurisprudência como sábia interpretação e aplicação das Leis a todos os casos concretos que se submetam a julgamento da justiça. Ou seja, o hábito de interpretar e aplicar as leis aos fatos concretos, para que assim, se decidam as causas. Desse modo a jurisprudência não se forma isoladamente, isto é, pelas decisões isoladas. É

necessário que se firme por sucessivas e uniformes decisões, constituindo-se em fonte criadora do Direito e produzindo um verdadeiro jus novum.^[5]

É importante destacar que, em nosso país, a jurisprudência é apenas uma fonte de apoio e, portanto, não é criadora do direito.

Já a súmula, segundo o Professor Oscar Villhena Vieira, é "um curto enunciado que, de maneira objetiva, explicita a interpretação de um tribunal superior a respeito de determinada matéria"^[6].

Discorre Antônio Álvares da Silva que "a criação jurisprudencial (no mesmo sentido encaixam-se as súmulas) há de ser apenas interpretativa, nunca ab-rogativa da lei. Se o for, será ilegal e não deve ser acatada. Mas se apenas a interpreta, os tribunais estão na sua função legítima e é para isto que existem"^[7].

Por fim, vê-se que o instituto jurídico da súmula é apenas uma síntese da jurisprudência, ou seja, trata-se de um enunciado resumido, sintetizado, do entendimento uniformizado de determinado tribunal acerca de um tema jurídico específico.

1.3 Classificação das súmulas

As súmulas podem ser classificadas em: persuasivas, vinculantes e obstativas ou impeditivas de recurso

Persuasivas são aquelas que não dependem de observância em sua aplicação, ou seja, não são de utilização compulsória. Servem apenas para nortear o julgador quando da formação de sua convicção ao decidir uma lide.

Em síntese, as súmulas persuasivas são tidas como um entendimento firmado por um Tribunal Superior, acerca de determinada matéria, destinada a orientar o julgador quando da decisão do caso que lhe foi exposto, sem serem, no entanto, de aplicação obrigatória.

Na lição de Marco Antônio Botto Muscari, vinculantes são “as súmulas dotadas de força obrigatória, se não para o órgão jurisdicional que as emitiu (ao qual sempre restaria a possibilidade de alterá-las por maioria simples ou qualificada), ao menos para os juízos monocráticos e colegiados que lhe são inferiores.”^[8]

Antônio Silveira Neto ensina que súmula vinculante é “um enunciado sintético e objetivo exarado por um Tribunal, com o escopo de uniformizar o entendimento reiterado em inúmeros e semelhantes julgados (jurisprudência), que obriga todos a harmonizarem suas condutas com o declarado pelo Tribunal”^[9].

Para Maria Helena Diniz^[10], “súmula vinculante é aquela que, emitida por Tribunais Superiores após reiteradas decisões uniformes sobre um mesmo assunto, torna obrigatório seu cumprimento pelos demais órgãos do Poder Judiciário”.

Superficialmente, entende-se por súmula vinculante a editada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja aplicação é obrigatória pelo julgador quando da decisão de um caso concreto em que a matéria a ser analisada seja substancialmente análoga à sumulada.

Por oportuno, desde já, observa-se que aplicação da súmula de efeito vinculante restringe o âmbito de atuação jurisdicional das instâncias inferiores e da administração pública, uma vez que os órgãos destes deverão aplicar o disposto na súmula, sem contrariá-la.

Por sua vez, as súmulas obstativas ou impeditivas de recursos são aquelas que impedem o jurisdicionado de buscar o reexame da decisão pela instância superior (acesso ao duplo grau de jurisdição), por não ser passível a interposição de recurso, já que a matéria decidida se encontra em conformidade com entendimento sumulado por Tribunal Superior.

2. Súmula vinculante e o sistema jurídico brasileiro

A súmula vinculante nasce das reiteradas decisões sobre matéria de ordem constitucional proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a qual

exige aprovação de dois terços dos ministros daquela Corte. No tocante ao efeito, a súmula vinculante, como se depreende do próprio nome, possui vinculação obrigatória a ser observada pelo Poder Judiciário, bem como pela Administração Pública (direta e indireta), conforme preceitua o art. 3º da Constituição da República de 1988. Vejamos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.[\[11\]](#)

Desta forma, vislumbra-se que a súmula vinculante é a jurisprudência criada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja aplicação do entendimento sumulado é de cumprimento obrigatório pelo Judiciário e pela Administração Pública em geral. Assim, na prática, a súmula vinculante possui força de lei, uma vez que cria um vínculo jurídico e possui efeito *erga omnes*.

Denota-se, ainda, que a súmula vinculante é um instrumento que impede juízes de instâncias inferiores decidir diversamente do Supremo Tribunal Federal quando a questão *sub judice* envolver entendimento já expresso por meio dela.

2.1 Natureza jurídica

A súmula vinculante trata-se de um enunciado de conteúdo normativo, vez que é editada em termos de compulsoriedade. Aliás, o próprio artigo 103-A da Constituição dispõe que “a súmula **terá** efeito vinculante (...)”. (Grifei).

Além disso, a súmula vinculante é um enunciado jurídico e não moral ou de outra grandeza. Acrescenta-se, ainda, que, por ser criada pelo órgão de cúpula do judiciário brasileiro, nos termos do 103-A da Constituição da República, a natureza jurídica da súmula vinculante mais reafirma ser uma norma jurídica. Nesse sentido, o entendimento de Cinthia Emilia Passos e Débora Carvalho Fioratto:

O Supremo Tribunal Federal tem como competência precípua a guarda da Constituição, ou seja, é ele quem tem nas mãos em última instância a Constituição, é a ele que cabe tornar efetiva a aplicação e interpretação do direito constitucional positivo. A palavra final, no que diz respeito à Constituição, cabe a ele, STF. Conseqüentemente, ao editar súmula com efeito vinculante, a matéria tratada será de norma constitucional. Logo, a súmula não terá apenas “força de lei”, mas “força de norma

constitucional” somente modificável pelo Poder Legislativo por emenda constitucional.[\[12\]](#)

As súmulas vinculantes, além de serem dotadas de caráter geral e abstrato, possuem o efeito vinculativo que muito se assemelha às normas elaboradas pelo Legislativo.

Acerca da semelhança entre as súmulas vinculantes e as normas jurídicas, cabe mencionar as palavras de Marcus Vinícius da Costa Fernandes:

Assim como a violação à lei autoriza propositura de ações judiciais corretivas – haja vista a característica da imposição, coerção e sanção inerentes ao ordenamento jurídico –, a violação às súmulas autoriza a propositura da reclamação para correção da desconformidade.[\[13\]](#)

Portanto, as súmulas de efeito vinculante possuem força de Lei Constitucional, sendo indevidamente criadas pelo Supremo Tribunal Federal, o qual compete resguardar a correta aplicação do Direito e não criá-las. Acrescenta-se, ainda, que é inconcebível atribuir às súmulas de efeitos vinculantes igual hierarquia ou valor das normas jurídicas.

3. Princípios Constitucionais violados com a adoção das súmulas de efeito vinculante

Quanto às violações Constitucionais em decorrência da adoção da súmula de efeito vinculante, vale colacionar as palavras de Maria Helena Mallmann Sulzbach, citada por Dalmo de Abreu Dalari, na matéria "Efeito vinculante: prós e contras", em especial sobre a Reforma do Judiciário na Revista Consulex nº 3 de 31/3/1997:

(...) significa alterar o princípio constitucional que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (art. 5º, inc. II, da CF/88), cláusula pétrea não passível de alteração pelo poder constituinte derivado. Materializando a interpretação obrigatória que deve ser dada à lei, a

súmula com efeito vinculante gera efeito que nem a lei provinda do Parlamento tem capacidade de produzir. Torna-se uma superlei, concentrando no Judiciário poderes jamais concedidos sequer ao poder constituinte originário, o qual não pode impor interpretação obrigatória às normas que disciplinam as relações sociais. A possibilidade de edição de súmula com efeito vinculante pelos tribunais de cúpula significa atribuir a esses competência de cassação e afirmação das normas, com evidente fragilização do Poder Legislativo e, acima de tudo, subtração de sua prerrogativa formal de legislar. Trata-se, ao nosso ver, de sucedâneo judiciário de Medida Provisória e, portanto, é mais uma forma de usurpação das funções legislativas do Congresso Nacional. E mais, sob o enfoque das consequências da edição de comando legislativo compulsório, ao qual o juiz se submete obrigatoriamente, há evidente supressão do processo de renovação do direito através da jurisprudência. Suprimindo-se o princípio do livre convencimento do juiz, suprime-se também uma das principais fontes desse processo que tem, em sua origem o exercício da advocacia, que fica restrito e limitado a requerer ao Judiciário simplesmente a aplicação do enunciado vinculativo. Com o engessamento do processo de renovação do direito fica a indagação: de que realidade e em que fatos sociais dinâmicos os tribunais de cúpula irão buscar inspiração para editar os seus comandos legislativos? Não tenho qualquer dúvida de que a busca da solução justa de cada processo é inerente à democracia, que não pode ser abalada a pretexto de descongestionamento do Judiciário." [14]

Conforme se verá adiante, a adoção das súmulas de efeito vinculante acaba por violar diversos princípios consagrados Constitucionalmente. Demonstra-se:

3.1 Separação das funções estatais e a legitimidade democrática

A separação dos poderes do Estado originou-se de uma teoria (Tripartição dos Poderes) que foi se desenvolvendo ao longo da história por meio de estudos de filósofos, tendo efetivamente se consagrado no século XVIII, após a conclusão de Montesquieu.

A doutrina de Montesquieu não só especificou as funções a serem exercidas pelo Estado (como fizera Aristóteles), como também mostrou a necessidade de ser atribuído a titulares diferentes o exercício das funções.

A ideia da separação dos poderes, além de visar a liberdade individual, também estava voltada para o aumento da eficiência do Estado, uma vez que cada órgão do Estado se especializaria em uma função.

Em suma, a teoria surgiu com o fito de assegurar as liberdades individuais e, ainda, para concentrar a atividade estatal em “três poderes” distintos. Nesse sentido, as palavras de Charles-Louis de Secondant citando Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as

leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos.[\[15\]](#)

Com essa ideia, o filósofo criou o sistema de freios e contrapesos, sendo conferido ao executivo participação legislativa e ao legislativo a fiscalização da execução.

O princípio da separação das funções do Estado está expressamente previsto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Prevê o referido dispositivo legal que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” [\[16\]](#).

Para Montesquieu, as três funções estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) seriam harmônicas e independentes entre si, não sendo permitido uma sobrepor a outra. Contudo, haveria uma complementação de desempenhos entre eles.

Baseado nisso, a Constituição da República de 1988 adotou a teoria da tripartição dos poderes ao distribuir as funções estatais entre o Legislativo, Executivo e o Judiciário. No tocante a esta divisão de atribuição de funções, Kildare Gonçalves Carvalho afirma que:

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da divisão ou separação de Poderes (artigo 2º), cabendo ao Poder Legislativo o exercício precípua da função legislativa voltada para a criação de normas jurídicas obrigatórias que vão inovar o Direito, e aos Poderes Executivo e Judiciário a sua realização.[\[17\]](#)

Da análise da nossa Constituição, verifica-se que a função legislativa será exercida pelos representantes do povo, que foram eleitos por meio do voto direto. No tocante a atividade desempenhada, o Legislativo reveste-se de grande importância, uma vez que a ele é atribuída a função de fiscalizar os atos do Executivo e de elaborar as leis que expressam a vontade popular. Cabe ressaltar que as normas editadas

pelo Legislativo possuem natureza obrigatória de caráter geral e abstrata, devendo ser cumpridas pelo Judiciário e Executivo e por toda a sociedade.

As funções atribuídas ao Executivo, por sua vez, também são desenvolvidas por agentes públicos que assumem o cargo por meio do voto direto. Compete ao Executivo exercer os negócios públicos, previstos em nossa legislação, destinados a suprir as necessidades da coletividade. Com relação à atividade exercida pelo Executivo estatal, José Afonso da Silva ressalta que “se trata de órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração.” [18]

Já o Judiciário, ao contrário dos “outros poderes”, é composto por órgãos que realizam suas atividades por meio dos magistrados, cujo ingresso na carreira jurídica é precedido de concurso público, ressalvados os que entram na carreira por meio de indicação política, popularmente conhecido como ingresso por meio do “quinto constitucional”.

Aos membros do Judiciário é atribuída a função de aplicar o direito, bem como de zelar pelas garantias constitucionais, garantindo-se aos jurisdicionados acesso às decisões judiciais de acordo com suas necessidades. Desta forma, o papel desempenhado pelo Judiciário é de suma relevância na organização do Estado.

Ocorre que a adoção das súmulas de efeito vinculante ofende fortemente o princípio da separação das funções estatais. O Supremo Tribunal Federal, ao criar súmulas vinculantes, está na verdade desempenhando uma função típica e privativa do Legislativo, já que a súmula por ele criada se equipara à lei, na medida em que possuem características particulares como a generalidade e a força obrigatória.

Não há necessidade de grande esforço para compreender que a súmula de efeito vinculante se manifesta na forma de uma “super lei”, uma norma de caráter geral, abstrata e obrigatória. Evidente é a usurpação de função realizada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Judiciário, pois ao criar a súmula vinculante ele está nada mais que legislando. Ademais, não é demasiado dizer que existe uma nítida

superposição de poderes, em que o Supremo Tribunal Federal se coloca em patamar superior ao Poder Legislativo.

3.2. Livre convencimento e independência do juiz

O princípio do livre convencimento também é conhecido como princípio da persuasão racional do juiz. Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, "tal princípio regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção". [19]

Conclui-se deste princípio que "o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais" [20]

O princípio em questão também aponta a independência do juiz em relação aos Tribunais Superiores. Em razão disso, está o referido princípio diretamente ligado à garantia de independência dos juízes, "a qual retira o magistrado de qualquer subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais; o juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência." [21]

Em um primeiro momento, parece ilógico não atribuir efeitos vinculantes aos precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Judiciário, sendo claro o respeito às suas decisões pelo resto do Judiciário.

Ocorre que, na formação histórica do direito nacional, a liberdade de convicção do julgador sempre foi tida como importante valor para a sociedade.

Facilmente nota-se que o princípio constitucional do livre convencimento do juiz é ofendido com a adoção de súmulas de efeitos vinculantes. A incompatibilidade se evidencia na medida em que o juiz,

mesmo convencido do contrário, terá que decidir o processo de acordo com o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, ante a força de vinculação da súmula.

Nesta esteira, Luiz Flávio Gomes afirma que “a inconstitucionalidade da súmula vinculante é evidente”[\[22\]](#). Segundo ele, qualquer interpretação que um Tribunal der a uma lei ordinária, por mais fantástica que pareça, em hipótese alguma, poderá vincular os juízes das instâncias inferiores. Os magistrados, portanto, devem julgar com absoluta e total independência. A súmula de efeito vinculante ofende o princípio da independência do juiz, isto é, sua independência interna, tanto dentro quanto frente à própria instituição a qual está vinculado[\[23\]](#).

Entre as garantias constitucionais conferidas aos magistrados está a liberdade de exercício das suas funções. Assim, cabe ao juiz, na solução de uma lide, realizar uma análise fundamentada, valendo-se de sua consciência jurídica, sem vincular sua decisão, ou seja, o juiz tem a liberalidade de decisão. Caso contrário, estar-se-á retirando a independência que lhe é conferida constitucionalmente.

Quanto à independência do juiz, esclarecedoras são as palavras do então Senador Roberto Freire, conforme citação de José Anchieta da Silva:

Com o efeito vinculante, retira-se muito a capacidade de se discutir os fatos, que não são iguais, podem ter semelhanças, analogia, mas são distintos. E o juiz, na primeira instância, discute fatos. No momento que se tem a interpretação, a hermenêutica dos tribunais superiores, através de efeitos vinculantes, determinando como se resolver, estamos diminuindo a capacidade de os juízes interpretarem a realidade dos fatos.[\[24\]](#)

Cabe, portanto, ao magistrado formar suas convicções em cada caso conforme a realidade dos fatos trazida ao processo por meio das provas produzidas em observância ao devido processo legal.

Com a adoção das súmulas de efeitos vinculantes, os conhecimentos e a experiência adquiridos pelo juiz em anos de trabalho, são simplesmente ignorados. É preciso entender que cada caso é único, razão pela qual a decisão deve ser pautada no princípio do devido processo legal.

Ademais, preceitua a norma do art. 103-A da Constituição Federal, que os juízes deverão cumprir a súmula vinculante e aplicá-la de forma inerte, o que vai de encontro com o princípio constitucional da independência do juiz. Assim, evidente a conclusão de que o judiciário fica engessado, já que não resta alternativa ao magistrado senão aplicá-la.

3.3. Duplo grau de jurisdição e evolução do direito

O princípio do duplo grau de jurisdição está previsto implicitamente na parte final do inciso LV, do art. 5º da Constituição da República de 1988, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;[\[25\]](#)

Verifica-se ser garantida a ampla defesa "com os meios e recursos a ela inerentes", sendo assegurado o reexame da decisão por um órgão superior, cuja previsão e competência estão reguladas nos artigos 5º, LV, 92, 102, 105 e 108, todos da Constituição da República de 1988.

Ensinam Antônio Carlos de Araújo Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que:

Esse princípio indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância), que corresponde à denominada jurisdição inferior. Garante, assim, um novo julgamento, por parte dos órgãos da 'jurisdição superior', ou de segundo grau (também denominada de segunda instância).^[26]

Acrescentam, ainda, que este princípio

(...) funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso (...) é mais conveniente dar ao vencido uma oportunidade para reexame da sentença com a qual não se conformou (...) mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles (...)^[27]

O princípio em comento tem por objetivo evitar decisões erradas ou injustas, já que abre ao jurisdicionado a possibilidade de reexame da decisão por um órgão colegiado que, em tese, julga com menor margem de erros, por ser constituído por julgadores com maior experiência jurídica.

A incompatibilidade entre o princípio do duplo grau de jurisdição e o efeito vinculante das súmulas é clara, uma vez que não seria necessária a interposição de recurso pela parte desfavorecida pela decisão, pois o provimento final da instância a que se recorreu já seria conhecido de antemão.

Em termos práticos, o duplo grau de jurisdição fica violado na medida em que, ao interpor um recurso para Tribunal Superior, poderá o relator negar seguimento ao recurso, ao argumento de que a matéria a ser reexaminada é contrária ao conteúdo de súmula vinculante. Além de se

estar inviabilizando o duplo grau de jurisdição, as provas produzidas no processo, que poderiam mudar a decisão, sequer são analisadas, restando impossível até mesmo alterar o entendimento de determinada súmula vinculante.

Não se pode aceitar que, em nome da celeridade processual, seja talhado o direito do cidadão de buscar o reexame das decisões, até mesmo porque o devido processo legal e o duplo grau de jurisdição também são assegurados pela Constituição da República Federal (art. 5º, XXXV, LIV, LV).

Cabe registrar também que a adoção das súmulas de efeitos vinculantes acaba por travar a evolução do direito, uma vez que os casos postos à apreciação do judiciário não serão analisados quando a matéria em discussão já tiver sido sumulada. Desta forma, resta prejudicada possibilidade de se formar novo entendimento acerca do assunto. Nesse sentido:

O chamado 'efeito vinculante', portanto, do ponto de vista hermenêutico, não faz mais do que fazem hoje as súmulas: restringe o universo interpretativo aberto às partes e aos juízes, que ficam referenciados por aquela interpretação superior e prévia.^[28]

3.4. Acesso à justiça e inafastabilidade do controle judiciário

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira de 1988, expressamente prevê o princípio da garantia de acesso ao judiciário. O referido dispositivo legal define que a “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.^[29]

O princípio em análise resguarda o direito ao indivíduo de ingressar em juízo em busca de proteção de seus interesses. Trata-se de uma garantia fundamental que tutela, além do acesso à justiça, a correta prestação jurisdicional em garantia ao respeito dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição.

Sobre o assunto, Luiz Guilherme Marinoni ensina que:

O direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.^[30]

A prestação jurisdicional, baseada neste princípio, deve estar centrada na legítima atividade, sustentada nas garantias previstas na Constituição, não sendo permitida, sob qualquer pretexto, a realização de atos contrários às necessidades dos litigantes em um processo. Ademais, é dever do Estado garantir aos indivíduos o acesso à justiça, sendo proibida qualquer disposição legal contrária à garantia de acesso à função jurisdicional democrática.

O postulado do acesso à justiça, além de assegurar o acesso ao juízo e a plena atividade do judiciário, também garante proteção ao indivíduo no que se refere aos atos abusivos porventura praticados pelo poder público, como, por exemplo, os atos que proibam a análise de demandas judiciais ou que não respeitem as garantias fundamentais tuteladas por nossa Constituição.

É importante esclarecer que ao Estado é proibido negar o pedido da prestação jurisdicional, cabendo a ele assegurar os meios hábeis de acesso do indivíduo ao Judiciário.

Ocorre que, ao adotar as súmulas de efeito vinculante, o Estado Brasileiro passa a violar o princípio da inafastabilidade do controle judiciário, já que um processo poderá ter fim em uma decisão formal, que mencionará apenas que a matéria posta em discussão já se encontra sumulada pelo Supremo Tribunal Federal.

A observância do referido princípio também atinge o legislador ordinário, uma vez que é inaceitável a elaboração de leis que o ofende.

Permitir o contrário é negar ao povo o acesso à atividade jurisdicional democrática estatal.

Leciona Djanira Maria Radamés de Sá que “qualquer obstáculo que se oponha à realização dos direitos abstratamente protegidos ou à resolução dos litígios importa em inacessibilidade do cidadão à justiça e, portanto, em transgressão à ordem jurídico-constitucional”^[31].

Segundo a jurista, a adoção de súmulas vinculantes constitui obstáculo ao acesso da justiça pelo cidadão, por existir posicionamento jurídico já definido, ou seja, na prática, por já saber não ser possível a reavaliação da matéria, o cidadão acabar por não invocar a manifestação do judiciário para apreciar os fatos de seu interesse, já que lhe será negado por serem estes contrários à determinada súmula vinculante.^[32]

3.5. Motivação

No tocante ao princípio constitucional da obrigatoriedade de motivações das decisões, inicialmente cabe colacionar os ensinamentos de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (...) mais modernamente foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões ^[33]

O princípio ora analisado encontra-se previsto no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, sendo nele previsto a nulidade das decisões judiciais carecedoras da devida fundamentação.

José Carlos Barbosa Moreira assim ensina:

A motivação das decisões judiciais, como expressão da justiça formal dos atos emanados do Poder a que compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos, constitui garantia inerente ao Estado de Direito. O princípio de que as decisões judiciais devem ser motivadas aplica-se aos pronunciamentos de natureza decisória emitidos por qualquer órgão do Poder Judiciário, seja qual for o grau de jurisdição, sem exclusão dos que possuam discricionária índole ou se fundem em juízos de valor livremente formulados^[34].

Conforme se vislumbra, o mencionado dispositivo constitucional consagra o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Deste princípio, conclui-se que a motivação das decisões foi inserida no texto constitucional para confirmar o processo constitucionalizado condizente com o Estado Democrático de Direito.

Além disso, o princípio em comento expressa a importância da fundamentação das decisões que serão proferidas pelo julgador, sob pena de nulidade caso assim não o faça. Desta forma, além de atentar para a garantia do devido processo legal, o julgador deverá analisar as questões levantadas no decorrer da prestação da atividade jurisdicional, para que o provimento final esteja em harmonia com o produzido democraticamente pelas partes litigantes do processo.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias discorre acerca do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais nos seguintes termos:

Com efeito, se a jurisdição somente atua mediante o devido processo constitucional e se o processo é procedimento que se desenvolve em

contraditório entre as partes, em condições de paridade, fundamentar a decisão jurisdicional é justificar o órgão estatal julgador, no processo, as razões pelas quais a decisão foi proferida.^[35]

Destarte, quando o julgador respeita o princípio da fundamentação das decisões, baseando-se nas argumentações e provas produzidas pelas partes, ele valoriza e reafirma o conceito de processo enquanto garantia constitucional, o qual é calcado em princípios do Estado Democrático de Direito. Assim, o provimento jurisdicional deve guardar relação com o produzido pelas partes no curso do processo, sendo proibido ao juiz externar suas convicções pessoais e transparecer seus sentimentos ao proferir a decisão.

O processo não deve ser encarado como um ato exclusivo do julgador. Pelo contrário, deve ser visto como uma instituição constitucionalizada, dotado de princípios que o fundamentam, capaz de garantir aos litigantes a participação efetiva nas atividades processuais.

Em vista do princípio da obrigatoriedade de fundamentação da decisão judicial, nota-se que a súmula de efeito vinculante obsta de forma gritante que o magistrado analise o processo e decida de acordo com as provas produzidas pelos litigantes.

É clara a desarmonia existente entre a fundamentação das decisões e o efeito vinculante das súmulas. Aceitar a inserção de súmula de efeito vinculante em nosso ordenamento jurídico é autorizar que as decisões judiciais sejam fundamentadas apenas formalmente, já que será necessário apenas alegar consonância entre a decisão e o entendimento de súmula vinculante.

Com isso, chega-se ao extremo de não se analisar as provas do processo, tendo em vista que pode decidir-se pela improcedência da ação já no despacho inicial do processo, impossibilitando o acesso à justiça.

3.6. Processo democrático

Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF/88) seria:

(...) o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.^[36]

Intrínsecos ao processo democrático estão os princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade, da publicidade, da necessidade de motivação das decisões judiciais, da vedação às provas ilícitas, dentre outros.

Observa-se que, enquanto garantia constitucional, o processo democrático engloba uma série de direitos que não se coadunam com a adoção das súmulas vinculantes, já que, ao decidir com base em entendimento cristalizado em súmula vinculante, o órgão do judiciário sequer terá oportunidade de observar os princípios mencionados.

Se isso não bastasse, as súmulas vinculantes também impedem interpretação oposta à matéria sumulada. Assim, obstar o surgimento de entendimento divergente, ainda que de forma fundamentada, estar-se-á ignorando o reexame da matéria (duplo grau de jurisdição).

O efeito vinculante não guarda afinidade com um sistema jurídico que adota o devido processo legal como princípio constitucional, como acontece no Brasil (art. 5º, incisos LIII, LIV, LV, LVI, da Constituição da República de 1988, além de outros).

De acordo com José Anchieta da Silva, o efeito vinculante:

(...) é uma extensão da coisa julgada para além da lide singular. A afirmação contém em si, em termos científicos, uma heresia mas, na prática, este será o efeito do tal efeito vinculante amplo pretendido. E isto é conspirar contra o conceito mesmo da coisa julgada, em todas as latitudes. O mesmo Sérgio Sérulo da Cunha (...) lembra que 'os efeitos dessa decisão, porém, são circunscritos àqueles que puderam expor suas razões em juízo, fazer provas, debater o Direito e os fatos e recorrer das decisões contrárias (...) É impossível, em face desse direito fundamental, proferir-se decisão judicial cuja execução alcance quem não foi litigante, quem não teve a oportunidade de se defender, fazer prova, expor suas razões, discutir o fato e o Direito. (...) A força obrigatória (efeito vinculante) das decisões judiciais, o alcance executório da coisa julgada, restringe-se, portanto, aos que foram parte no respectivo processo.' (...) Tais e pertinentes conclusões vêm secundada pela invocação do texto constitucional, exatamente no que ele contém de mais eloqüente, em torno das inderrogáveis prerrogativas de cidadania, segundo a qual aos litigantes e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, (art. 5º, inciso LV da Carta Política) e, segundo a qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV, do mesmo texto constitucional).[\[37\]](#)

Conforme já analisado, os entendimentos sumulados pelo Supremo Tribunal Federal, dotados de efeitos vinculantes, são de aplicação obrigatória pela Administração Pública e Judiciário, quando estes

depararem com casos idênticos aos cristalizados em determinada súmula vinculante.

Desta forma, caso o julgador observar que uma determinada demanda se refere a entendimento já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, será obrigado a aplicar o contido na súmula vinculante. Em razão disso, os princípios constitucionais do processo, quais sejam, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório são nitidamente violados.

Tendo igual entendimento, Cinthia Emilia Passos e Débora Carvalho Fioratto lecionam que:

O devido processo legal, caracterizado pela construção do provimento final, desenvolvido como procedimento realizado em contraditório, deve sempre ter seu pressuposto básico, o contraditório, satisfeito. A súmula vinculante acarretará repetições de uma mesma decisão, e podemos afirmar certamente que, essa repetição, sem a apreciação dos fundamentos e fatos jurídicos alegados pelas partes, não é feita em contraditório. Logo, a adoção da súmula vinculante que apenas repete a mesma decisão para casos semelhantes não garante a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, nem a garantia ao contraditório e a ampla defesa, pelo contrário, os viola abertamente.[\[38\]](#)

Por fim, não se pode deixar de mencionar que o processo, por ser garantia constitucional, somente será válido acaso respeitado o princípio do devido processo legal, ou seja, o provimento jurisdicional deve corresponder ao que foi produzido pelos litigantes por meio do contraditório e da ampla defesa.

Conclusão

Diante da análise realizada, pode-se afirmar, seguramente, que a adoção das súmulas de efeito vinculante em nosso ordenamento viola

princípios constitucionais e não guarda relação com o sistema jurídico adotado no Brasil. Não há como negar o caráter inconstitucional do referido instituto.

Conforme explanado, as súmulas de efeito vinculante foram inseridas no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional n.º 45/2004, conhecida como “Reforma do Judiciário”. Nos termos em que foi inserida, a súmula vinculante, como próprio nome já diz, possui caráter de obrigatoriedade de aplicação tanto pelo Judiciário quanto pela Administração Pública (direta e indireta), conforme se depreende do artigo 103-A e incisos da Constituição da República.

A inconstitucionalidade das súmulas vinculantes se sustenta, uma vez que diversos princípios constitucionais são violados. Elas afrontam o princípio do devido processo legal e demais princípios correlatos, como a ampla defesa, o acesso à justiça, a inafastabilidade do controle jurisdicional, a fundamentação das decisões judiciais, além de desrespeitar o duplo grau de jurisdição, a separação dos poderes e a legitimidade democrática.

No tocante à violação dos princípios do devido processo legal, cabe registrar que as garantias consagradas em nossa Constituição visam garantir as partes litigantes o acesso à justiça e todos os meios a ela inerentes, além de serem indispensáveis para uma correta prestação jurisdicional.

A súmula vinculante, por sua vez, impede a produção de provas, não garante discussões e apresentação dos entendimentos em juízo. Desta forma, acaba por inibir a possibilidade de entendimentos contrários ao provimento jurisdicional, causando uma estagnação no direito pátrio.

O princípio do livre convencimento do juiz também é afetado com a adoção das súmulas de efeito vinculante, uma vez que o magistrado passa a não ter autonomia diante da coisa julgada, já que fica impedido de analisar o caso de acordo com sua racionalidade e sendo crítico em razão da existência de uma súmula vinculante para aquele caso em decisão.

No que se refere ao duplo grau de jurisdição, de forma simples, temos que este diz respeito à possibilidade de reexame da matéria por um Tribunal superior. Com a adoção das súmulas vinculantes, nenhum sentido terá o recurso para reexame da matéria, haja vista que o assunto recorrido já será de antemão conhecido, pois aquele assunto já se encontra cristalizado em uma súmula, de observância e aplicação obrigatória. Assim, de nada adianta as provas produzidas porque não haverá oportunidade para apreciação das mesmas.

Quanto ao princípio da separação de poderes, a súmula de efeito vinculante atribui poderes ao Judiciário que nunca foram concedidos a outro órgão organizador do Estado. A usurpação de poderes é nítida. A prerrogativa de legislar cabe ao Poder Legislativo, que é composto por representantes do povo eleitos democraticamente para desempenhar suas funções. Contudo, ao editar súmulas com efeitos vinculantes, o judiciário acaba por criar uma “lei”. Destaca-se “lei” por ser de observância obrigatória, já que as referidas súmulas não são criadas de acordo com os mesmos moldes legais que uma lei propriamente dita e, tampouco, é elaborada pelo órgão competente (Legislativo) para tanto.

Adotar a ideia de uma decisão pré-conhecida para casos análogos é dizer que não há necessidade de criação de novas leis ou aplicação das que já existem.

Por fim, é importante mencionar que é impossível imaginar a supremacia da súmula judiciária em relação aos dispositivos legais, eis que os poderes são harmônicos e independentes entre si, nunca um sobrepondo ao outro. Caso contrário, o próprio Estado se converterá em descrédito perante suas próprias instituições e em relação aos possuidores do poder popular.

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ALMEIDA, Dayse Coelho. **Súmula Vinculante**. Publicada no Juris Síntese número 58. Março/Abril de 2006.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellgrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**, 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 3 de março de 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional** – 21. ed., rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A inconstitucionalidade da súmula de efeito vinculante no Direito brasileiro**. Disponível em: . Acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do judiciário**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALARI, Dalmo de Abreu. Matéria "**Efeito vinculante: prós e contras**", em especial sobre a Reforma do Judiciário na Revista Consulex nº 3 de 31/3/1997.

DAIZONE, Décio Sebastião. **Súmula Vinculante e Impeditiva**. São Paulo: LTr. 2006.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 32. ed. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico – volume 4**. 3ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Marcos Vinícius da Costa. Súmula Vinculante. In: CARMONA, Carlos Alberto. **Reflexões sobre a Reforma do Código de Processo Civil**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FRANCO, José Alexandre. **Sistemas de Direito Contemporâneo**. Disponível em: . Acesso em: 1º de março de 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado de Direito**, São Paulo: RT, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. **Justiça, Direito do Povo**. 12. ed., Rio de Janeiro: Thex Editora, 2000.

JAMBO, Paloma Wolfenson. **O poder vinculante das súmulas e a impossibilidade da identificação estreita das causas submetidas à Justiça**. In Jus Navigandi. Disponível em: . Acesso em 2 de abril de 2017.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 1ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007.

LINS E SILVA, Evandro. **A Questão do Efeito Vinculante**. Doutrina nacional, 1995.

LINS E SILVA, Evandro. Matéria "**Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante**". Revista Consulex nº 5 de 31/5/1997.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil - Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Arthur Mendes. **Breves Comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante**. 2008. Disponível em <http://revistajuridica.fafibe.br/arquivos/brev_escomentariosobrearegulamentacaodapf> Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

MALLET, Estevão. **Algumas linhas sobre o tema das súmulas vinculantes**. Revista Consulex, nº 11, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento – volume 2**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MUSCARI, Marco Antônio Botto. **Súmula Vinculante**. 1ª.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PASSOS, Cinthia Emilia; FIORATTO, Débora Carvalho. **A Súmula Vinculante no Estado Democrático de Direito**. Ano 06, n. 01, dez. 2007. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2007/Discentes/fiorato.doc.> Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Médoto, 2017.

POLETTI, Ronaldo. **Reforma da Justiça**. In Revista Consulex nº 12 de 31/12/1997.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Sobre a Súmula Vinculante**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, nº 133, ano 34, jan./mar. 1997.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula Vinculante**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, José Anchieta da. **A Súmula de Efeito Vinculante Amplo do Direito Brasileiro: um problema e não uma solução**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998

SILVEIRA NETO, Antônio. **Súmula de Efeito Vinculante**. In Angelfire. Disponível em: . Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro**. 2ª. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SORMANI, Alexandre. **Súmula Vinculante: dispositivo não suprime liberdade de convicção do juiz**. Revista Consultor Jurídico, 16 de março de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/33583,1>>. Acesso em 20 de março de 2017.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. **O Papel Constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral – Volume 1**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

VILHENA VIEIRA, Oscar - **Economia de direitos: efeitos colaterais serão maiores que os benefícios da súmula vinculante**. O Estado de São Paulo, 1º de outubro de 1996.

NOTAS:

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

[1] DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 32. ed. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 703.

[2] JAMBO, Paloma Wolfenson. **O poder vinculante das súmulas e a impossibilidade da identificação estreitadas causas submetidas à Justiça**. Disponível em: . Acesso em 2 de abril de 2017.

[3] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 3 de março de 2017.

[4] DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 32. ed. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 470.

[5] DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 32. ed. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 470.

[6] VILHENA VIEIRA, Oscar - **Economia de direitos: efeitos colaterais serão maiores que os benefícios da súmula vinculante**. O Estado de São Paulo, 1º de outubro de 1996.

[7] LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil - Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 8ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72.

[8] MUSCARI, Marco Antônio Botto. **Súmula Vinculante**. 1ª.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p.40.

[9] SILVEIRA NETO, Antônio. **Súmula de Efeito Vinculante**. In Angelfire. Disponível em: . Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

[10] DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico – volume 4**. 3ª.ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

[11] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 3 de março de 2017.

[12] PASSOS, Cinthia Emilia; FIORATTO, Débora Carvalho. **A Súmula Vinculante no Estado Democrático de Direito**. Ano 06, n. 01, dez. 2007. Disponível em http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2007/Discentes/fiorato.doc.> Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

[13] FERNANDES, Marcos Vinícius da Costa. **Súmula Vinculante**. In: CARMONA, Carlos Alberto. **Reflexões sobre a Reforma do Código de Processo Civil**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 269-280.

[14] DALARI, Dalmo de Abreu. Matéria "**Efeito vinculante: prós e contras**", em especial sobre a Reforma do Judiciário na Revista Consulex nº 3 de 31/3/1997.

[15] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 240.

[16] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 3 de março de 2017.

[17] CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional – 21. ed.**, rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

[18] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

[19] ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de., GRINOVER, Ada Pellgrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pág. 67.

[20] ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de., GRINOVER, Ada Pellgrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pág. 68.

[21] ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de., GRINOVER, Ada Pellgrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, 2014, pág. 161.

[22] GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado de Direito**, São Paulo: RT, 1997.

[23] GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado de Direito**, São Paulo: RT, 1997.

[24] SILVA, José Anchieta da. **A Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro: um problema e não uma solução**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

[25] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 3 de março de 2017.

[26] ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de., GRINOVER, Ada Pellgrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pág. 73.

[27] ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de., GRINOVER, Ada Pellgrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pág. 74.

[28] CUNHA, Sérgio Sérulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 134.

[29] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 3 de março de 2017.

[30] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento – volume 2**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 18.

[31] SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula Vinculante**.. 1ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

[32] SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula Vinculante**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

[33] ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de., GRINOVER, Ada Pellgrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pág. 68.

[34] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**, 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

[35] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

[36] ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de., GRINOVER, Ada Pellgrini., DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 40.

[37] SILVA, José Anchieta da. **A Súmula de Efeito Vinculante no Direito Brasileiro: um**

e não uma solução. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. [38] PASSOS, Cinthia Emilia; FIORATTO, Débora Carvalho. **A Súmula Vinculante no Estado Democrático de Direito**. Ano 06, n. 01, dez. 2007. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2007/Discentes/fiorato.doc> Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

DA DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SENSÍVEIS, ESTABELECIDOS E EXTENSÍVEIS NA LIMITAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO DECORRENTE.

GABRIELA MOSCIARO PADUA:
Advogada. Bacharel pela UCAM-Tijuca-RJ.

Resumo: O presente artigo visa estabelecer a distinção entre os princípios sensíveis, estabelecidos e extensíveis na limitação do Poder Constituinte Derivado Decorrente de acordo com as principais vozes da doutrina.

Palavras Chave: Direito Constitucional; Constituição Federal; Poder Constituinte; Limitação; Princípios.

Abstract: The present article aims to distinguish between the sensible principles, established and extendable in the limitation of the Derived Constituent Power according to the main voices of the doctrine.

Key-words: Constitutional Right; Federal Constitution; Constituent Power; Limitation; Principles.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do Poder Constituinte Derivado Decorrente. 3. Da distinção entre princípios sensíveis; princípios estabelecidos e princípios extensíveis. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

Inicialmente, necessária se faz a definição do que seria Poder Constituinte, trata-se de uma força e de ao mesmo tempo um poder que visa criar, eliminar ou modificar uma Constituição, entendida esta como a lei fundamental de uma sociedade. Neste sentido, segundo o artigo 1º da Constituição Federal, o poder emana do povo.

Levando em consideração o tema ora proposto, relevante que se destaque o conceito de hiato constitucional, o qual ocorre quando há um choque entre o conteúdo da Constituição e a realidade social. Diante deste hiato, o qual representa uma lacuna, um rompimento da continuidade, um dos fenômenos que pode ocorrer é a elaboração de uma nova Constituição.

Neste momento surge o Poder Constituinte Originário, o qual visa justamente inaugurar uma Constituição, por isso trata-se de poder inicial (pois elabora uma nova Constituição), ilimitado juridicamente (pois não

está sujeito a limitações prévias) e incondicionado (pois não se subordina a condições procedimentais).

Insta consignar, que tais características não mais representam conceitos fechados, sofrendo então mitigações. Deste modo, não faria sentido modificar radicalmente os valores (internos e internacionais) assegurados em dada comunidade jurídica.

Do poder constituinte derivam outros poderes como o poder derivado revisor, reformador e decorrente. Sendo este último o foco do presente trabalho, momento no qual serão apontados os principais limites no exercício deste poder de acordo com a doutrina majoritária.

2. Do Poder Constituinte Derivado Decorrente

O Poder Constituinte Derivado é também conhecido como instituído, constituído, de segundo grau, remanescente. Ao contrário do poder constituinte originário, o derivado deve obedecer às regras impostas pelo primeiro, sendo então condicionado a este.

Desta forma, podemos dizer que o poder constituinte derivado é: limitado (em razão das limitações materiais, formais, circunstanciais e temporais exigidas pela Constituição); condicionado (pois para que seja materializado é preciso que observe os requisitos impostos na Constituição) e como o próprio nome sugere, ele é derivado (pois antes dele ocorre a exteriorização do poder constituinte originário).

Além disso, classifica-se o poder Constituinte Derivado em revisor, reformador e decorrente. O revisor visa uma reforma geral dos dispositivos que precisam ser modificados. No Brasil, por força do disposto no art. 3º do ADCT, já tivemos uma revisão entre os anos de 1.993 e 1.994.

Já p reformador objetiva alterar a Constituição através das emendas constitucionais e por fim, como tema do presente artigo, o poder derivado decorrente visa estruturar a Constituição dos Estados- Membros ou modifica-las, tal poder decorre da auto-organização definida pelo poder constituinte originário.

Aos Estados Membros foi atribuído conforme o artigo 25 da Constituição, o poder de auto-organização, assim como o de autogoverno (artigo 27, 28 e 125, também da Constituição e por fim, o poder de autoadministração (artigo 18 e 25 a 28 da Constituição)

O poder constituinte derivado decorrente se divide em: inicial e de revisão. O primeiro visa estabelecer a organização das entidades que

compõem o Estado Federal, destina-se então a perfazer a obra do poder constituinte originário. Já p segundo visa alterar a Constituição estadual, adaptando-a a realidade social de sua comunidade.

E quanto ao Distrito Federal? Segundo o artigo 32 da Constituição Federal, este é regido por lei orgânica, votada em dois turnos com o interstício mínimo de 10 dias e aprovada por 2/3 da Câmara Legislativa que a promulga. Devendo tal lei orgânica observar os princípios estabelecidos na CF.

Diante disso, apesar de ter o Distrito Federal autonomia parcialmente tutelada pela União e de ao mesmo tempo exercer funções do Estado e do Município sua lei orgânica está diretamente vinculada à CF. E por todo o exposto está ele bem próximo dos Estados-Membros, verificando-se assim, clara manifestação do poder constituinte derivado decorrente no Distrito Federal.

E quanto aos Municípios? Teriam eles também o mencionado poder? De acordo com o entendimento majoritário a resposta a esta pergunta é negativa. Uma vez que a capacidade de auto-organização do Município delimitada no artigo 29 da CF deve respeitar os limites impostos na Constituição Federal e na Estadual, sendo assim não teria sido este poder estendido aos Municípios.

Quanto aos Territórios Federais, não existem dúvidas de que não possuem estes o mencionado poder, uma vez que se submetem à União e não tem autonomia federativa.

Sendo assim, pode-se concluir que o Poder Constituinte derivado decorrente é o poder atribuído aos Estados, de através de suas Assembleias Legislativas elaborarem as suas Constituições, assim como do Distrito Federal criar a sua lei orgânica através da Câmara Legislativa.

3. Da distinção entre princípios sensíveis; princípios estabelecidos e princípios extensíveis

Como podemos observar no tópico anterior, o poder constituinte derivado decorrente, tem como uma das suas características a limitação. Logo a sua atuação fica limitada aos seguintes princípios: sensíveis, estabelecidos e extensíveis.

Os princípios sensíveis são aqueles estabelecidos na Constituição Federal, em seu artigo 37, VII e que dão ensejo à intervenção federal, caso violados, são eles: autonomia municipal, direitos da pessoa humana, forma

republicana, sistema representativo e regime democrático, prestação de contas da Administração Pública direta e indireta e finalmente, a aplicação do mínimo exigido na saúde e na educação.

O motivo deles serem considerados "princípios sensíveis" é pelo fato de estarem definidos de forma direta e expressa, e também porque em caso de violação poderão ocasionar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, proposta pelo Procurador Geral da República, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal ante determinada unidade federativa que não seguir as cinco alíneas do artigo.

Por sua vez, os estabelecidos são aqueles que se reportam a todos os entes federativos e não apenas a União. Tais princípios podem gerar limitações expressas, implícitas e decorrentes. As primeiras se dividem em vedatórias e mandatórias. Como exemplo de vedatórias, podemos citar os princípios tributários e imunidades tributárias do artigo 150 da CF e também as hipóteses de intervenção federal previstas no artigo 35 da CF.

Porém como limitações expressas mandatórias, podemos citar as regras de criação, incorporação e fusão dos Municípios, por lei estadual dentro do período definido em lei complementar federal. Outro exemplo seria o auxílio do Tribunal de Contas no controle externo dos Municípios.

Dentro dos princípios estabelecidos, como dito anteriormente, temos também as limitações implícitas, que também podem ser mandatórias ou vedatórias e são retiradas das normas que dedicam competências a outros entes: como por exemplo o princípio da separação dos poderes (porém destaca-se que a competência de cada um dos poderes é exemplo de poder extensível e não estabelecido).

Para finalizar a classificação dentro dos limites estabelecidos, temos os decorrentes, os quais decorrem do sistema constitucional adotado, sendo assim podemos destacar como inseridos nesta categoria: o respeito que deve haver entre os Estados e com relação aos princípios do Estado Democrático de Direito.

E por fim, temos também os limites extensíveis são aqueles que estabelecem, ao contrário dos estabelecidos, as regras de organização da União, cuja a aplicação também se estende aos Estados. Incluem-se dentro desta categoria: as eleições do chefe do poder executivo, os princípios do processo legislativo, os requisitos de criação de uma CPI e como dito anteriormente, as definições das competências de cada poder.

4. Conclusão

Inegável é a importância dessas limitações impostas ao poder constituinte derivado decorrente, principalmente diante da realidade social e dos desafios impostos pelo atual sistema, sob pena de serem ofendidos os princípios básicos do Estado Democrático de Direito.

Desta forma é preciso que sejam esses limites observados, e que se possa ao mesmo tempo além de garantir as cláusulas pétreas e assim manter a ordem do sistema, gerar em razão disso uma segurança jurídica nas relações sem que ao mesmo tempo se ocasione uma fossilização de todo o ordenamento jurídico.

5.Referências

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2008.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, Alexandre de. Curso de Direito constitucional. 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CRIPTOPENAL: A APROPRIAÇÃO DAS MOEDAS VIRTUAIS

SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL:
Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal.

No dia 14 de dezembro de 2017, foi apresentado na Câmara dos Deputados o relatório do Deputado Expedito Netto, com Substitutivo ao PL 2.303/2015, de autoria do Deputado Áureo, que dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aérea na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central (Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013). O referido documento constitui um verdadeiro revés contra aqueles que são favoráveis à admissibilidade das criptomoedas e dos *tokens*, não apenas porque pretende proibir, mas também por tentar criminalizar o lançamento, comercialização, intermediação e aceitação como meio de pagamento destes ativos virtuais.

Segundo o relator, as moedas virtuais, representam uma verdadeira invasão ao Sistema Monetário Nacional, violando preceitos constitucionais que garantem ao Banco Central o monopólio quanto à emissão da moeda, ainda que em formato digital. Para efeito de legitimação do seu entendimento, o parlamentar fez referência ao Comunicado n.º 31.379, de 16 de novembro de 2017, do BACEN, que alerta sobre os riscos das operações dessa natureza. Também citou as declarações de Joseph Stiglitz (Prêmio Nobel de Economia), que não vê outra intenção dos investidores em moedas digitais além da prática de ilícitos. Neste sentido, ao final, defendeu a aprovação do projeto de lei em comento, desde que em conformidade com as alterações anexadas ao voto.

Ocorre que, surpreendentemente, o substitutivo ao PL 2.303/2015 não tem o escopo de complementar o texto original, mas sim descaracterizá-lo por completo. Entre outras medidas, propõe considerar as moedas virtuais como representações digitais de valor sem curso legal no Brasil e no exterior. Como efeito, procura inseri-las no contexto dos crimes contra a fé pública, previstos no Capítulo I, Título X, do Código Penal, acrescentando ao art. 292 o parágrafo primeiro, que traz a seguinte

redação: “Incide na mesma pena quem, sem permissão legal, emite, intermedeia troca, armazena para terceiros, realiza troca por moeda de curso legal no País ou moeda estrangeira, moeda digital, moeda virtual ou criptomoedas que não seja emitida pelo Banco Central do Brasil.”.

Mais uma vez, o Congresso Nacional procura dar tratamento penal a todos os problemas que não consegue resolver, como se os conflitos pudessem ser solucionados pela via irracional da constrição da liberdade, que configura o único direito que falta ser retirado daqueles que só pagam sem nada receber. Ignora um dos balizadores no âmbito do Direito Penal, traduzido pelos princípios da subsidiariedades e fragmentariedade, segundo o qual somente as lesões mais graves aos bens de suma importância para a vida em sociedade merecem ser tipificadas como infração penal. As demais violações ao ordenamento jurídico devem ser reguladas por normas extrapenais, nos limites das sanções de cunho administrativo.

Aliás, a histeria coletiva que hoje afeta a sociedade brasileira, no sentido de supervalorizar o cárcere para não ter de enfrentar os fatores motivadores da delinquência, só tem o condão de gerar demandas judiciais, como se não bastassem os mais de cem milhões de processos que já tramitam nos tribunais. Onera ainda mais os cofres públicos, em função do aumento das despesas com o sistema prisional, e eleva o Brasil à lamentável condição de terceira população carcerária do planeta, perdendo somente para países como os Estados Unidos e China.

No caso das moedas virtuais, a criminalização sugerida ainda se mostra mais grave do que qualquer outra realizada nos últimos anos, tendo em vista a medida se revelar tão precipitada quanto ilegítima, inútil e abusiva. O primeiro aspecto que deve ser levado em consideração está na própria natureza das moedas virtuais, também conhecidas como moedas digitais ou criptomoedas. Na realidade, não são de fato moedas, considerando que não passam por controle estatal, nem possuem reserva de valor baseada em condições macroeconômicas de um país, como capacidade de pagar dívida externa e interna, a exemplo das letras do tesouro nacional – LTNs. O próprio Banco Central, no comunicado acima mencionado, declara que “adenominada moeda virtual não se confunde

com a definição de moeda eletrônica”. Explica que esta última não passa de “um modo de expressão de créditos denominados em reais”, ao contrário das chamadas moedas virtuais, que “não são referenciadas em reais ou em outras moedas estabelecidas por governos soberanos.”. Portanto, à luz do que foi exposto pelo Banco Central, devem ser concebidas apenas como um meio de troca que se utiliza de criptografia para a realização de transações *online*, de forma anônima e livre de taxas moderadoras provenientes de instituições financeiras. Em suma, conforme estabelece a Receita Federal, seriam simplesmente ativos.

Por essa razão, ainda que fosse razoável penalizar a sua utilização, jamais poderia vir a ser disciplinada no capítulo do Código Penal intitulado “Da Moeda Falsa”, nem mesmo pelo método da equiparação, como ocorre nos casos dos títulos ao portador. Aliás, não seria cabível a inserção em qualquer outra parte do mesmo diploma legal ou de lei extravagante, porque a cobiça monopolista dos bancos, em um Estado de Direito, jamais poderá ser apontado como objeto jurídico de algum crime. Não existe o falso, porque quem compra as criptomoedas não pensa estar adquirindo moeda estatal, e é ciente dos riscos inerentes aos negócios do mundo capitalista. E por falar em risco, o que originou a moeda virtual foi, justamente, o clima de desconfiança instituído pelo sistema financeiro internacional, que apesar de toda a regulação, não foi capaz de deter os colapsos econômicos eclodidos em 1930, 1997 (Ásia), 2000 (NASDAQ) e 2008 (responsável pelo grande endividamento dos governos). Somente no Brasil, nos últimos cinquenta anos, a moeda nacional mudou sete vezes.

É imponderável admitir que o Estado venha dar o *status* de delito a uma atividade econômica pelo simples fato de não saber lidar com ela, não havendo sequer como justificar uma resposta penal enquanto não se vislumbra eventuais danos em potencial. Ao contrário do que possam parecer, as transações feitas com moedas virtuais viabilizam maior grau de transparência e imutabilidade de registro do que as operações sigilosas realizadas por bancos públicos e privados. Os portadores agem por intermédio de blocos com criptografia assimétrica que permitem o rastreamento por parte das autoridades em caso de suspeita de fraude.

No que diz respeito à possibilidade de as criptomoedas serem usadas como instrumento de lavagem de dinheiro, o argumento é absolutamente vazio. É evidente que qualquer pessoa poderá se valer do mundo virtual para lavar dinheiro, mas convém lembrar que esse crime pode ser praticado de inúmeras formas, pois o art. 1.º, caput, da Lei 9.613/98, apresenta como núcleos do tipo os verbos “ocultar” ou “dissimular” a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Ora, para que haja a subsunção do fato material à descrição da conduta punível, basta que o agente, por exemplo, esconda dinheiro advindo do tráfico de drogas debaixo do seu colchão. E tal possibilidade não induz a pensar ser razoável a intervenção estatal no sentido de determinar o fechamento de todas as empresas que comercializam esse tipo de mercadoria. Presume-se que o indivíduo ao entrar em uma loja especializada em colchões esteja querendo um objeto que promova o melhor descanso para o seu corpo, e não um bom esconderijo para o seu dinheiro. Quem se corrompe é o homem, e não a coisa da qual se utiliza.

Se o projeto de lei que dispõe sobre as criptomoedas sucumbir ao substitutivo acima discutido, continuaremos marchando na contramão da história para nos posicionarmos à margem do mundo globalizado, no estilo da nossa vizinha Venezuela, que após a severa repressão os mineradores de criptomoedas, agora se apropria da iniciativa, inserindo no mercado a sua moeda digital, o Petro. Se adotarmos a postura do Substitutivo em tela, vamos nos rebelar contra o inevitável, uma vez que o encrudescimento da legislação pátria não impedirá que as moedas virtuais sigam o seu curso normal. Elas se valorizam em progressão geométrica, de forma proporcional ao seu requinte tecnológico e grau de desconfiança em relação aos Estados. A sua marginalização fará com que passe a valer ainda mais, como ocorreu na China, depois de tomadas as respectivas medidas proibitivas. E assim, deixaremos de desenvolver negócios como as *Exchanges*, que promovem a inclusão financeira com taxas muito mais acessíveis do que as oferecidas pelos bancos e corretoras. Abdicaremos do efeito multiplicador da tecnologia *Blockchain*, que por ser distribuída e transparente, altamente protegida de eventuais *cyberattacks*, pode

revolucionar os registros e torná-los intercontinentais. Enfim, ficaremos ainda mais distantes das potências vanguardistas no campo digital como Japão, Cingapura, Israel, EUA e Canadá. Enquanto o mundo avança no desenvolvimento das criptomoedas, abrindo novas perspectivas econômicas, o Brasil se contenta com seu obtuso “criptopenal”. Resta, agora, saber a quem interessa barrar a lisura global de valores e identidade.

Parece que o governador Geraldo Alckmin entendeu o conceito inovador das criptomoedas, do *Blockchain* e dos *Smart Contracts*, pois adotou estes três conceitos para financiar o projeto Ilumina São Paulo, que irá beneficiar a população de diversos municípios. Espera-se que as demais unidades da federação possam seguir o exemplo paulistano e que os avanços de entendimento conquistados nas audiências da Comissão Especial criada para apreciar o Projeto de Lei 2.303/2015, por iniciativa do Deputado Áureo, não sejam castrados pela inoportuna manobra em curso no Congresso Nacional.

TRABALHO ESCRAVO E ANÁLOGO À CONDIÇÃO DE ESCRAVO E SUA PROTEÇÃO NO ÂMBITO INTER-NACIONAL E INTERNO

DÉBORA MACHADO ARAGÃO: Advogada, Graduada pela Universidade de Fortaleza (Unifor), Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pelo Centro Universitário Christus (Unichristus), bem como em Direito Público pela Faculdade Anhanguera.

RESUMO: O ordenamento jurídico pátrio consagra alguns princípios basilares ou valores fundamentais que regem as relações humanas, onde se incluem as relações de trabalho, sejam eles: a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. Neste artigo, primeiramente se conceituará o trabalho escravo, onde se inclui o trabalho forçado, em seguida, apresentar-se-á a proteção, no âmbito internacional e interno, contra o trabalho escravo e análogo à condição de escravo, demonstrando, assim, a harmonização dos princípios elucidados no decorrer deste estudo.

Palavras – chave: Trabalho forçado. Dignidade da pessoa humana. Valorização do trabalho humano. Erradicação do trabalho escravo.

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais 2. Proteção e repúdio ao trabalho forçado nas convenções internacionais: 2.1 Convenções internacionais da OIT; 2.2 Demais tratados e convenções internacionais. 3. Combate ao trabalho forçado no ordenamento jurídico brasileiro. 4 Algumas ações desenvolvidas para fins de erradicação do trabalho escravo e análogo à condição de escravo. 5. Conclusão.

1 Considerações Iniciais

A erradicação do trabalho escravo representa muito mais que uma questão interna de determinada nação, representa a proteção daquilo que é mais caro aos indivíduos, o que seja: a sua dignidade.

Antes de tecer maiores comentários acerca da proteção interna e internacional para fins de erradicação do trabalho escravo e análogo,

mister se faz compreender estes conceitos. Tem-se que é escravo o trabalho exigido de um ser humano sob coação e para o qual não tenha este se oferecido de forma espontânea, seja no início da relação, como acontecia antigamente, seja quanto ao término da mesma, como ainda ocorre atualmente.

Como continuação do escravismo, surge o conceito de trabalho forçado, o qual é realizado de forma que a prestação do serviço é obtida através da coação e privação de liberdade, de forma que o trabalhador não decide espontaneamente se deseja iniciar a atividade laborativa, ou se, em consentindo inicialmente esta, é impedido de interromper sua execução, consoante definição prevista na Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho.

Considerada a mais recente ramificação do trabalho análogo à condição de escravo, o trabalho degradante é aquele realizado sem observância de quais direitos ou garantias fundamentais mínimas para o atendimento da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto atentatório à esta.

Finalizada essa conceituado preambular, em breve retrospectiva histórica, tem-se que após a Segunda Grande Guerra Mundial, no ano de 1945, a comunidade internacional passou a compreender que mais importante do que as nações que integram o globo são os indivíduos que as compõe, sem os quais estas nada seriam, de modo que se fez necessária a proteção destes mesmos seres humanos em âmbito internacional, para que cada Estado percebesse que não somente seus dirigentes estariam à frente na luta pela preservação dos direitos inerentes ao homem, mas todo o Globo estaria resguardando tais direitos.

Neste entendimento, tem-se que direito humano é todo aquele que garante uma existência digna ao ser humano, sendo considerado inumano qualquer ato que gere sofrimento ou violação ao mínimo existencial. Dentre outros diversos atos violadores da dignidade humana, têm-se os trabalhos forçados, considerados análogos à condição de escravo, os quais retiram do homem a dignidade, a liberdade, a vida, conforme visto nestas considerações iniciais.

Por esta razão, os trabalhos forçados ou análogos à condição de escravo devem ser combatidos não somente por determinadas nações, mas conjuntamente em âmbito internacional, perpassando-se os limites territoriais de países ou continentes, pois trata-se de problema, pelo princípio da solidariedade, de interesse de todos os seres humanos e de todas as nações.

2. Proteção e repúdio ao trabalho análogo à condição de escravo nas convenções internacionais.

O Direito Internacional do Trabalho foi criado com o objetivo universalizar as normas trabalhistas, a paz nas relações de trabalho através da difusão das regras de justiça social, entre outras razões, não menos importantes, buscando parâmetros mínimos de proteção ao trabalhador.

Desta forma, antes de iniciarmos o estudo acerca da Organização Internacional do trabalho e as convenções que se relacionam ao tema ora trabalhado, mister se faz um breve estudo sobre a importância dos tratados no âmbito do Direito Internacional Público, bem como se fará retrospectiva histórica resumida acerca do Direito Internacional do Trabalho até chegarmos aos dias atuais quanto à proteção dos trabalhadores diante de trabalhos forçados, análogos à condição de escravo.

Segundo lições de Piovesan (2010, p.43), os tratados internacionais são hoje a maior fonte de obrigações do Direito Internacional, podendo estes ser encontrados sob diversas denominações, dentre elas convenções, pactos etc. Ressalte-se que não é a única fonte importante deste ramo do Direito, mas neste trabalho, ater-se-á somente a esta, considerando que se trabalharmos todas as fontes do Direito Internacional, fugir-se-á do escopo principal deste trabalho.

Nos termos do artigo 24 da Convenção de Viena concluída em 1969, as obrigações constantes nos tratados somente se tornam obrigatórias a partir do momento em que se incorporam ao ordenamento jurídico de um Estado Soberano. No caso do Brasil, adota-se a teoria dualista, a qual assegura a incorporação de tratados através da realização de processo

sistemático, blindando o ordenamento pátrio diante de normas que sejam contraditórias com o sistema de regramento brasileiro. (MAZZUOLI, 2010, p.247). Desta forma, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou a colaboração da função Executiva e Legislativa para fins de incorporação de tratados, no momento em confere no artigo 84, VIII, ao Presidente da República a competência para celebrar tratados internacionais, os quais serão resolvidos definitivamente pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 49, I, CF/88, através de Decreto Legislativo e somente após o mesmo poderá ser ratificado pelo Presidente da República.

Realizado este breve estudo, passa-se à uma retrospectiva histórica do Direito Internacional do Trabalho. Tem-se que a origem deste ramo do direito, no século XIX, precede ao movimento do constitucionalismo social, o qual promoveu constitucionalização da dignidade do trabalhador no direito interno, sendo o México pioneiro neste movimento ao reconhecer em nível constitucional referida dignidade laborista, no ano de 1917 (MAZZUOLI, 2010, p. 1006-1007).

Discute-se na doutrina a origem histórica do Direito Internacional do Trabalho, o qual, inicialmente, teria surgido pela vontade de dois empresários, Robert Owen e Daniel Le Grand, tendo aquele buscado, através de ações internacionais, a implementação de melhores condições de trabalho, já adotadas em sua fábrica de tecidos localizada na Escócia, em todos os Estados da Santa Aliança. Por sua vez, Daniel Le Grand teria proposto, em 1841, que os governos franceses e dos demais países europeus criassem lei internacional para fins de obtenção de melhores condições de trabalho para a classe operária, a qual tinha seus direitos laborais suprimidos pela vontade dos empresários (MAZZUOLI, 2011, p. 1006).

Para outra parte da doutrina, o Direito Internacional do Trabalho teria surgido na Suíça em 1855, por iniciativa de Cantão de Glaris ao propor a criação de “*normas internacionais de proteção ao trabalho*” (MAZZUOLI, 2010, p. 1006; PORTELA, 2014, p.475).

Independentemente de qual seria a origem do Direito Internacional do Trabalho, entendendo-se neste trabalho que teria sido a primeira citada,

tem-se que este se fundamenta em três pilares: econômico, social e técnico, conforme ensinamentos de Arnaldo Süssekind (2002, p.1468), de modo a promover a dignidade do trabalhador pela observância conjunta destes.

2.1 Convenções Internacionais da OIT

Anteriormente ao surgimento de um órgão que busca tutelar os interesses dos trabalhadores em âmbito internacional, observava-se a necessidade de estabelecer parâmetros, nas relações laboristas, que garantissem minimamente a dignidade dos obreiros, padrões estes definidos pelo próprio Direito Internacional do Trabalho, conforme Portela (2010, p. 373).

Neste contexto, surge em 1919 a Organização Internacional do Trabalho (OIT), oriunda do tratado de Versailles, firmado pela Sociedade das Nações, a qual é sujeito de Direito Internacional, sendo, atualmente, parte do Sistema das Nações Unidas. O principal objetivo da OIT, como corolário do Direito Internacional do Trabalho, é garantir padrões internacionais mínimos que assegurem condições de existência digna aos trabalhadores em toda parte do mundo, trabalhando juntamente com outros organismos internacionais, como a ONU, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana com a conseqüente justiça social evidenciada em 1891 com a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, após históricas lutas em prol de melhores condições de trabalho por parte dos obreiros. (PORTELA, 2014, p. 476-480).

Conforme elucida Portela (2010, p.388), durante todo o período de atividades da Organização Internacional do Trabalho, esta exerceu a função de principal foro de negociação e elaboração das normas internacionais do trabalho, o que acarretou em 188 (cento e oitenta e oito) convenções, dentre as quais destacaremos neste trabalho as de nº 29 e 105 que versam sobre o trabalho forçado e sua necessária abolição a fim de proporcionar uma existência digna aos trabalhadores.

Saliente-se que as convenções internacionais de nº 29 e 105 da OIT a serem estudadas neste artigo, as quais se referem especificamente ao

trabalho forçado, análogo à condição de escravo, foram ratificadas pelo Brasil através dos Decretos nº 41.721/57 e 58.822/66, respectivamente, de modo que as determinações nelas constantes devem ser obrigatoriamente observadas.

Primeiramente, tem-se que em 1930, após da adoção de inúmeras proposições relacionadas ao trabalho forçado ou obrigatório, dentre as quais pode-se citar a Convenção Sobre a escravidão em 1926, nos termos do preâmbulo da convenção a seguir delineada, iniciou-se, em âmbito internacional, através da convenção nº 29 da OIT, o reconhecimento, por parte do Direito Internacional do Trabalho, da necessidade de que os Estados Soberanos, que ratificassem esta convenção em seu ordenamento jurídico interno, eliminassem progressivamente os trabalhos forçados, análogos à condição de escravo, a fim de proporcionar uma vida digna aos obreiros em âmbito internacional.

Para estes fins, referida convenção considerou como trabalho forçado ou obrigatório, análogo à condição de escravo, aquele que é exigido de qualquer indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade, nos termos do artigo 2º da Convenção nº 29 deste organismo. Contrapondo-se à conceituação ora exposta, referido dispositivo considera que não serão compreendidos como “trabalho forçado ou obrigatório” as seguintes forma de labor: qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar; qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns de cidadãos de um país soberano; qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta à sua disposição; qualquer trabalho ou serviço exigido em situações de emergência; pequenos serviços comunitários que, por serem executados por membros da comunidade, no seu interesse direto, podem ser, por isso, considerados como obrigações cívicas comuns de seus membros, desde que esses membros ou seus representantes diretos tenham o direito de ser consultados com referência à necessidade desses serviços.

Assim, como aludido no parágrafo anterior, esta convenção apenas inicia o combate ao trabalho forçado ou obrigatório (trabalho escravo contemporâneo, conforme visto no primeiro capítulo deste trabalho), tendo em vista que define o que seria esta forma de trabalho, excluindo do seu conceito algumas espécies de trabalho, conforme anteriormente explicitado, bem como impondo a abolição daquele, mas não o faz de forma abrupta e imediata, mas progressiva no menor espaço de tempo, conforme se depreende da leitura dos artigos 1º e 10º da convenção internacional em comento. Referidos dispositivos estabelecem, em suma, que os membros da OIT que ratificarem o tratado ora em estudo devem se obrigar a suprimir o emprego do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas no menor prazo possível, determinando-se que ao final do prazo de cinco anos da entrada em vigor de referido tratado e por ocasião do relatório apresentado pelos países signatários, quanto ao atendimento das normas convencionais, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho deverá examinar a possibilidade de supressão total, sem delongas, do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, decidindo sobre a oportunidade de inscrever esta questão na ordem do dia da respectiva Conferência.

A convenção em análise tem como foco maior o trabalho forçado, análogo à condição de escravo, determinado pelo Estado, realizado por autoridades com o objetivo de atingir o interesse público, vedando a estas mesmas autoridades a imposição ou a permissão desta imposição em prol de interesses particulares.

Verifica-se que a convenção 29 da OIT foi estabelecida em período de transição e mesmo durante este tempo, o combate ao trabalho forçado, nela previsto, deveria garantir o mínimo de dignidade ao trabalhador, motivo pelo qual estabeleceu uma série de garantias, tais como proteção ao salário, à jornada de trabalho, ao repouso semanal remunerado, às condições de higiene e segurança dos locais de trabalho, assistência médica ao trabalhador, entre outras garantias.

Tais garantias buscavam evitar o trabalho exercido em condições análogas as de escravo, conforme disposto no artigo 5º da Convenção sobre a Escravatura realizado em 1926, da Liga das Nações, o que ratifica

o entendimento antes exposto neste trabalho de que o trabalho em condições análogas as de escravo é somente um dos seguimentos do gênero trabalho forçado.

Em seguimento ao raciocínio constante na Convenção acima mencionada, bem como em atendimento à Convenção Suplementar relacionada à abolição da escravidão, do tráfico de escravos e de instituições e práticas análogas à escravidão, que se deu em 1956, com o escopo de abolir totalmente o trabalho forçado e servidão por dívida, sendo isso violação aos direitos humanos, nos termos elencados pela Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1957 a OIT, em sua quadragésima reunião, estabeleceu a Convenção nº 105, citada como Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado.

Nos termos estabelecidos no artigo 1º desta Convenção, todo país que a ratificasse se comprometeria a abolir não progressivamente, como previa a Convenção nº 29 de 1930, mas imediata e completamente o trabalho forçado ou obrigatório, em virtude de que os direitos humanos assegurados internacionalmente, conforme previsto na Carta das Nações Unidas, Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto de São José da Costa Rica, seriam violados, com a conseqüente ausência da mínima dignidade garantida a todo trabalhador, na condição de ser humano.

Desta forma, as convenções acima relacionadas, as quais se originaram pelo exercício das atividades da OIT em consonância com as atividades realizadas por outros organismos internacionais, visam à abolição do trabalho forçado ou obrigatório equiparados à condição análoga a de escravo, com o intuito de buscar o alcance do principal objetivo ao qual se propõe a OIT, qual seja a busca da mínima garantia de direitos com a conseqüente vida digna no âmbito laboral, sendo estas de observância imprescindível para a erradicação desta forma inumana de trabalho.

2.2 Demais tratados e convenções internacionais

No âmbito internacional, verifica-se a existência de diversos tratados (utilizar-se-á esta palavra em seu sentido amplo, englobando

convenções, pactos etc), os quais foram em grande parte absorvidos pelo ordenamento jurídico pátrio, que também consagram a valorização da pessoa humana através da proibição de trabalhos forçados ou obrigatórios, análogos à escravidão, ao mesmo tempo em que garante a liberdade de escolha no que pertine ao trabalho, dentre eles, cita-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seus artigos IV e XXIII.

Neste mesmo sentido, o Pacto de Direitos Civis e Políticos também consagra a vedação ao trabalho forçado e a escravidão em seu artigo 8º, bem como o Pacto de São José da Costa Rica o ratifica em seu artigo 6º, de modo que devem ser observados os direitos humanos consagrados internacionalmente nos tratados acima e em diversos outros, encontrando-se a livre iniciativa limitada constitucional e internacionalmente ante a vedação ao trabalho forçado ou análogo à condição de escravo e a garantia da valorização do trabalho, corolário do direito fundamental à vida.

Quanto ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, tem-se a proibição genérica de que ninguém pode ser submetido à escravidão, bem como ao tráfico de escravos, os quais são vedados em todas as suas formas. Inclui-se nesta vedação a não submissão à servidão, bem como a proibição de se executar trabalhos forçados ou obrigatórios, ressaltando-se que esta proibição não poderá ser interpretada no sentido de impossibilitar que penas de trabalho forçado, determinadas em decisões exaradas por tribunais competentes, não sejam cumpridas naqueles países onde certos crimes são punidos com penas de prisão e trabalhos forçados.

Em sentido similar à convenção nº 29 da OIT, bem como do Pacto de Direitos Civis e Políticos, o Pacto de San Jose da Costa Rica também determina que ninguém poderá ser submetido à escravidão ou servidão, incluindo-se na vedação o tráfico de escravo, bem como o tráfico de mulheres, os quais são proibidos em todas as suas formas. Suas disposições são semelhantes às estabelecidas no Pacto de Direitos Civis e Políticos e na Convenção nº 29 da OIT, diferenciando-se desta última quanto à previsão de que não é considerado trabalho forçado ou obrigatório aquele que se dá em cumprimento de sentença ou resolução

formal estabelecida pela autoridade judiciária competente, ressaltando-se que a Convenção é silente quanto a este ponto.

Assim, neste aspecto, verifica-se que as garantias previstas nos tratados ora mencionados no que se refere à valorização do trabalho humano e à garantia de uma vida minimamente digna através das reiteradas vedações à escravidão e trabalho forçado, previstas nas convenções anteriormente estudadas e nos tratados/pactos supra mencionados, onde são estabelecidas para fins de universalização de direitos humanos, de direitos igualitários que assegurem a dignidade humana, que no aspecto estudado vai além do âmbito trabalhista, visto que interferem diretamente na qualidade de vida e no mínimo existencial do obreiro que usufrui de tais regramentos.

Ainda seqüenciando o raciocínio ora apresentado, mister se faz mencionar o reconhecimento da escravidão como um crime contra a humanidade, tendo sido este primeiramente introduzido no Direito Internacional através do Tribunal Internacional Militar, conhecido como Tribunal de Nuremberg, criado pelo Estatuto Londres no ano de 1945. Referido estatuto faz expressa menção em seu artigo 6º, “c”, à escravidão como crime contra a humanidade, ao lado de outros crimes cometidos em flagrante violação à dignidade que é inerente ao ser humano.

Ressalte-se que primeiramente os crimes contra a humanidade foram vinculados à guerra, conhecidos, assim, através do *war nexus* (nexo de vinculação dos crimes ao período de guerra), todavia, com a consolidação deste conceito no âmbito da comunidade internacional, tem-se que o mesmo ficou desvinculado dos atos de guerra, conforme se verifica no julgamento de Dusko Tadic, onde o Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia divorciou o conceito de crimes contra a humanidade das situações de guerra (RAMOS, 2013, p. 301).

Neste mesmo sentido, confirma o Estatuto de Roma a autonomia dos crimes contra a humanidade, definindo crimes contra a humanidade como qualquer ato de violação grave dos direitos da pessoa humana, buscando a punição dos infratores de tais direitos. Desta forma, tem-se a

doutrina de RAMOS (2013, p. 301), que revela a importância do Estatuto na defesa das vítimas desse tipo de violação:

O Estatuto de Roma confirmou essa autonomia do 'crime contra a humanidade' em seu artigo 7º, que define ser o crime contra a humanidade um determinado ato de violação grave de direitos humanos, realizado em um quadro de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, havendo um conhecimento deste ataque. Busca-se, então, punir aqueles que, em regimes ditatoriais ou totalitários, usam a máquina do Estado ou de uma organização privada para promover violações graves de direitos humanos em uma situação de banalização de ataques a população civil.

São vários os atos odiosos que foram mencionados como exemplo de crime contra a humanidade no Estatuto de Roma. Os primeiros são referentes à violação do direito à vida, por meio do homicídio e do extermínio, que implica na sujeição internacional a condições de vida voltadas à destruição de pessoas.

Ainda no âmbito do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, o qual foi reconhecido pela República Federativa do Brasil e promulgado pelo Decreto 4.388/2002, reconhece a escravidão como crime contra a humanidade, por ser ato que causa intenso sofrimento ao ser humano. Neste sentido, cabe, novamente, a lição de RAMOS (2013, p. 302), reafirmando o âmbito de validade pessoal sobre o qual recai a proteção normativa aqui examinada:

A escravidão, deportação ou transferência forçada de população, prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; tortura, crimes sexuais e agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez

forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; perseguição de um grupo ou coletividade por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional (é o caso da perseguição aos homossexuais); desaparecimento forçado de pessoas e crime de *apartheid* e, por fim, uma cláusula aberta que permite que seja um 'crime contra a humanidade' quaisquer atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Ademais, tem-se que o ordenamento jurídico pátrio, conforme leciona Piovesan (2010, p. 97), sob enfoque estritamente jurídico, não somente consagrou as determinações ora apresentadas, mas por diversos momentos repetiu fielmente tais regramentos a fim de propiciar maior efetividade aos comandos atinentes à garantia do mínimo existencial.

Segundo atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, referidos tratados internacionais, por versarem sobre direitos da pessoa humana, possuem um caráter supralegal, podendo ter caráter constitucional quando incorporados pelo ordenamento jurídico pátrio por cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, sendo equivalentes às emendas constitucionais, nos termos do artigo 5º, §3º, da Constituição da República

Assim, tem-se que a cooperação das nações através da instituição destes tratados de âmbito internacional, em sentido amplo, busca efetivar a dignidade da pessoa humano, o que inclui a proteção do trabalhador diante de condições que lhe retirem a dignidade, como no caso do trabalho forçado, análogo à condição de escravo, promovendo uma sociedade livre, justa e igualitária.

3 Combate ao trabalho forçado no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, elenca como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, bem como a observância dos valores sociais do trabalho, limitando a iniciativa de ordem econômica à valorização do trabalho humano, visto que tão somente se faz possível assegurar o direito fundamental à uma vida digna no trabalho, quando garantidos os meios de subsistência dos cidadãos amparados pelo ordenamento jurídico.

Desta forma, a valorização do trabalho humano, como fundamento de justiça social, busca conceder o mínimo existencial, também perseguido pela OIT, conforme aduzido no tópico anterior, que não se limita ao simples direito de estar vivo, concretizando-se somente quando do alcance de uma vida digna.

A valorização do trabalho não apenas é ter direito a um trabalho, é ter direito à livre escolha do mesmo, é não trabalhar em condições análogas a de escravo verificadas no trabalho forçado ou obrigatório combatidos pelas convenções anteriormente estudadas, é valorizar o trabalho humano com condições dignas, propiciando uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo primeiro de nossa Carta Magna, conforme previsto no artigo 3º, I, desta.

O ordenamento constitucional pátrio busca, conforme anteriormente estudado, com todas as garantias que lhe são inerentes, os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à vida e não o enriquecimento a qualquer preço que durante tanto tempo e, mesmo minimamente ainda persiste nos dias atuais, alimentou o capitalismo ao mesmo tempo em que reduzia o ser humano à objeto mediante trabalhos obrigatórios e forçados, o que possibilitava o aumento de capitais daqueles que se valiam da livre iniciativa para empreender seus negócios sem qualquer observância da justiça social.

Assim, concluindo esta breve análise do Texto Maior (visto que os demais dispositivos que interessam a este estudo já foram analisado nos capítulos anteriores), tem-se que a Constituição consagrou, ainda como

princípio basilar a prevalência dos direitos humanos, os quais foram estudados no tópico anterior.

No que se refere ao âmbito penal, a criminalização do trabalho análogo à condição de escravo (onde se inclui o trabalho forçado) com a consequente busca da erradicação deste foi tratada em dois capítulos do Código Penal: no capítulo que trata dos crimes contra a organização do trabalho e no capítulo que trata dos crimes contra a pessoa.

Além disso, com o intuito de trazer maior efetividade ao cumprimento das determinações constantes nas convenções acima, em 11 de dezembro de 2003, foi acrescentado pela Lei 10.803 o artigo 149 do Código Penal que trata do chamado “trabalho escravo contemporâneo” considera crime o trabalho forçado ou análogo à condição de escravo, a redução de alguém à condição análoga à de escravo com a submissão desse indivíduo a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, sujeitando-o à condições degradantes de trabalho e/ou restringindo por qualquer meio sua locomoção em virtude de dívida contraída com o próprio empregador ou preposto. A pena aplicada é variável de dois a oito anos e multa, afora a pena aplicável à possível violência cometida. Ademais, incorrem na mesma pena aqui mencionada, aqueles que cerceiam o uso de qualquer meio de transporte pelo trabalhador com o intuito de reter o mesmo no local de trabalho, bem como aqueles que mantêm vigilância ostensiva no local de trabalho e/ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador com o intuito de mantê-lo no local de trabalho. Referidas penalidades são aumentadas até a metade se o crime é cometido contra criança, adolescente ou por motivos de preconceito de raça, cor, etnia ou religião.

Assim, como se pode constatar através das diretrizes acima apontadas, pune-se o trabalho forçado a que é submetido o obreiro, onde, neste caso, o empregado terá sua liberdade cerceada, sem possibilidade de defesa diante do aparato do empregador que o impede de fazê-lo. Ainda, referido dispositivo se refere à submissão do trabalhador à jornadas exaustivas de trabalho, sendo os limites impostos pela legislação trabalhistas desrespeitados, afetando, conseqüentemente, a dignidade do trabalhador. Por fim, o legislador pune aqueles empregadores que

submetem seus empregados à condições degradantes de trabalhos, entendendo-se estas aquelas que diminuem a dignidade do trabalhador, bem como aqueles os que cerceiam a liberdade destes, restringindo sua locomoção em virtude de “dívidas” contraídas, sendo esta a principal forma de trabalho forçado existente no Brasil.

Tem-se atribuído igual penalidade, no que se refere aos tipos penais acima mencionados, quando o empregador cerceia o uso de transporte para o trabalhador, bem como quando o empregador mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou retém documentos do trabalhador, todas estas hipóteses com o intuito de manter este no local de trabalho. A pena do empregador ainda poderá ser aumentada de metade caso o crime seja cometido contra criança ou adolescente, ou, ainda, se fundamentado em preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Além do artigo supra mencionado, o qual se refere à crime contra à pessoa, tem-se os crimes contra a organização do trabalho, os quais, igualmente, poderão aviltar a dignidade do trabalhador, bem como reduzir os direitos a este conferidos.

Dentre os crimes contra a organização do trabalho que podem acarretar em submissão a trabalhos degradantes ou análogos à condição de escravo pode-se citar: o atentado contra a liberdade de trabalho, previsto no artigo 197 do Código Penal (CP); atentado contra a liberdade do contrato de trabalho e boicotagem violenta, previsto no artigo 198 do CP; frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista, previsto no artigo 203 do CP; aliciamento com o fim de emigração, previsto no artigo 206 do CP; e, por fim, aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional, com previsão no artigo 207 do CP.

Sem aprofundamentos que fogem ao intuito deste trabalho, é importante mencionar no caso o princípio da irrenunciabilidade de direitos, previsto no artigo 9º da CLT, o qual dispõe que ainda que o trabalhador concorde com tais condições degradantes de trabalho, ou com a renúncia de alguns direitos a ele assegurados pelo ordenamento laborista pátrio, tem-se que estas serão consideradas nulas, de forma que o empregador nunca poderá se valer de tal argumento para se esquivar das punições a

ele atribuídas em virtude da submissão de obreiros à condição análoga à de escravo.

Desta forma, tem-se que o ordenamento jurídico pátrio, signatário das convenções anteriormente mencionadas, as quais buscam trazer os mínimos padrões de existência digna aos trabalhadores, no mesmo sentido intenciona através de normas jurídicas dotadas não somente de imperatividade, mas de coercibilidade, proporcionar o mínimo existencial aos obreiros que se sujeitam a este regramento, vedando o trabalho forçado ou análogo a condição de escravo e punindo aqueles que não observam estas determinações.

É certo que além da punição pelos crimes supramencionados, os quais são diretamente relacionados ao trabalho análogo à condição de escravo, existem diversas medidas que visam a proteção do trabalhador e dos direitos inerentes à sua condição, dentre os quais pode-se citar: remuneração proporcional ao trabalho realizado, previsto no artigo 5º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); disposições que limitam a duração da jornada de trabalho (previstas a partir do artigo 57 da CLT); vedação ao *truck system* (venda de mercadorias a preços exorbitantes para trabalhadores sem opção de compra em outros locais, o que submete este à servidão por dívida), previsto no artigo 462, §2º da CLT, dentre outros (GODINHO, 2010, p. 721-725).

Assim, por tudo o que foi estudado, constata-se que existem uma série de normas de âmbito interno e internacional que visam a erradicação do trabalho análogo à condição de escravo e trabalhos forçados em prol da garantia da dignidade da pessoa humana, não obstante a persistência de alguns empregadores em manterem tais formas de trabalho.

4 Algumas ações desenvolvidas para fins de erradicação do trabalho escravo e análogo à condição de escravo

Além das formas de repúdio ao trabalho forçado ou, como alguns denominam, escravo contemporâneo, a Presidência da República, consciente de que a dignidade do trabalhador constitui um dos pilares que fundamentam o Estado Democrático de Direito, foi instituída a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), que é um

órgão vinculado à Secretaria de Direitos Humanos, tendo como objetivo o acompanhamento do cumprimento de ações estabelecidas pelo Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, devendo este órgão propor medidas que adéqüem referido plano à realidade, conforme se fizer necessário.

A CONATRAE foi instituída por Decreto sem número, datado de 31 de julho de 2003, cabendo ao mesmo realizar o acompanhamento da tramitação de projetos de lei referentes ao combate e erradicação do trabalho escravo no âmbito do Congresso Nacional, dispondo de competência normativa para expedir atos que se façam necessários na complementação e efetiva aplicação do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo.

A CONATRAE é integrada e presidida pelo Secretário Especial dos Direitos Humanos, sendo integrada, também, por diversos Ministérios, tais como o Ministério da Defesa, Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Previdência Social, Ministério do Meio Ambiente, Ministério da Pecuária, Agricultura e abastecimento, além de dois conselheiros representantes do Ministério da Justiça, sendo um da Polícia Federal e outro do Departamento de Polícia Rodoviária, bem como até nove representantes de entidades privadas não governamentais que trabalhem no combate ao trabalho escravo. Ressalte-se que poderão, ainda, ser convidados à integrar a CONATRAE, como observadores, alguns representantes de instituições de caráter público ou privado, os quais realizem atividades significantes no combate ao trabalho escravo.

Tem-se que a Secretaria de Direitos Humanos aprovou o Plano de Erradicação do Trabalho Escravo, o qual apresenta medidas a serem cumpridas não somente pelos órgãos do Executivo, mas pelos órgãos do Legislativo, Judiciário, Ministério Público e entidades da sociedade civil pátria.

Referido plano foi elaborado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), a qual foi constituída pela Resolução 05/2002 do CDDPH, o qual reúne diversas autoridades

que buscam atingir aos fins propostos por referida Comissão, sejam estes aqueles relacionados à garantia dos direitos mínimos da pessoa humana.

O Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo é política pública de caráter permanente, tendo em vista que não se trata de situação que requeira cuidados periódicos ou mesmo imediatos, de forma a ser devidamente fiscalizada por órgão ou fórum nacional que vise a erradicação do trabalho escravo. No curso do estudo do plano em comento, verifica-se que o mesmo descreve as propostas a serem implementadas para fins de erradicação do trabalho escravo ou forçado, determina o órgão responsável pela concretização do objetivo, bem como define o prazo de alcance da proposição traçada, seja este curto, médio ou longo prazo.

Esse plano é dividido em seis etapas, sendo a primeira delas as Ações Gerais, onde é declarada a erradicação e repressão ao trabalho escravo como uma das prioridades do Estado Brasileiro. Juntamente com esta declaração é adotado o plano em comento, bem como estratégias na seara administrativa e, também, legislativa (aprovação de projetos de emenda à Constituição da República, projetos de lei que visem o repúdio à forma de trabalho ora apresentada), incluindo a criação do Conselho Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), dentre outras medidas de caráter geral que possibilitem o alcance dos objetivos apresentados (BRASIL. Presidência da República, 2003, p. 11-16).

A segunda etapa é a melhoria na estrutura administrativa dos Grupos de Fiscalização Móvel. Referidos grupos, hoje atuantes, são responsáveis pela fiscalização do trabalho, principalmente em locais de difícil acesso, onde há maior incidência de trabalhos análogos à condição de escravo. Desta forma, neste tocante, o plano estabelece a disponibilização de equipes de fiscalização móvel permanente para os Estados do Pará, Maranhão e Mato Grosso, e demais estados com menor índice de labor nas condições ora mencionadas; dotação de melhores condições de trabalho para referidos grupos com o intuito de conferir maior agilidade na fiscalização; promoção de concurso público para auditores do trabalho; definição de metas e ações fiscalizatórias preventivas e repressivas em razão da demanda existente em cada localidade,

investimento na formação e capacitação dos auditores do trabalho, dentre outras medidas de igual relevância (BRASIL. Presidência da República, 2003, p. 17-20).

A terceira etapa do plano em estudo é a melhoria da estrutura administrativa da ação policial. Neste ponto, são disponibilizados agentes e delegados para a realização do trabalho da Polícia Judiciária e da Polícia Federal no combate ao trabalho escravo; é estabelecida a garantia de recursos financeiros e orçamentários para custeio de diárias e locomoção dos delegados nas diligências que visem a erradicação do trabalho escravo; é determinada a criação de delegacias em diversas cidades com áreas específicas para os fins de erradicar o trabalho escravo; fortalecimento da integração das polícias judiciárias; realização de concurso público para a polícias federal e rodoviária federal para consecução dos fins propostos no plano, dentre outras metas imprescindíveis para a efetiva erradicação do trabalho escravo (BRASIL. Presidência da República, 2003, p. 21-24).

A quarta etapa do plano visa a melhoria da estrutura administrativa do Ministério Público Federal (MPF) e do Ministério Público do Trabalho (MPT), ambos de extrema importância no combate ao trabalho análogo à condição de escravo, bem como à efetivação de um dos pilares do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana. Aqui, o plano estabelece que deverão ser adquiridos meios de transporte e comunicação para que se dê com maior agilidade as denúncias de trabalho escravo; que deverão ser garantidos recursos financeiros e orçamentários para que os procuradores dos Ministérios anteriormente citados possam realizar diligências locais; efetivar a interiorização do MPF e do MPT; inclusão do trabalho escravo como disciplina do ESMPU; dentre outras metas importantes (BRASIL. Presidência da República, 2003, p. 25-28).

A quinta etapa do plano propõe ações específicas de promoção à cidadania e combate à impunidade. Primeiramente é proposta a concretização de solução amistosa, nos termos apresentados pelo Governo Brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (Organização do Estados Americanos) para pagamento de determinada vítima do trabalho escravo; a implementação de medidas para

reinserção social (educação profissionalizante, assistência à saúde, geração de emprego e renda e reforma agrária) dos trabalhadores escravizados para que após a libertação destes os mesmos não se submetam mais a esta forma de trabalho; a garantia da emissão da documentação civil dos trabalhadores anteriormente escravizados; a contemplação das vítimas com seguro desemprego e benefícios sociais; aprovação de projeto de lei que interioriza e cria novas varas da Justiça Federal; a instalação de defensoria pública e justiça do trabalho itinerante em algumas cidades; dentre outras relevantes metas (BRASIL. Presidência da República, 2003, p. 29-32).

A sexta e última etapa visa a implementação de ações específicas de conscientização, capacitação e sensibilização. Nesta fase do plano é proposta, primeiramente, campanha com o intuito de promover educação apta a capacitar, conscientizar e sensibilizar a população para fins de erradicação do trabalho escravo; é proposta, também, a divulgação do tema na mídia local, regional e nacional, por qualquer de seus meios; a informação aos trabalhadores acerca de seus direitos, bem como sobre os riscos de se tornarem escravos; a criação de serviço de busca de trabalhadores rurais desaparecidos nos principais locais de aliciamento para o trabalho escravo; dentre outras medidas (BRASIL. Presidência da República, 2003, p. 33-35).

Considerando a clandestinidade do trabalho forçado (análogo à condição de escravo), tem-se que tal atuação conjunta se faz imperiosa para fins de erradicar esta forma de trabalho que retira a dignidade daqueles que a esta se submetem.

Deste modo, as ações de política pública determinadas no Plano Nacional de Erradicação ao Trabalho Escravo demonstram o empenho do Poder Público pátrio, expressado conjuntamente por todas as suas funções (ou poderes), em exterminar o trabalho escravo no Brasil, o que é feito não somente de forma repressiva, mas de forma preventiva, buscando, inclusive, melhorias em todo o aparato estatal que se mobiliza pela causa em comento neste trabalho.

5 Conclusão

Concluindo-se este trabalho tem-se que o combate e erradicação do forçado, conhecido como “trabalho escravo contemporâneo” é imprescindível à dignidade do trabalhador nesta condição e do ser humano, sendo um compromisso da República Federativa do Brasil na ordem interna, bem como internacional, junto a diversas nações que compõe o Globo, bem como organismos e organizações internacionais, através de diversos tratados, tudo com um claro empenho: resguardar o que é mais caro à qualquer ordenamento jurídico, ou seja, resguardar a dignidade da pessoa humana.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Denise Lapolla de Paula Aguiar. “A Lei 10.803/2003 e a nova definição de trabalho escravo: diferenças entre trabalho escravo, forçado e degradante.” In: **Revista do Ministério Público do Trabalho**, 29/78-90, ano XV. Brasília: MPU, mar. 2005.

ARISTOTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claire, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto. **Estudos de Direito Constitucional** – Em homenagem a Cesar Asfor Rocha. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

_____. **A era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRITO, FILHO. José Cláudio Monteiro de. *Direitos Humanos, cidadania, trabalho*. Belém, 2004.

_____. “Trabalho com redução à condição análoga a de escravo: análise a partir do tratamento decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana.” In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. São Paulo: LTr, 2006. p. 133.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTR, 2010

FILHO, Walmir Pontes. **Curso Fundamental de Direito Constitucional**. São Paulo: Dialética, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELO, Luis Antonio Camargo de. “Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo.” In: **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília: LTr, n. 26, a. XIII, p. 11-33, set. 2003.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. “A dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais.” In: **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MONTESQUIEU. **Do espírito das Leis**. Introdução e notas de Gonzague Truc, Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Método, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. “Não ao trabalho forçado. Relatório global ao seguimento da declaração da OIT relativa a princípios e direitos fundamentais no trabalho.” In: **Relatório I (B)**, Conferência Internacional do Trabalho, 89ª Reunião. Trad. Edilson Alckmin Cunha. Genebra: OIT, 2002.

_____. “Uma aliança global contra o trabalho forçado. Relatório global do seguimento da declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho.” In: **Relatório I (B)**, Conferência Internacional do Trabalho, 93.ª Reunião. Trad. Edilson Alckmin Cunha. Genebra: OIT, 2005.

PEREIRA, Gladson Wesley Mota; VASCONCELLOS, Stela Márcia Sales. “A dignidade da pessoa no direito do trabalho”. In: LEITÃO, Cláudia Sousa; SOUSA, Andréia da Silva (Organizadoras). **Direitos Humanos: Uma reflexão plural e emancipatória**. Fortaleza: Faculdade Christus, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. Paulo Henrique Gonçalves Portela. **Direito Internacional Público e Privado**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

RAMOS, Andre de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 (1940). **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

_____. Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957 Disponível em .Acesso em 20 de setembro de 2010.

_____. Decreto nº 58.822, de 14 de julho de 1966 Disponível em .Acesso em 20 de setembro de 2010.

_____. Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002. Disponível em Acesso em 02 de abril de 2014.

_____. Decreto 678 de 06 de Novembro de 1992. Disponível em Acesso em 02 de abril de 2014.

_____. Presidência da República. **Plano Nacional de Erradicação ao Trabalho Escravo**. Disponível em: Acesso em 30 de janeiro de 2012.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. **Comissão de Direitos Humanos da USP**. Disponível em: Acesso em 08 de maio de 2015.

OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO). **Convenção Sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório**. Disponível em: . Acesso em 20 de setembro de 2010.

_____. **Convenção Relativa à Abolição do Trabalho Forçado**. Disponível em: . Acesso em 20 de setembro de 2010.

PODER JUDICIÁRIO. Mandado de Segurança nº 23.452-RJ. Disponível em: Acesso em 15 de maio de 2015.

SENADO FEDERAL. Comissão Especial destinada a dar parecer à proposta de emenda à Constituição nº 438-a, de 2001. Dá nova redação ao art. 243 da Constituição Federal. Brasília, 2001. Disponível em: Acesso em 30 de janeiro de 2012.

INTERROGATÓRIO ON-LINE & GARANTISMO PROCESSUAL

TÉRCIO GUILHERME ALEXANDRELI BORGES DE ANDRADE: Advogado, formado pela Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

RESUMO: O presente trabalho trata da compatibilidade entre interrogatório on-line, Constituição Federal e Tratados Internacionais, sob a perspectiva processual garantista.

Palavras-chave: Interrogatório On-Line. Constituição. Direito Constitucional. Teoria do Garantismo Processual Penal. Tratados Internacionais. Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

Vislumbrando o papel fundamental da Constituição Federal no sistema jurídico, tanto no âmbito nacional como no internacional, é inegável a necessidade de preservação da sua supremacia, de modo que sua efetiva aplicação é imprescindível para a concretização e fomentação de um Estado Democrático de Direito.

Partindo deste ideal de aplicação efetiva da Constituição Federal afim de caracterização de um Estado Democrático de Direito, que promova, preserve, e assegure direitos e garantias fundamentais inerentes ao cidadão é que se engloba e enfatiza-se a Teoria do Garantismo Processual Penal com o intuito de que a norma deva ser efetiva à preservação das garantias e direitos fundamentais elencados em nossa Constituição Federal, para que não se tenha uma Constituição abstrata, presa tão somente a letra fria da norma, mas que seja efetivamente aplicada por meio de uma legislação atual.

Desse modo, o Processual Penal traz à tona o instituto do Interrogatório, e sua necessidade de atualização, frente aos princípios e garantias constitucionais que são por este ato processual incorporados, mas que não são efetivados, concretizados frente a legislação atual falha que não atingem seus fins ideais. Desta mesma é que urge a sofisticação

do sistema jurídico pátrio, fazendo-se uma análise neste presente artigo, entre o Garantista Processual, Constituição Federal, Tratados Internacionais.

Os Tratados Internacionais que serviram de parâmetro para a análise de compatibilidade entre a técnica processual abordada e o direito internacional foram o Pacto São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que foram devidamente ratificados pelo Brasil.

Observa-se que para a aplicação da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais incorporados far-se-á necessário uma legislação atual e harmônica com o ideal do legislador constituinte, de modo que a letra da lei não seja um óbice à aplicação do Texto Fundamental de 1988, por normas falhas que não permitam que a constituição concretize seu escopo fundamental de tutela de direitos e garantias fundamentais.

2 TEORIA DO GARANTISMO PROCESSUAL PENAL OU DEVIDO PROCESSO PENAL GARANTISTA

O garantismo, segundo Ferrajoli (2008, on-line), trata de um modelo normativo do direito que é aplicado ao direito penal como um sistema de limites impostos às autoridades punitivas. Esse modelo normativo não é aplicado somente em relação às garantias penais, mas também é aplicado para a garantia dos direitos fundamentais, sociais, civis e políticos, como fundamento de uma teoria de democracia constitucional, atuando como um sistema de limites e vínculos, não só ao poder público mas também ao privado, não só ao direito nacional, mas também ao direito internacional. Este modelo de processo foi desenvolvido pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli e outros estudiosos da área da ciência jurídica, em meados da década de 90.

Luigi Ferrajoli define o modelo garantista da seguinte forma (2000, p. 271):

Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria,

constitui o objetivo justificante do Direito Penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos, mediante regras do jogo igual para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio de respeito à sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela maioria formada pelos réus e pelos imputados, o Direito Penal e o próprio princípio majoritário.

O modelo garantista de Ferrajoli é característica do Estado Social de Direito, e caracteriza as constituições desta nova época, com fulcro na proteção e resguardo dos direitos fundamentais, promovendo mudanças no Estado Moderno, pela incorporação da legislação com normas que venham tutelar de forma garantista os direitos sociais, principalmente no âmbito processual penal.

Juliana Fioreze define o processo penal sob a luz do processo garantista da seguinte maneira (2008, p. 187):

O Direito Processual Penal deve, assim, para conformar-se com a filosofia garantista, ser lido como um sistema de garantias que encontre o perfeito equilíbrio entre a tutela dos interesses sociais - representados pelo jus persecuendi - e a tutela dos interesses individuais - representados pelo status libertatis do réu.

O garantismo processual exige a leitura das normas processuais penais em conformidade com a constituição federal e instrumentos normativos de igual dignidade, nomeadamente os tratados internacionais de direitos humanos.

Ferrajoli apresenta cinco princípios básicos para sua teoria, que são:

- a jurisdicionalidade;
- inderrogabilidade do juízo;
- separação das atividades de julgar e acusar;
- presunção da inocência;
- contradição.

O sistema de interrogatório *on-line* é harmônico com o modelo garantista de Ferrajolli, pois verifica-se que a jurisdicionalidade é contemplada pois é o juiz, e somente este, que preside o interrogatório do réu. Em decorrência do princípio da jurisdicionalidade, observa-se presente, de igual modo no interrogatório por videoconferência, o requisito do garantismo processual sustentado por Ferrajolli, que é a inderrogabilidade do juízo, pois é o próprio juiz que atua diretamente na colheita do interrogatório, sem derrogar competência, que é o que ocorre sem o uso do tal sistema tele-auditivo, em que frequentemente ocorre a declinação de juízo, praticando-se o interrogatório por meio de cartas precatórias e rogatórias.

A separação entre órgão julgador e acusador, terceiro vetor da teoria garantista do processo é em absoluto preservado, pois de maneira alguma o interrogatório por videoconferência fere tal princípio, proporcionado ao juiz colher o interrogatório e julgar, preservando e garantindo ao réu o princípio do juiz natural, e ainda do promotor natural, resguardado a este a função de acusar e se fazer presente no interrogatório, graças ao sistema de videoconferência.

Do mesmo modo, o princípio da presunção da inocência não mostra-se afrontado pela utilização do interrogatório *on-line*. O contraditório (“*nulla probatio sine defensione*”) é plenamente garantido pelo sistema de videoconferência, haja vista que o acusado pode, perante o juiz da causa, onde quer que esteja, defender-se, contradizer fatos, exercer o direito que lhe é constitucionalmente garantido. Enaltece o uso da tecnologia a circunstância de que o registro do ato processual serve como prova da

violação da garantia constitucional, garantindo-se ao réu o contraditório e a oportunidade de se provar que o mesmo foi feito em “conditio” com os ideais garantistas desta teoria, da Constituição Federal e Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

Ferrajoli (1997, p. 731-734) ensina que para que o garantismo consiga alcançar seus ideais, é necessário que ocorra a renovação da legislação, pois somente com uma legislação atualizada é possível tutelar os direitos fundamentais e sociais. Essa missão teórica é extraída da seguinte afirmativa de Ferrajoli (1997, p. 28-29):

O garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles artifícios – que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia.

Existe, nessa teoria de Ferrajoli, uma ideia de conflito entre efetividade e normatividade, pois não adianta nada se ter uma Constituição Federal protetora de direitos fundamentais se, na prática, essa Carta de Direitos e Garantias Fundamentais é frustrada pela aplicação de normas e conceitos falhos, que não dão efetividade à idealização do legislador constituinte.

Desse modo, para o que o garantismo concretize seu escopo institucional de proteção aos direitos fundamentais, não deve a submissão do juiz à lei ser entendida como uma submissão à letra da lei, mas que seja uma obediência orientada pela constitucionalização do processo penal.

Não há no interrogatório on-line do acusado violação dos requisitos do processo penal garantista, tampouco supressão de qualquer direito

fundamental garantido ao réu. Ao revés, o interrogatório on-line preserva, glorifica e assegura os direitos fundamentais do acusado.

3 TRATADOS INTERNACIONAIS

Visa este tópico confirmar a compatibilidade entre o interrogatório realizado pelo sistema da videoconferência com dispositivos consagrados nos tratados internacionais, assim como também expor a harmonia entre a Constituição Federal e leis infraconstitucionais com o supracitado sistema tecnológico. Enfim, o objetivo é demonstrar a harmonia do interrogatório realizado por videoconferência com o ordenamento jurídico brasileiro.

8.1 Considerações

O tratado internacional é um acordo de vontades, bilateral ou multilateral feito por sujeitos de direito internacional, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos no plano internacional, por meio de direitos e obrigações. Os tratados podem ser aprovados de duas formas, dependendo de seu articulado. Sendo tratados comuns, a aprovação será por duas votações de maioria simples, ingressando o tratado no ordenamento jurídico com natureza jurídica de Lei Ordinária, conforme a Emenda constitucional 45/04. Quando o conteúdo do tratado for relativo a direitos humanos, sua aprovação poderá ocorrer mediante aprovação no Congresso Nacional, por duas votações com o quórum de 3/5 em cada casa do Congresso Nacional, ingressando no ordenamento jurídico brasileiro com natureza jurídica de norma constitucional, tendo então status de Emenda Constitucional.

Cuida-se, neste momento, de pontuar a compatibilidade dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil com o interrogatório on-line. A princípio, deve-se observar a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, §2º aduz que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O rol do artigo 5º da Constituição Federal, conforme ensina Alexandre de Moraes (2011, p. 413-414), é meramente exemplificativo, de modo que nossa Carta Magna não exclui outros direitos e garantias interconstitucionais decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil faça parte.

8.2 Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)

A Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica de 1969 é um instrumento normativo internacional de proteção aos direitos humanos no continente americano. Nos termos do seu artº 7, §5:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Nos termos do aduzido na disposição convencional, a apresentação do investigado ao magistrado é uma condição da regularidade da persecução penal. Todavia, a Convenção não exige a apresentação física do réu ao órgão jurisdicional. Não se pode constituir nenhuma presunção nesse sentido, haja vista que a teleologia da norma busca garantir a integridade física e mental do investigado por meio da supervisão da atividade persecutória. Tal interesse normativo pode ser juridicamente tutelado por meio do interrogatório on-line.

Ademais, a disposição convencional prevê em dois momentos o princípio da duração razoável do processo, quando a norma impõe o dever de se conduzir sem demora a pessoa presa à presença de um juiz (“toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”) e em outra parte dispõe o direito da pessoa detida ser julgada em

prazo razoável (“tem o direito de ser julgada em prazo razoável”). Firma-se, portanto, o dever de se garantir ao preso a celeridade processual.

Destaca-se desta norma também o pensamento garantista penal, conforme a teoria do garantismo de Ferrajoli no momento em que o texto normativo diz que o preso “tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

A liberdade que fora mencionada duas vezes neste artigo é um ponto de suma importância para a teoria garantista de Ferrajoli, pois este modelo normativo impõe limites à autoridade punitiva, estabelecendo-se uma via internacional de proteção aos direitos fundamentais.

8.3 Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, por sua vez, dispõe em seu artigo 9º, §3º:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

No mesmo sentido do Pacto de São José da Costa Rica, este Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos prevê também a condução sem demora do réu à presença do juiz, sem expressar a forma pela qual deverá estar o réu presente diante de seu órgão julgador.

Essa disposição internacional exige que a pessoa presa ou encarcerada seja conduzida sem demora ao juiz (“qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz”) tutelando o interesse da celeridade processual, assim como se faz presente este princípio em outra parte do dispositivo, que da ao preso o direito de ser julgado em tempo razoável (“terá o direito de ser julgada em prazo razoável”).

A norma expressa também o direito à liberdade (“terá o direito [...] de ser posta em liberdade”), fazendo necessário enfatizar novamente o modelo normativo do garantismo penal, garantindo-se a liberdade e demais direitos fundamentais, como se encontram nestes dois dispositivos supramencionados.

8.4 Harmonia entre a Constituição Federal de 1988, Tratados e Leis Infraconstitucionais

Como se observa de ambos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, exige-se que o preso seja levado à presença do juiz, porém, em nenhum momento institui-se a presença física do réu perante o juiz.

Portanto, o sistema de videoconferência não viola o Pacto de São José da Costa Rica nem a Convenção Americana de Direitos Humanos, pois o sistema conduz o réu à presença do juiz. Note! O que é pactuado é condução da pessoa detida à presença de um juiz, e pelo sistema, essa condução ao juiz é simples, virtual, sem demora, o que não contraria os citados pactos de direitos humanos, permanecendo as mesmas garantias da presença “in persona” do acusado perante seu julgador.

Extrai-se do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, que não serão excluídos outros direitos que venham incorporar o arcabouço jurídico brasileiro, Mazzuoli nos ensina (2001, p. 44):

Ora, se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados não “excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art.5º,

§2.º), é porque ela própria esta a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar garantias, a constituição “os inclui” no seu catálogo de constitucionalidade.

Tanto a Constituição Federal quanto os tratados acima mencionados, estão em um mesmo sentido, podendo-se afirmar que a videoconferência é um meio constitucional de se interrogar o réu. Seja pelo seu texto, ou pelas incorporações de enunciados internacionais, devendo permanecer sempre, o princípio *pro homine* que é positivado tanto nos pactos internacionais supracitados como também na Constituição Federal de 1988 no artigo 4º, inciso II, quando diz que é princípio da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos, em que havendo diálogo entre o direito externo e o direito interno o exegeta e o aplicador do direito deve optar pela aplicação da norma mais benéfica, mais favorável à dignidade da pessoa humana (Mazzuoli, 2013, *on-line*).

O Código Processual Penal Pátrio, da década de 40, em seus artigos 185 e 260, prevê o interrogatório do acusado, seu comparecimento e condução, mas não exige que tal comparecimento e condução à presença do juiz seja física.

Dispõe assim o artigo 185 do Código Processual Penal Brasileiro: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.

O artigo 260 do mesmo código preceitua a condução do acusado perante o juiz, nos seguintes termos: “Se o acusado não atender à

intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

Note-se que os tratados internacionais mencionados e o Código de Processo Penal são anteriores a criação do sistema da videoconferência. Seria impossível, portanto, que houvesse previsão expressa que permitisse a utilização dessa técnica de interrogatório.

Nesse diapasão, o Desembargador Federal Néfi Cordeiro *apud* Fioreze, glosa (2009, p. 239):

Quanto à falta de previsão específica para o fato no CPP, isso é natural, visto que ele é da data de 1941. Não obstante, sendo possível a prática de atos processuais com recursos tecnológicos modernos e sem violação dos direitos das partes, não há qualquer óbice em sua utilização.

A interpretação do permitido e proibido pelas disposições normativas deve ser adequada ao espírito dos tempos. O direito é uma disciplina da razão prática, densamente histórico portanto. A interpretação exige a atualização de preceitos normativos sem correção do texto. Quando os interesses tutelados não são ameaçados pela nova técnica processual não se deve por em causa sua legalidade.

Os Tratados acima expostos tutelam a celeridade processual, ambos dispondo “o direito de ser julgada em prazo razoável” e que “Toda pessoa tem o direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”. Ora, frise-se que é direito do acusado, decorrente dos Tratados, a duração razoável do processo. Como já exposto, a videoconferência garante esta brevidade processual, desburocratizando o interrogatório, e fomentando o processo de forma ágil, célere e legal.

Juliana Fioreze (2008, p. 241):

Logo, se os tratados internacionais contêm dispositivos que preveem a celeridade processual e se foram erigidos à categoria de lei federal e, mais

ainda, de norma constitucional, o interrogatório virtual é sistema que se adapta totalmente aos tratados e às normas constitucionais, uma vez que a videoconferência torna o interrogatório e qualquer outra manifestação do acusado em atos mais céleres, rápidos e simples, sem que com isso ocorram prejuízos ao réu, ou mesmo violações a preceitos constitucionais ou infraconstitucionais. Pelo contrário, o réu, os advogados, as testemunhas, o Estado e a própria sociedade, só terão benefícios com a utilização desta nova tecnologia, pois, além da rapidez, ela gera ainda economia para os cofres públicos e, principalmente, extrema segurança para os réus e para os cidadãos em geral.

O interrogatório por videoconferência, portanto, é um instrumento que faz renascer o consagrado “Princípio da Brevidade do Processo”, pelo qual, o processo deve ter seu desenvolvimento e seu encerramento dentro do menor prazo possível, e sem prejuízo ao Princípio da Veracidade, cujo lastro encontra supedâneo nas disposições consubstanciadas no Estatuto Processual Pátrio.

A videoconferência então, não encontra impedimento em nosso “*Bill of Rights*”, nem nos Tratados incorporados pelo nosso ordenamento jurídico, e nem no Código de Processo Penal Brasileiro. Compatibiliza-se com o princípio “pro homini”, interpretando a Constituição Federal, os Tratados Internacionais e a legislação processual penal pátria do modo a privilegiar e exaltar os interesses tutelados à nível local (constituição e código de processo penal), regional (Pacto de São José da Costa Rica) e global (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).

5 CONCLUSÃO

O âmbito de compreensão deste trabalho, mais do que vantagens pragmáticas razoavelmente demonstradas, ocupou-se da compatibilidade

do interrogatório *on-line* com o direito interno, direito internacional regional e direito internacional global.

A atualização proporcionada pelo sistema da videoconferência otimiza a eficiência do processo penal sem supressão de direitos e garantias fundamentais decorrentes da Constituição Federal, Tratados Internacionais e Leis Infraconstitucionais.

O interrogatório realizado pelo uso da videoconferência, conforme o exposto, é constitucional, pois os princípios, direitos e garantias ora mandamentos de nosso Texto Maior são prestigiados, glorificados por este sistema de realização do interrogatório. Tais princípios, direitos e garantias, são assegurados ao réu, assim como também à sociedade, de forma justa, rápida e eficaz, dando credibilidade à justiça, que já não consegue prestar uma tutela jurisdicional com as características supracitadas, pois seus meios rústicos e burocráticos eivam os atos judiciais de morosidade e (in)tempestividade.

A nossa doutrina é divergente em relação ao tema. Majoritariamente, compreende-se que a tecnologia aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro traria vantagens práticas ao judiciário, que poderia atuar com maior presteza e menos burocracia, além de enaltecer os princípios constitucionais, tais como o da celeridade processual nos atos judiciais praticados, proporcionando uma duração razoável do processo. Por outro lado, se daria mais publicidade aos atos judiciais, visto que os mesmos se encontrariam em sites dos tribunais, bastando apenas o número do processo para se ter acesso à informação e atos processuais. Ademais, o ato judicial estará salvo, pois o interrogatório *on-line* proporciona uma maior segurança aos atos judiciais, porque a colheita do interrogatório estará gravada, beneficiando o réu, proporcionando uma ampla defesa mais completa, pois qualquer nulidade que se queira encontrar no interrogatório estaria armazenada num “cd” ou “pen-drive”.

O interrogatório *on-line* não afronta o devido processo legal, pois não consta em momento algum a vedação ao uso da videoconferência para a realização do interrogatório, levando o réu à presença do juiz, garantindo-se os mesmos direitos e garantias da presença “*in natura*” do réu perante

seu órgão julgador, assegurando o devido processo legal garantista no qual haja total proteção aos direitos e garantias fundamentais.

No direito comparado a videoconferência já é utilizada para a colheita do interrogatório, e elogiada em grandes escolas do direito que nos influenciam, como a italiana, portuguesa e germânica, devendo nós aprendermos e avocar-nos desta inovação que otimiza, atualiza e satisfaz direitos e garantias constitucionais que há vinte e cinco anos foram idealizados pelo legislador constituinte para a consagração do Estado Democrático de Direito, havendo hoje esta necessidade de se atualizar o Poder Judiciário, para que este sirva a sociedade que tanto clama, da forma mais rápida, econômica, segura, digna e justa.

Estes e outros tantos benefícios são proporcionados pela implementação da videoconferência para a colheita do interrogatório, pois a atualização e regeneração do Judiciário Pátrio são vitais para a proteção efetiva do cidadão.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAS, Vladimir. **Videoconferência no Processo Penal**. **Boletim científico**-Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4, n15,abr./jun. 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BECHARA, Fábio, Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. **Princípios Constitucionais do Processo Penal-Questões Polêmicas**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=231> Acesso em 13 de outubro de 2012.

BEZERRA, Ana Cláudia da Silva. **Interrogatório on-line e ampla defesa**. Advogado ADV. 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 1992.

BONATO, Gilson. Aspectos controvertidos do contraditório nos recursos cíveis *apud* FIOREZE, Juliana, **Videocôferência no Processo Penal Brasileiro, Interrogatório On-Line**, Curitiba, ed. Juruá 2008.

BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003..

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997..

BRANDÃO, Edison Aparecido. **Do Interrogatório por Videoconferência**. Revista dos Tribunais, 1998.

BRASIL, **Código de Processo Penal Vade Mecum**. 13º ed. Saraiva, 2012 de 1940.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988. Vade Mecum**. 13º ed. Saraiva, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paula, 10º ed. Saraiva, 2012.

CANOTILHO *apud* FIOREZE, Juliana, **Videocôferência no Processo Penal Brasileiro, Interrogatório On-Line**, Curitiba, ed. Juruá 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CEZNE, Andrea Nárriman. **A Teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das prespectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo , v.13, n.52 , p.134, jul./set. 2005.

Constituição Brasileira de 1981. Disponível em <http://pt.wikipedia.org> Acesso em 20 de abril de 2012.

=> http://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_brasileira_de_1891

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal. 1974.** Edição reimpressa. Coimbra: Coimbra v.1., 2004.

Dicionário Brasileiro Globo. 1998. São Paulo. Editora Globo S.A. 49ª edição.

DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. **Princípios do Processo Penal Brasileiro.** Campinas. Copola, 1999.

DWORKIN, Ronald M. **É o direito um sistema de regras?.** Estudos Jurídicos, São Leopoldo, RS , v.34, n.92 , p. 119-158 , set./dez. 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.271. *apud* FIOREZE, Juliana, **Videocôferência no Processo Penal Brasileiro, Interrogatório On-Line**, Curitiba, ed. Juruá 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como sistema de garantias. O Novo em Direito e Política.** Tradução de Eduardo Mais Costa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FILHO TOURINHO, Fernanda da Costa. Processo Penal, 27. Ed. v.3. São Paulo; Saraiva, 2005.

FIOREZE, Juliana, **Videocôferência no Processo Penal Brasileiro, Interrogatório On-Line**, Curitiba, ed. Juruá 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Apresentação da obra de PEDROSA, Ronaldo Leite. **O Interrogatório Criminal como Instrumento de Acesso à Justiça Penal:** Desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Em que consiste o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade? Princípios gerais do Direito Processual Penal (noções introdutórias). 18.04.2003. **Sítio de Luiz Flávio Gomes**.

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

Luigi Ferrajoli e o Garantismo Penal. Disponível em <<http://www.youtube.com>>. Acesso em 20 de abril de 2013.
=> <http://www.youtube.com/watch?v=mwsbEV1tKvg>

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A influência dos Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito Interno Brasileiro**. 2001. <http://www.dhnet.org.br>. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/textos/mazzuoli.html>> Acesso em 10 de maio de 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas. 8º ed. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Livraria Jurídico Atlas, São Paulo, 2005, p. 16. *Apud* LIMA, Fernanda Santos <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29218> acesso em 30/04 de 2012 às 15:40.

O Devido Processo Legal. Aspectos Relevantes. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em 24 de abril de 2013.
=> http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8634

O que se Entende por Princípio pro homine. Disponível em <<http://www.atualidadesdodireito.com.br>>. Acesso em 25 de abril de 2013.
=> <http://atualidadesdodireito.com.br/valeriomazzuoli/2011/11/07/o-que-se-entende-por-principio-pro-homine/>

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1989.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. Ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1999.

Réu Deve ser Interrogado no Fim da Instrução Criminal. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 25 de agosto de 2012. => <http://www.conjur.com.br/2011-mar-25/reu-interrogado-fim-instrucao-criminal-decide-stf>

SILVÉRIO, José David Pinheiro. **O direito à prova em face do princípio do contraditório na perspectiva dos direitos fundamentais**. Acesso em 24 de abril de 2013 <<http://jus.com.br/revista/texto/18339>>

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2006.

TÁVORA, Nestor; Alencar, Roscar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3º ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodvim, 2009.

TOVO, Paulo Cláudio. **Estudos de Direito Processual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VALLEJO, Manuel Jaén, Los principios de la prueba em el processo penal español *apud* FIOREZE, Juliana, **Videocôferência no Processo Penal Brasileiro, Interrogatório On-Line**, Curitiba, ed. Juruá 2008.

VARGAS, José C. de. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

Videoconferência como meio de Aplicação do Princípio da Eficiência no Processo Penal. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 21 de agosto de 2012. => <http://jus.com.br/revista/texto/18823/a-videoconferencia-como-meio-de-aplicacao-do-principio-da-eficiencia-no-processo-penal>

IRPJ E A DEDUTIBILIDADE DOS TRIBUTOS E MULTAS NO LUCRO REAL

ROBERTO RODRIGUES DE MORAIS:
Especialista em Direito Tributário. Ex-Consultor da COAD. Autor do Livro on-line REDUZA DÍVIDAS PREVIDENCIÁRIAS.

Os contribuintes do IRPJ e da CSLL tributados pelo Lucro Real devem proceder à apuração da base de cálculo do referido tributo sobre a qual incidirá o IR e Contribuição citada devidos no encerramento de cada trimestre, ano ou período em curso, no caso de balanços/balancetes levantados para suspender/reduzir o pagamento mensal do IRPJ/CSLL. Como o lucro líquido apurado na contabilidade normalmente não corresponde ao lucro a ser tributado, a pessoa jurídica deve determinar o lucro real, sobre o qual calculará o IRPJ devido e o adicional quando for o caso assim como a CSLL.

1 - ADIÇÃO AO LUCRO LÍQUIDO

A Legislação do IR prevê várias hipóteses de adições ao lucro líquido para fins de apuração do Lucro Real a ser tributado pelo IRPJ e a CSLL. A Instrução Normativa nº 1.700/2017 (1) lista, em seu Anexo I, várias hipóteses (106 ao todo) de adições ao Lucro Líquido para fins de apuração do Lucro Real a ser tributado. Dentre elas está seu item 77, multas por infrações fiscais, objeto deste comentário.

2 - TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA

Os tributos e contribuições cuja exigibilidade esteja suspensa nos termos dos incisos II a IV do artigo 151 do Código Tributário Nacional, haja ou não depósito judicial, devem ser adicionados ao lucro líquido para fins de determinação do lucro real, caso tenham sido computados como despesa operacional.

É bem de se ver que no regime de competência a despesa é dedutível quando tornar-se incorrida. O tributo ou a contribuição torna-se incorrida quando ocorre o fato gerador, ou seja, nasce a obrigação de

pagar o tributo ou a contribuição. Isso significa que as duas redações estão dizendo a mesma coisa.

3 - MULTAS POR INFRAÇÕES FISCAIS

Também não são dedutíveis como custo ou despesa operacional as multas por infrações fiscais, **salvo as de natureza compensatória** e as impostas por infrações de que não resulta falta ou insuficiência de pagamento de tributo (art. 344, § 5º, do RIR/99).

Portanto, a multa fiscal de natureza compensatória é dedutível na apuração do lucro real porque o § 5º citada, quando trata da indedutibilidade, exclui as de natureza compensatória. São as famosas multas por recolhimento de débitos confessados mas recolhidos fora do prazo, ou seja, recolhidos em atraso.

O item 4 do PN no 61/79 esclarece a diferença entre a multa punitiva e a compensatória, declarando que é multa compensatória quando, cumulativamente, preencher as seguintes condições:

- a) não ser excluída pela denúncia espontânea; e
- b) guardar equivalência com a lesão provocada.

As multas punitivas não dedutíveis na apuração do lucro real como, por exemplo, as multas de lançamento de ofício e que são excluíveis pela denúncia espontânea. Assim as multas de 75% ou 150% decorrente de fiscalização são indedutíveis. Na IN 1.700/2017 citada estão contidas as diretrizes para esse tema (2).

O 1º Conselho de Contribuintes, atual CARF/MF, decidiu no sentido de que “...são consideradas indedutíveis as multas por infrações fiscais... e outras contabilizadas sem a devida identificação.” (3)

4 - IRPJ, CSLL, PIS E COFINS LANÇADOS DE OFÍCIO

Ocorre com muita frequência, na mesma fiscalização, a lavratura dos autos de infração para constituir os créditos tributários de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS. Isso ocorre quando a infração fiscal decorre de omissão de

receitas. Na apuração do montante devido de IRPJ e CSLL o fisco não deduz os valores lançados a título de PIS e COFINS.

As várias Câmaras do 1º Conselho de Contribuintes, de longa data, vem decidindo que *“os valores lançados a título de PIS e COFINS podem ser deduzidos da base do IRPJ e da CSLL, ainda que até o momento tais contribuições não foram recolhidas, pois se está perante o regime de competência e não de caixa.”* (4)

O CARF mandou *“deduzir da base de cálculo de IRPJ e CSLL lançados de ofício, as exigências de PIS e COFINS cobrados no mesmo processo sobre as receitas omitidas”* (5).

Entendemos a decisão correta porque mesmo com a exigibilidade suspensa por impugnação e recurso, a dedução da despesa de PIS e COFINS não ocorre na apuração do lucro contábil pois a dedução é feita exclusivamente no processo fiscal. Se na decisão final a autuação do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, for procedente, os valores devidos a título de PIS e COFINS terão que ser deduzidos na apuração de IRPJ e CSLL.

5 - JUROS E MULTAS MORATÓRIAS PROVISIONADOS

Uma das maiores dúvidas enfrentadas, tanto pelos contribuintes como pelo fisco, refere-se à questão temporal da dedutibilidade dos juros e multas de mora incidentes sobre tributos pendentes de pagamentos, principalmente nos débitos parcelados.

O 1o C.C. (atual CARF/MF) decidiu que *“as multas, quando dedutíveis, somente poderão ser apropriadas como custo ou despesa operacional, após o seu pagamento. Em caso contrário, implicaria provisão não autorizada na legislação fiscal”* (6). Notar que o acórdão fez confusão entre provisão e despesa incorrida.

Em outro julgado decidiu que *“os juros incidentes sobre tributos não recolhidos no prazo legal são dedutíveis no período em que foram incorridos e não no período de seu efetivo pagamento, porquanto prevalece o regime de competência”* (7).

O CARF decidiu que *“é incabível a dedução, como despesa operacional, de montantes relativos a multa de mora e encargos sobre parcelamentos, que não foram efetivamente pagos no ano-calendário, sendo que tais montantes faziam parte da consolidação de débitos objeto de parcelamento especial (PAES) a ser pago em 15 anos”* (8) Nesse caso o CARF ignorou o regime de competência porque os encargos são despesas incorridas.

A Solução de Consulta nº 66 da 7ª RF (DOU de 16-08-11) diz que *“os débitos do sujeito passivo relativos a juros de mora referentes a tributos e contribuições consolidados em parcelamento já deferido são dedutíveis , na determinação do lucro real, segundo o regime de competência.”*

A COSIT decidiu na Solução de Divergência nº 6 (DOU de 09-05-12) que *“as*

multas moratórias por recolhimento espontâneo de tributo fora do prazo são dedutíveis como despesa operacional, na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, no período em que forem incorridas, de acordo com o regime de competência, todavia o disposto não se aplica aos tributos cuja exigibilidade esteja suspensa, à exceção do parcelamento e da moratória. Com isso, as multas moratórias são dedutíveis nos períodos em que forem incorridas, inclusive nos parcelamentos de débitos.”

6 - MULTAS POR INFRAÇÃO DE LEI NÃO TRIBUTÁRIA

O PN no 61/79 afirma que o § 4o do art. 16 do Decreto-lei no 1.598/77 diz respeito especificamente às multas impostas pela legislação tributária. A ele são estranhas as multas decorrentes de infração a normas de natureza não tributária, tais como as leis administrativas (trânsito, Sunab etc.), penais, trabalhistas etc. Essas multas, impostas por transgressões de leis de natureza não tributária, são indedutíveis por não serem necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

O 1o Conselho de Contribuintes decidiu (9) que *“as multas de trânsito, por não serem necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, são indedutíveis.”*

Com relação às multas do INSS e do FGTS a Administração Fiscal, através do Perguntas e Respostas do Imposto de Renda – Pessoa Jurídica, inclui entre as multas decorrentes de infração a normas de natureza **não tributária**, portanto indedutíveis, as relativas ao FGTS e ao INSS.

7 - ADIÇÃO DA CSLL NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL

O art. 1º da Lei nº 9.316, de 1996, dispõe que o valor da contribuição social sobre o lucro líquido não poderá ser deduzido para efeito de determinação do lucro real, nem de sua própria base de cálculo. O seu parágrafo único dispõe que os valores da CSLL registrados como custo ou despesa, deverão ser adicionados ao lucro líquido do respectivo período de apuração para efeito de determinação do lucro real e de sua própria base de cálculo.

A jurisprudência do STJ entende que a indedutibilidade da CSLL na determinação do IRPJ não vulnera o conceito de renda estabelecido no art. 43 do CTN porque o legislador ordinário não está impedido de impor limites à dedução das verbas dispensadas no pagamento de tributos, pois a forma de apuração do montante real, utilizado como base de cálculo da contribuição para as pessoas jurídicas em geral, ficou a seu encargo.

O valor da CSLL para ser considerado indedutível na apuração do lucro real, a

Receita Federal terá que admitir que a CSLL é um adicional do imposto de renda sobre o lucro das empresas. Nesse caso, a União terá que entregar 47% da arrecadação da CSLL aos Estados e Municípios na forma do art. 159 da CF.

O STF decidiu, em repercussão geral, que *“na apuração do IRPJ não pode ser*

deduzido o valor da CSLL devido. Por maioria, foi entendido que a CSLL é parcela do lucro das empresas e não despesa necessária para a atividade operacional” (10).

O art. 43 do CTN dispõe que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer

natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza. O valor da CSLL devido não é renda disponível da empresa mas trata-se de receita da União.

8 – CONCLUINDO E RESUMINDO, SÃO INDEDUTÍVEIS:

As multas impostas por ocasião do lançamento de ofício ou auto de infração, visando punir o contribuinte por infração de que tenha resultado falta ou insuficiência de pagamento de tributos, dentre elas:

- a) multa de ofício pela falta de entrega da declaração ou de apresentação de declaração inexata;
- b) multa lançada em virtude de evidente intuito de fraude definido na legislação;
- c) multa aplicável pela falta de retenção do imposto devido na fonte;
- d) multa de ofício pela falta de recolhimento do imposto, ou pelo recolhimento a menor.

Também são indedutíveis as multas de natureza não tributária, tais como infrações de trânsito e outras.

NOTAS:

- (1) IN RFB 1.700/2017 – DOU de 16/06/2017;
- (2) IN RFB 1.700/2017, arts. 131 a 133;
- (3) 1º CC, Acórdão Nº 107-05.531, em 23/02/1999;
- (4) 1º CCAc. nºs 107- 07.252/2003 no DOU de 07-11-203, 103-22.044/2005 no DOU de 30-11-205 e 103-21.945/2005 no DOU de 05-04-2006;
- (5) 1º CC, ac. nº 1402-00.265 no DOU de 18-05-2011;
- (6) Ac. no 101-76.379/86 DOU de 01-02-1988;

- (7) Ac. no 103-20.263/00 no DOU de 20-06-2000;
- (8) Ac. 1402-00.541 no DOU de 11-08-2011;
- (9) 1º CC, Ac. no 103-03.333/81 - DOU de 18- 05-1981;
- (10) RE 582.525-SP em 09-05-2013.

BIBLIOGRAFIA:

- (A) **BRAGA, Hugo Rocha, Demonstrações contábeis: Estrutura e Análise de Balanços, 1999, Editora Atlas, 1999;**
- (B) **FANUCCHI, Fábio, Curso de Direito Tributário Brasileiro, vol. II, 10ª Tiragem, 4ª Ed., Ed. Resenha Tributária, Co-Ed. IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, SP, 1986;**
- (C) HIGUCHI, Hiromi, Imposto de Renda das Empresas, SP, 41ª Ed., 2017.
- (D) MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário*, 23ª Ed., SP, Malheiros Editora, 2003.
- (E) 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.
- (F) MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Aspectos Tributários da Nova Constituição*, Ed. Resenha Tributária, SP, 1999
- (G) MARTINS, Ives Gandra da Silva, Tavolaro, Agostinho Toffoli, Machado, Brandão, *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*, Ed. Forense, RJ, 1988;
- (H) NOGUEIRA, Ruy Barbosa, *Direito Tributário*, José Bushatsky Editor, SP, 1973;
- (I) PAULSEN, Leandro, *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência*, 6ª ED., Porto Alegre, Livraria do Advogado, ESMAFE, 2004

(J) PEDREIRA, José Luiz Bulhões, Imposto de Renda, Rio de Janeiro: Justec, 1971.

(K) ZAPATEIRO, José Alexandre – Manual Prático de Direito Tributário e Execução Fiscal, 1ª Ed., AM2 Editora e Distribuidora de Livros, 2012.

(L) DIVERSOS AUTORES, Regulamento do Imposto de Renda 2017,

SP, Fiscosoft Editora

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: SALVAÇÃO OU DISTORÇÃO?

MARIA PILAR PRAZERES DE ALMEIDA:
Advogada. Graduada em Direito pela
Universidade Federal Fluminense.

RESUMO: O presente artigo trata do debate entre o ativismo judicial e seus críticos. Analisa-se a doutrina da efetividade das normas constitucionais, o neoconstitucionalismo e o mínimo existencial dos direitos fundamentais. Por outro lado, trata da ditadura da toga, da teoria dos subsistemas sociais na perspectiva de Niklas Luhmann e da tecnocracia.

Palavras-chave: Controle Judicial de Políticas Públicas; Custos dos Direitos; Ativismo Judicial; Mínimo existencial; Neoconstitucionalismo; Ditadura da Toga; Luhmann; Subsistemas Sociais; Tecnocracia.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Controle Social de Políticas Públicas. 2. Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e a Doutrina da Efetividade das Normas Constitucionais. 3. Ditadura da Toga. 4. Teoria dos Subsistemas Sociais. 5. Tecnocracia. 6. Conclusão.

Introdução

O presente artigo trata do debate entre o ativismo judicial e seus críticos.

Pretende-se trazer um contraponto entre as duas concepções, demonstrando tanto os aspectos positivos de uma maior ingerência do Poder Judiciário nas Políticas Públicas, quanto as possíveis distorções que traz para a unidade e coerência do sistema social.

1. Controle Judicial de Políticas Públicas:

O tema do controle judicial de políticas públicas vem sendo ostensivamente tratado e se torna cada dia mais atual e relevante, devendo o debate ser aprofundado até suas raízes filosóficas, o que possibilita a compreensão mais ampla do problema, em busca de uma solução.

2. Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e a Doutrina da Efetividade das Normas Constitucionais.

O ativismo judicial está intrinsecamente relacionado ao paradigma do neoconstitucionalismo que, conforme Luís Roberto Barroso, tem como marco histórico a formação do Estado Constitucional de Direito; como marco filosófico o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética e como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Assim, uma maior atuação do Poder Judiciário para efetivar os direitos fundamentais, em especial quando se trata do seu núcleo duro, referente aos direitos do mínimo existencial, é perfeitamente defensável, tendo base filosófica sólida e resultando da superação do positivismo, ao ampliar a força normativa dos princípios.

Ainda segundo Luís Roberto Barroso, acerca da doutrina da efetividade das normas constitucionais:

Em uma proposição, a doutrina da efetividade pode ser assim resumida: todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.

Em um primeiro momento, foi necessário esse esforço teórico para consolidar as bases de uma atuação judicial em políticas públicas, superando os questionamentos acerca da violação ao princípio da

separação dos Poderes, previsto no art. 2, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

3. Ditadura da Toga.

Entretanto, atualmente, vislumbra-se na doutrina posições em contrário a este entendimento que também gozam de fundamentação robusta e pretendem a defesa do Estado Democrático de Direito, evitando abusos por parte do Poder Judiciário.

Daniel Sarmento advoga que o Poder Judiciário tem um déficit de legitimidade democrática e as decisões políticas fundamentais devem ser tomadas pelos representantes do povo e não por sábios ou tecnocratas de toga.

Este autor entende que há decisões onde a maioria política eventual poderá ser mais eficiente que a expertise dos magistrados. Refere-se o autor às decisões que envolvem economia, políticas públicas e regulação.

Portanto, defende uma posição mais contida do Poder Judiciário, afirmando que não se pode utilizar a doutrina neoconstitucionalista como fundamento das atuações descabidas dos atuais Tribunais, imiscuindo-se em aspectos decisórios que não lhes dizem respeito.

4. Teoria dos Subsistemas Sociais.

Uma outra correlação importante quanto à necessidade de limitação do ativismo judicial diz respeito à teoria dos subsistemas sociais do funcionalismo de Niklas Luhman.

Conforme Daniel Sarmento:

Uma reflexão importante sobre tema correlato foi empreendida por Marcelo Neves, a partir das categorias da teoria sistêmica de Niklas Luhman. Para Luhman, em apertada síntese, o Direito, nas hipercomplexas sociedades modernas, seria autopoietico, pois consistiria num subsistema social estruturalmente fechado em relação ao meio

envolvente, que operaria de acordo com um código binário próprio - o lícito/ ilícito. As influências do meio envolvente sobre o Direito seriam filtradas através deste código, assegurando a autonomia da esfera jurídica diante dos outros subsistemas sociais, como a Economia, a Política, a Religião etc. Contudo, Marcelo Neves sustenta que em sociedades periféricas, como o Brasil, não se desenvolveu plenamente este fechamento estrutural do Direito. Por aqui, fatores como a nossa "constitucionalização simbólica" geraram uma insuficiente diferenciação do Direito em relação a outros subsistemas sociais, permitindo que elementos a princípio estranhos ao código binário do jurídico - como a questão do poder político e do poder econômico - se infiltrem sistematicamente nos processos de aplicação das normas, condicionando o seu resultado. A teoria dos sistemas de Luhman não funcionaria bem entre nós, pois teríamos um Direito em boa parte alopoiético. Para tal perspectiva, esta maior abertura do Direito ao meio envolvente não assume o potencial emancipatório preconizado pela teoria neoconstitucionalista. Ela funciona muito mais como um mecanismo de cristalização de diferenças sociais, mantendo a hiper-inclusão de uns, ao preço da exclusão de outros.

Assim, conforme os ensinamentos de Niklas Luhmann, o procedimento em si é um dos subsistemas sociais. Entretanto, este subsistema se comunica com os demais no processo de tomada de decisão. Nas palavras do autor, os subsistemas são estruturalmente fechados e cognitivamente abertos.

Há uma função específica do procedimento que é tomar decisão para que não haja rupturas sociais, reduzir as complexidades, as incertezas.

A decisão é autônoma, dentro daquele rito, junto com aqueles autores, que devem exercer seu papel dentro do procedimento.

Em cada sistema social há um núcleo de comunicação binário que consegue ter um limite diante do meio social.

Portanto, uma das características marcantes dos subsistemas é a sua incompletude. Não podemos resolver tudo pelo Direito, o que geraria uma disfunção do procedimento.

Assim, pode-se criticar a judicialização da política, a judicialização do processo parlamentar, a politização do Direito, que fazem parte do gênero Ativismo Judicial.

Com a maior ingerência do Poder Judiciário nos demais subsistemas sociais, em que cada qual possui seus códigos binários próprios, os limites sistêmicos do procedimento jurídico se diluem, acarretando uma distorção do arranjo institucional.

Nesta esteira, Marcelo Neves, baseado nesta teoria de Luhmann, desenvolve a ideia de Constitucionalização simbólica.

No caso brasileiro, com a ausência de limites claros nos subsistemas, o Político incorpora o código binário do Direito e este, por sua vez, acaba sendo diluído pelo sistema político. As normas jurídicas perdem força e a política não utiliza os seus procedimentos próprios. O código binário do subsistema da Política (poder/não poder) retira do alcance das normas jurídicas os sobreintegrados, do qual faz parte nossa oligarquia política, que acaba não atingida pelas normas. E também há os subintegrados, já que o Estado não pode alcançar os miseráveis.

5. Tecnocracia:

Daniel Sarmento fala no surgimento de uma “judiciocracia”, que é um neologismo para caracterizar a tecnocracia no âmbito do Poder Judiciário.

Sabe-se que o discurso jurídico é carregado de termos técnicos e linguagem rebuscada que impedem a participação da sociedade na compreensão e participação do processo de tomada de decisão. Assim, um maior ativismo judicial poderia ferir a própria democracia, já que os técnicos podem se valer de argumentos incompreensíveis à população.

Segundo Paulo Bonavides, a tecnicidade da decisão na sociedade industrial abalou a ordem democrática nos seus moldes habituais, demandando novas formas de equilíbrio.

Prossegue o autor:

A decisão com escolha de opções fundamentais se transferiu em larga parte dos governantes tradicionais para o círculo menor e restrito de técnicos, cuja participação privilegiada acaba monopolizando o processo decisório do mesmo passo que lhes confere o título adequado de tecnocratas. (...) A tecnocracia descamba no monopólio da decisão política sonogada ao povo e seus representantes. Na melhor das hipóteses lhe concede tão-somente a possibilidade de uma participação plebiscitária, ilustrativa do novo cesarismo — o tecnológico — que politizou a sociedade e no qual ela se precipita vertiginosamente, governada pelos “novos príncipes” do vocabulário político de Debre?.

Dentre as principais críticas ao tecnocrata está que em seu comportamento se verifica uma certa insensibilidade aos aspectos mais humanos da questão social. Bonavides explica que se fica com a impressão de que o seu raciocínio se encarcera em fórmulas matemáticas e o mundo que vive está morto para os seus cálculos.

O ilustre autor ainda explicita que a tecnocracia impossibilita o caráter democrático das decisões, em especial aquelas referentes à políticas públicas.

O caráter fechado do clube tecnocrático, o número limitadoíssimo da nova oligarquia, a presunção e o autoritarismo que os rodeia, bem como a aparência de clandestinidade que suas decisões revestem para o público (sempre cercadas de mistério!) são aspectos suspeitos nos quais se entre-mostra com toda a clareza a ameaça ali contida ao princípio da participação democrática. (...) O mais trágico para a democracia na presença aparentemente insubstituível do tecnocrata e em alguns casos (uma reforma cambial, por exemplo) a necessidade impostergável da decisão sigilosa. Dessa exigência imperativa sai fortalecida a casta tecnocrática, que embora se julgue imprescindível, de modo algum é infalível. (...) A tecnocracia pode ser o último grau na deterioração do próprio sistema de grupos e significar apenas o alojamento permanente do grupo no próprio poder, onde seus interesses dominantes aparecem servidos por especialistas convertidos em tecnocratas.

Por fim, verifica-se que dentre as principais desvantagens da tecnocracia está exatamente na perpetuação dos poderosos em posições privilegiadas na sociedade.

Segundo Bonavides:

A vantagem da tecnocracia para os grupos resultaria na possibilidade de atuar em confortável segredo, instalados no poder, tomando decisões sem audiência da representação democrática tradicional e em bases confidenciais, fora da necessidade de divulgar debates ou de empenhar-se no diálogo aberto que a democracia legitimamente impõe. A dominação tecnocrática poderia enfim significar em alguns casos o monopólio das

faculdades decisórias por um grupo de pressão vitorioso (partido, econômico, militar, etc).

6. Conclusão.

Assim, verifica-se que o controle judicial de políticas públicas é uma questão complexa e controversa, da qual qualquer resposta simplista incorreria no erro de desconsiderar todos os aspectos da problemática.

São defensáveis tanto a posição de que um maior ativismo judicial é imprescindível para a manutenção do Estado Constitucional e a implementação dos direitos fundamentais, como aquela que pretende evitar abusos diante de uma ingerência indevida nos demais setores sociais.

Pretendeu-se trazer a reflexão em um viés mais filosófico já que um ativismo judicial exacerbado pode significar uma distorção do subsistema social do procedimento judicial ou mesmo uma criação de uma tecnocracia, formada pelos ditadores de toga.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em <https://www.conjur.com.br/> Acesso em 28 de dezembro de 2017.

SARMENTO, DANIEL. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 28 de dezembro de 2017.

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição. Brasília. UNB, 1980.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Editora Malheiros, 10ª Edição, 2000.

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

GABRIELA MOSCIARO PADUA:
Advogada. Bacharel pela UCAM-Tijuca-RJ.

Resumo: O presente artigo visa analisar as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 influenciadas pelo movimento do Neoconstitucionalismo, tendo como principal ponto o direito à Gratuidade de Justiça.

Palavras Chave: processo civil; neoconstitucionalismo; gratuidade de justiça; Estado Democrático de Direito; acesso à justiça.

Abstract: This article aims to analyze the innovations brought by the Code of Civil Procedure of 2015 influenced by the movement of Neo - constitutionalism, having as its main point the right to Gratuitous Justice.

Key-words: civil lawsuit; neo-constitutionalism; gratuitousness of justice; Democratic State; access to justice.

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico. 3. A Gratuidade de Justiça no Código de Processo Civil. 4. Das principais alterações. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas

1. Introdução

Inicialmente, importante destacar que a principal função do presente artigo é permitir que através de uma análise do processo de Constitucionalização do Código de Processo Civil de 2015, possa se avaliar a influência deste movimento no direito à Gratuidade de Justiça.

Ao se fazer uma leitura dos artigos introdutórios do Novo Código, pode-se notar que o legislador teve uma maior preocupação em acender a força normativa da Constituição, princípio este trazido por Konrad Hesse, devendo-se levar em conta três pontos importantes: o condicionamento recíproco entre Constituição jurídica e realidade político-social; os limites e as possibilidades de atuação da Constituição jurídica e os pressupostos de eficácia da Constituição.

Aliado à necessidade de que o ordenamento seja adaptado à realidade social, é preciso que todo ele seja interpretado à luz de toda a Constituição. E como prova deste argumento tem-se expressamente previsto em todo do Código de Processo civil princípios constitucionais como: proporcionalidade, razoabilidade, primazia da decisão de mérito, boa-fé os quais estão intimamente ligados com o acesso à justiça e principalmente com a máxima constitucional da dignidade da pessoa humana.

Sob essa ótica da força normativa da Constituição incorporada pelo neoconstitucionalismo, o direito à gratuidade de justiça, apesar de já garantido pela Carta Magna e por lei específica, passou a ser expressamente previsto no Código de Processo Civil, como uma forma de facilitar o acesso à justiça dentro do Estado Democrático de Direito.

2. Histórico

No Brasil a justiça gratuita encontra sua origem nas chamadas “Ordenações Filipinas”, a qual embora não previsse especificamente o assunto, tratava do direito ao não pagamento de custas para impetração de agravo e livrava os presos pobres do pagamento dos processos em que fossem condenados.

Em dezembro de 1841 foi editada a Lei 261 dispondo sobre a isenção do pagamento de custas pelo réu pobre que perdesse em ação contra ele ajuizada. Além disso, previu a Lei 150 em 1842 que o pobre que ajuizasse uma demanda estaria isento de pagar uma taxa que dava autenticidade para os documentos, chamada de “dízimo de chancelaria”.

No ano de 1870, José Tomás Nabuco de Araújo, presidente do Instituto dos Advogados do Brasil, sugeriu que a entidade prestasse consultoria jurídica e oferecesse defesa às pessoas pobres em juízo. No entanto seu esforço não foi suficiente, era preciso um meio melhor para que fosse implantada uma assistência judiciária mais eficaz e duradoura.

Foi então, que em 1890 foi editado o Decreto 1030, o qual autorizada que o Ministro da Justiça organizasse uma comissão para fazer o patrocínio gratuito dos pobres, tanto na esfera penal como na cível.

Logo depois, em 1897, veio um outro Decreto que garantia o direito à assistência gratuita aquelas pessoas que não tivessem condições de pagar as custas processuais sem que isso gerasse prejuízo para ela e sua família. No entanto, para que tal benefício fosse concedido era necessário

que fosse feita uma petição ao juiz e que nela fossem juntadas provas de sua pobreza.

Em julho de 1934 foi promulgada a Constituição Federal a qual previa que a União e os Estados deveriam conceder aos necessitados a assistência judiciária e para isso deveriam ser criados órgãos especiais. Três anos depois, no entanto, veio a Constituição de 1937 que nada dispôs sobre a matéria.

No ano de 1939 o Código de Processo Civil previu normas relativas ao benefício da justiça gratuita, devendo a parte ao entrar com uma ação fazer uma petição ao juiz onde diria seus rendimentos bem como seus encargos familiares e pessoais, devendo tal pedido vir junto com uma prova, chamada de “atestado de pobreza”.

Com a promulgação da Constituição de 1946 o benefício voltou a ganhar status constitucional, mas não foi prevista a forma de conseguir esse direito. Em face dessa omissão legislativa, vários Estados se preocuparam em regulamentar a assistência judiciária e criaram órgãos específicos.

Veio então em 1950 a lei 1060 a qual reproduziu as normas do Código de Processo Civil de 1939, exigindo também a prova de pobreza para que a pessoa fizesse jus ao benefício. No entanto, tal lei sofreu mudanças entre 1986 e 1989, quando passou a se prever que a parte teria direito à gratuidade de justiça mediante simples afirmação de que não teria condições de arcar com as custas e honorários do processo sem prejuízo próprio ou de sua família, não havendo mais a necessidade de se provar tal impossibilidade.

E, finalmente, em 1988, foi promulgada a Constituição Federal a qual trouxe o direito a assistência gratuita como direito fundamental.

3. A Gratuidade de Justiça no Código de Processo Civil

O acesso à justiça é um direito fundamental garantido pela nossa Constituição Federal e significa o direito a ter um processo justo, efetivo, célere e eficaz para ambas as partes. Importante ressaltar os grandes custos que estão envolvidos em uma demanda judicial, muitas vezes até maiores que os benefícios que dela virão.

Mauro Cappelletti traz a existência de três ondas renovatórias. A primeira trata do direito à assistência judiciária às pessoas sem recursos econômicos. A segunda trata dos interesses difusos em juízo, visando

evitar que haja um obstáculo de acesso à justiça com relação a esses direitos. E última onda trata da eficácia deste acesso à justiça, seu enfoque está direcionado aos aplicadores do direito.

Ao lado dessas três ondas renovatórias, teriam surgido ao longo dos anos duas outras ondas renovatórias. A quarta onda fundamentada na ideia de inclusão democrática do ensino jurídico e resgate ético do conceito de justiça. Por fim existiria ainda uma quinta onda renovatória, a qual tem como base a internacionalização do acesso à justiça.

A gratuidade de justiça, a qual está inserida dentro da primeira onda renovatória foi incorporada pelo Novo Código de Processo Civil, através de uma releitura do Neoconstitucionalismo, o qual como já abordado anteriormente trouxe a necessidade de ressaltar a eficácia da Constituição e garantir os direitos e garantias fundamentais como forma de facilitar o acesso à justiça.

As pessoas, muitas vezes, apenas buscam o Poder Judiciário como forma de serem ouvidas e por nele depositarem a confiança de que seus direitos serão respeitados, porém o auto custo do Judiciário Brasileiro acaba impedindo tal exercício, sendo a gratuidade de justiça uma forma que tem o Estado de garantir de forma isonômica o acesso à justiça.

Importante ressaltar as diferenças entre gratuidade de justiça, assistência judiciária e assistência jurídica. Justiça gratuita é o direito de não pagar as custas e despesas processuais que estão incluídas em um processo. Assistência judiciária é o direito da parte de ser assistida gratuitamente por um profissional do direito, no Brasil, normalmente, esse trabalho é exercido pela Defensoria Pública. E por fim a assistência jurídica é mais ampla e abrange os dois anteriores, sendo uma forma de aproximar a sociedade dos serviços jurídicos.

O nosso Código de processo Civil faz menção expressa a gratuidade de justiça e diz que não pagarão as despesas processuais todas aquelas pessoas, naturais ou jurídicas que tiverem insuficiência de recursos.

4. Das principais alterações

Conforme estabelece o Código de Processo Civil, o beneficiário da justiça gratuita não pagará as seguintes despesas processuais: taxas ou custas processuais; selos postais; despesas com publicação na imprensa oficial; indenização devida à testemunha; despesas com realização de exames considerados essenciais; honorários do advogado, honorários do

perito, intérprete ou tradutor; custo com a elaboração de cálculos; depósitos para interposição de recursos e ações e os emolumentos devidos aos notários ou registradores.

Nesses casos em que a parte fica isenta do pagamento das despesas processuais caberá ao Estado arcar o pagamento delas. Importante dizer que para a doutrina majoritária o Código apenas deu alguns exemplos de justiça gratuita, sendo cabível outras hipóteses.

Nos casos, porém, em que a parte por tiver urgência no processo, ela precisará prestar caução, e nesta hipótese ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, não fica isento do pagamento.

Outra hipótese em que a parte não fica livre do pagamento é no caso de multas processuais. A multa pode surgir por dois motivos: porque a parte cometeu um ato ilícito ou porque é uma forma de obrigar a parte a cumprir com o seu dever. Nessas hipóteses o beneficiário da justiça gratuita também não fica isento do pagamento.

O novo Código também trouxe outra importante mudança. Permite que o benefício da justiça gratuita seja concedido quanto a apenas um, a alguns dos atos processuais ou a todos. Permite ainda que o juiz ao invés de conceder a isenção do pagamento das despesas processuais, conceda o parcelamento.

Quanto a hipótese de parcelamento existe já uma corrente doutrinária que entende ser inconstitucional esta previsão, uma vez que o artigo 5º da Constituição ao falar de assistência gratuita cita refere-se à palavra “integral”, o que apenas permitiria a concessão deste benefício em sua integralidade ou o indeferimento do seu pedido.

Cabe, no entanto, ressaltar, que tal posição não é majoritária, pois para a maior parte da doutrina esta inovação é um grande avanço, pois serve para os casos em que a parte não é tão pobre assim, evitando o pensamento do tudo ou nada e trazendo mais forte o pensamento do acesso à justiça. E ao mesmo tempo acaba sendo bom ao Estado que diminui o seu custo no processo.

Agora podemos nos perguntar: Quem é o beneficiário da justiça gratuita? O novo Código de Processo Civil também inovou neste aspecto. Embora a lei 1060/50, única lei que tratava especificamente do assunto até a publicação do novo código, apenas pessoas físicas tinham direito ao

benefício, porém a jurisprudência já entendia que em alguns casos também teriam direito as pessoas jurídicas

O novo Código incorporou o entendimento jurisprudencial e passou a prever que pessoas físicas e jurídicas tem direito à justiça gratuita. Não importando a nacionalidade.

Para ter direito ao benefício a pessoa precisa ter insuficiência de recursos para pagar as despesas e custas processuais. A lei não fala em renda familiar, não exige a miserabilidade, nem que a pessoa fique sem condições de se sustentar, a lei não fala em valores, nem em parâmetros, é preciso que se olhe o caso concreto. Importante também dizer que ainda que a parte esteja assistida por advogado tem ela direito à justiça gratuita, conforme expressamente previsto no novo Código.

A lei também deixa claro que sendo deferida a justiça gratuita ela é direito personalíssimo e por levar em considerações a situação pessoal da parte não pode ser estendida para outras pessoas. Por isso em caso de durante o processo uma outra pessoa vier a substituir a parte inicial deverá fazer novo pedido de justiça gratuita.

O pedido de justiça gratuita é feito por simples requerimento do interessado, este requerimento pode ser feito a qualquer momento do processo, tanto no início, durante ou até mesmo na fase recursal.

Se o pedido de gratuidade for feito logo no início do processo ele será aplicado para todos os atos processuais posteriores, se for requerido em qualquer outro momento terá efeito a partir do seu deferimento, não sendo concedido para os atos anteriores ao pedido.

Outro requisito importante para requerer a justiça gratuita é que caso ela seja feita por advogado deve ele ter em sua procuração poder especial para assinar um pedido de gratuidade de justiça. A falta deste requisito torna ineficaz esse direito perante a parte.

O requerente do benefício apenas precisa afirmar que tem insuficiência de recursos para arcar com as despesas processuais, não precisando juntar prova. O fato é tido como verdadeiro até que se prove o contrário.

No entanto, essa presunção não se aplica quando o requerimento ao benefício da justiça gratuita é feito pela pessoa jurídica, não importa se a pessoa jurídica tem ou não finalidade lucrativa. Se quiser ter direito a

justiça gratuita terá que demonstrar a sua impossibilidade de pagar as despesas processuais.

O procedimento para impugnar o pedido de gratuidade é bem simples, e assim como o procedimento para requerer tal benefício não requer grandes formalidades.

Caso o pedido seja feito pelo autor no início do processo, cabe ao réu impugnar tal pedido na sua defesa, no prazo de 15 dias. Se for deferido ao réu o direito a justiça gratuita, o autor deverá impugna-lo na réplica, ou no prazo de quinze dias contando de quando teve conhecimento do deferimento do pedido.

Pode acontecer também que no decorrer do processo o requerente da justiça gratuita melhore a sua condição financeira ou que fique a outra parte sabendo que ele nunca precisou do benefício, neste caso caberá a parte adversária no prazo de quinze dias, contando de quando ficou sabendo desses acontecimentos, impugnar a justiça gratuita concedida a outra parte.

Ocorrendo uma dessas hipóteses, o ônus de provar que o beneficiário da justiça gratuita não faz jus ao benefício é da parte que impugnou tal pedido. Após a impugnação e apresentação das provas cabe ao juiz decidir se revoga ou se mantém o benefício. Caso seja revogado o direito a justiça gratuita, o requerente deverá arcar com todas as despesas processuais das quais havia ficado dispensado do pagamento.

O benefício também pode ser revogado sem requerimento da outra parte, é o que chamamos de revogação de ofício, quando surgem nos autos evidências de que a parte nunca teve direito a justiça gratuita ou de que daquele em momento em diante não preenche mais os requisitos deste direito. Porém em qualquer uma dessas hipóteses deve o juiz ouvir a parte, antes de revogar o benefício.

Contra a decisão que indefere o pedido de justiça gratuita é cabível em regra, agravo de instrumento, caso, porém tal decisão seja proferida em sentença, contra esta decisão caberá apelação.

Indeferida ou revogada a justiça gratuita e interpondo a parte o recurso cabível, ela não terá que arcar com a despesa do recurso e nem com as despesas processuais até que seu recurso seja decidido. Sendo mantida a decisão depois do recurso a parte deverá, no prazo de cinco dias, pagar as despesas processuais das quais havia sido dispensada,

inclusive o pagamento do recurso contra a decisão que impugnou o indeferimento ou revogação do benefício.

Ainda que beneficiária da gratuidade de justiça será a parte vencida condenada a pagar as despesas processuais e o honorário da sucumbência, porém tal condenação fica sob condição suspensiva e apenas será cobrada se no prazo de cinco anos a contar da decisão a parte mudar o seu patamar econômico, quando então terá que pagar tais despesas. Passados cinco anos sem que isso ocorra tais valores não poderão mais ser cobrados da parte vencida, se extinguindo a obrigação.

5. Conclusão

Como se pode notar a justiça gratuita é uma das facetas do princípio e garantia fundamental do acesso à justiça, o qual ao longo dos anos sofreu importantes modificações até chegar nos dias atuais, em que ficou evidente a preocupação de exaltar a força normativa da Constituição em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e permitindo assim o acesso ao Estado Democrático de Direito a todos os cidadãos.

6. Referências Bibliográficas

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016

FLEXA, Alexandre. MACEDO, Daniel. BASTOS, Fabrício. **Novo código**

de processo civil. Salvador: JusPodivm, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014

PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUANTO RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO AFETO A MOEDAS VIRTUAIS

DOUGLAS BELANDA: Advogado Corporativo em São Paulo/SP. Secretário da Comissão de Departamento Jurídico da OAB/SP, Seccional de Pinheiros/SP. Foi Membro da Comissão de Instituições Financeiras e Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SP.

A moeda virtual está ganhando escala a cada dia e, sem dúvidas, alcançou forte status na economia de diversos países, não sendo diferente no Brasil. É notório que o volume de pessoas ingressando na utilização de tal moeda e transações, só aumenta. Literalmente, a moeda virtual chegou para ficar (em tese), em que pese carecer de regularizações (fato contestado por muitos). Sendo cria da tecnologia em linha com liberdade da economia, a utilização da moeda virtual tem vida própria em apartado do sistema financeiro brasileiro ora instituído, vigente e com regulamentações estatais baseados na transparência, segurança total e confiabilidade. Agora e em ponto de atenção, é incontroverso que a tecnologia está em descompasso com os ditames governamentais, administrativos e legais (principalmente o Judiciário), como passaremos a expor no quesito da problemática em recuperar créditos atrelados à Moeda Virtual, descaracterizando sua segurança nesse quesito.

Sendo muito breve na explanação afeto a moeda virtual, se refere a moeda transacionável no mundo eletrônico (já aceita em alguns países, citando por exemplo o país Dominica), em tese sem intermediador (o usuário necessita de empresas aptas para o cadastro e a primeira compra ou minerar as próprias moedas), e ainda, sem interferência estatal e de órgão regulador, fato que acarretaria em livre comércio, privacidade e agilidade nas comercializações. Ainda, tais transações são relatadas como seguras ao extremo, face que ocorrem os registros fidedignos e ciência irrestrita de tais operações no “livro razão” de controle nomeado de Blockchain. Em nosso país, existe Projeto de Lei abordando tal tema – PL 2303/2015 (que dispõe sobre inclusão de moedas virtuais), entretanto, que atualmente encontra-se aguardando instalação de comissão na Câmara dos Deputados, isto é, em discussão ainda.

Sendo a moeda virtual um “ativo”, inclusive com possibilidade de declaração em imposto de renda e justa compra e aquisição de bens e serviços, deveria ser plausível de ser perseguido via ação judicial para eventual recuperação de créditos ou cobrança de dívidas, todavia, ainda não é assim entendido pelo Judiciário (levando em consideração a decisão do respeitado Tribunal de Justiça de São Paulo/SP, em sede de Agravo de Instrumento nº 2202157-35.2017.8.26.000. Veja a decisão: “...**Nesse contexto, correta a conclusão da decisão agravada ao afirmar que, ainda que seja possível, em tese, a constrição de BITCOIN(S), não é possível determinar tal medida à "Rede de Internet".**”

Ora, se do ponto de vista da Receita Federal a moeda virtual é factível (via declaração de imposto de renda), bem como, ratificado face viés contratual (contratos eletrônicos gerais, permuta e até mesmo dação em pagamento), e em observância ao teor do Artigo 104 e 434 do Código Civil, é necessário que seja criado mecanismos para que credores legítimos possam ter meios de executar e bloquear os créditos relacionados a moedas virtuais, legalmente os encontrando na rede mundial de computadores – ambiente virtual e, ainda, incorporando ao patrimônio do credor (com ordem judicial e respeitado o devido processo legal), com a devida liquidez desejada.

O magistrado pode e deve se utilizar de meios coercitivos para que seja cumprido a ordem judicial (astreintes e daí por diante). De toda sorte, somente esse ponto não basta para que ocorra cumprimento de tal decisão (localização e bloqueio de moeda virtual), dado que localizar o crédito e bloquear o respectivo (moeda virtual), é praticamente impossível. Ainda, confrontar descompassos entre declaração de imposto de renda e valores reais de moeda virtual não é simples.

Hoje, o Judiciário e credores ficam reféns do sistema instituído para circulação das moedas virtuais, sendo necessário buscarmos a segurança jurídica ao extremo, ou seja, que todo e qualquer credor possa eventualmente incorporar créditos via moeda virtual de devedores que os detenham, legalmente. O cerne não é criar entraves ou afim para existência de transações por moeda virtual (tampouco criticar sua existência e legalidade), mas sim, dar respaldo legal (inclusive, pensando

em certa regulamentação via BACEN), para que credores de débitos em geral possam satisfazer os créditos que possam vir a existir no ambiente virtual, isto é, incorporar eventuais moedas virtuais de devedores.

Temos que hoje, tal possibilidade é difícil ou remota. Alego isso, pois o sistema é de certo modo blindado, com os detentores de moeda virtual praticamente inalcançáveis no viés judicial. Em outras palavras, conseguir bloquear moeda virtual (com ordem judicial), é difícil ao extremo, podendo tal mecanismo ser utilizado de modo não republicano, o que devemos evitar.

Pelo exposto, devemos buscar meios de equalizar a distorção existente entre tecnologia, moeda virtual e o judiciário, com fito de beneficiar todos os entes sociais envolvidos no pleito.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: CONSIDERAÇÕES CONSTITUCIONAIS ACERCA DAS OCUPAÇÕES DE IMÓVEIS RURAIS

IRVING RAHY DE CASTRO PEREIRA:
Especialista em Comércio Exterior, Professor, Administrador, e Graduando em Direito pela Faculdade Guanambi - CESG/FG, Guanambi - BA.

RESUMO: O presente estudo teve o propósito de investigar se a função social da propriedade, conclamada nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III da Constituição Federal de 1988, deve ser vislumbrada como uma relativização da propriedade privada, ou se avançaria mais, a se tornar uma condicionante da propriedade privada. E esta análise será realizada por via das decisões do Supremo Tribunal Federal, com vistas a saber como este tema é tratado na defesa da posse direta nas ocupações de imóveis rurais. E, para cumprir com a proposta dessa investigação, a revisão bibliográfica permeou por todo o trabalho, com vistas a fundamentar os principais conceitos não abarcados pela legislação, e com utilização sistemática da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em casos onde são verificadas as relações da propriedade privada com sua função social, bem como a possível existência de outro fator que possa influenciar nas decisões do tribunal constitucional. Diante, dos estudos e análises, permitiu-se discutir e esclarecer pontos do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao exercício da posse e a aquisição de direitos em virtude do seu exercício, e as conseqüentes nuances do direito de propriedade privada e da função social da propriedade, e, também as peculiaridades a respeito da relação desses direitos, com o fenômeno das ocupações de imóveis rurais, por parte de entidades organizadas de mobilização ou não.

PALAVRAS-CHAVE: Função Social da Propriedade. Ocupação Rural. Propriedade Privada.

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo vem, preliminarmente, esclarecer as ambigüidades que podem surgir na interpretação do direito, quando se fala em direito de

defesa da posse, e as possíveis implicações consequentes no direito de propriedade. E esse estudo parte do ponto de vista constitucional, e tem como principal objetivo de investigação saber se a função social da propriedade, conclamada na Constituição Federal de 1988 deve ser entendida como uma relativização da propriedade privada, ou se avançaria mais, a se tornar uma condicionante da propriedade privada. E esta análise será realizada por via das decisões do Supremo Tribunal Federal, com vistas a saber como esse assunto é tratado na defesa da posse direta de imóveis rurais supostamente ociosos.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou, segundo Gomes (2010) o posicionamento a teoria objetiva da posse (Ihering), em que o requisito seja apenas o *corpus*, ou seja, a ocupação fática, ou, ainda, o exercício efetivo da posse. E que a posse pode gerar, manter ou extinguir direitos na seara real, e, portanto, as ameaças ao direito de posse podem ser repelidas com mecanismos garantidos pelo próprio sistema jurídico. Diniz (2010) ressalta que os indivíduos que se virem impedidos ou ameaçados de exercerem a posse de suas coisas, poderão utilizar de meios processuais possessórios para reaver a coisa ou fazer cessar as ameaças.

Para Farias & Rosenvald (2009), o direito de propriedade, em regra, deve ser exclusivo ao seu detentor, e, portanto, respeitado contra todos. A propriedade privada e a livre concorrência são requisitos indispensáveis ao modo produtivo capitalista o qual o Brasil não se exclui. No entanto, a própria Constituição Federal dispõe sobre um tipo de exceção à regra desse direito de propriedade, quando diz que a propriedade deverá atender à sua função social. Eis o ponto central desse estudo.

Num estudo tão complexo como esse, foi necessário, além de expor a doutrina majoritária e crítica a respeito do assunto, realizar uma sistematização da legislação ordinária brasileira no que se refere aos direitos de posse e propriedade, apresentar também as disposições constitucionais sobre esse assunto, principalmente sobre a relativização/condicionante do direito de propriedade em consequência do exercício da posse no decurso do tempo. Assim sendo, o estudo foi embasado em pesquisa qualitativa, com vistas a fundamentar e esclarecer os problemas dessa investigação.

De maneira indireta, a jurisprudência tem papel importante nessa pesquisa, pois, se não fossem as controvérsias em juízo que vieram surgindo ao longo da história brasileira sobre tal assunto, não haveria necessidade de se investigar a esse respeito. E, a partir desses pressupostos, e a dúvida que pode surgir se o judiciário tem utilizado o conceito de função social da propriedade como uma relativização ou uma condicionante do direito de propriedade, fica clara motivação dessa pesquisa, e esta mostra viabilidade, vez que o método utilizado é disponível e tem acesso público. Justifica-se, também, pelo fato de o direito de propriedade, assim como o seu exercício pleno, que é a posse, serem considerados, extensivamente, pela Constituição Federal como direito fundamental elencado no caput do artigo 5º desse diploma, é tema pilar quando se trata de ordem econômica de um país.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE POSSE

Preliminarmente, Diniz (2010) conta que existem duas principais correntes de reflexão acerca do fenômeno da Posse. Uma delas é intitulada pela doutrina majoritária, como a Teoria Subjetiva, que teve Savigny como seu precursor. Enquanto que a outra trata-se da Teoria Objetiva, que teve como o principal pensador, Ihering.

De acordo com Gomes (2010), para a teoria subjetiva, a posse é o resultado da consolidação de duas características necessárias e suficientes em si: o *corpus* e o *animus*. “O *corpus* é o elemento material que se traduz no poder físico da pessoa sobre a coisa. O *animus*, o elemento intelectual, representa a vontade de ter essa coisa como sua” (GOMES, 2010, p. 31).

Já a teoria objetiva, propõe um pensamento mais enxuto e diz que a posse se caracteriza pelo elemento objetivo *corpus*, isto é, pela exteriorização física da ocupação. Sendo que, quando o proprietário e o possuidor estão figurados na mesma pessoa, não há a necessidade de se distinguir. Gomes (2010) permite esclarecer que a posse é o poder de fato sobre a coisa, e a propriedade é o poder de direito sobre a coisa. O que não impede que esses dois poderes estejam nas mãos de uma pessoa só, tornando-o possuidor e, também, proprietário da coisa.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria objetiva para conceituar o direito de posse, ao considerá-la como um poder de fato direto ou indireto sobre a coisa, mas independentemente se existe ou não o elemento *animus*, ou seja, a intenção de vir a se tornar proprietário de tal coisa. O artigo 1.196 do Código Civil Brasileiro tem como possuidor “[...] todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002).

3. IMPLICAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

De antemão, requer esclarecer que no ordenamento jurídico brasileiro, a Propriedade é o direito com características mais completas e complexas do rol taxativo de direitos reais. De acordo com o Artigo 1228 do Código Civil, “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem, injustamente, a possua ou detenha” (BRASIL, 2002).

A propriedade é o direito real sobre a coisa, que garante o seu domínio, isto é, as faculdades do artigo 1228 do Código Civil. E, em concordância com o texto legal, Farias & Rosenvald (2009), também têm a propriedade como “um direito complexo, que se instrumentaliza pelo domínio, possibilitando ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto” (FARIAS & ROSENVALD, 2009, p. 168).

Cabe ressaltar que, até que se prove o contrário, o direito de propriedade presume-se pleno e com exclusividade ao proprietário, como preceitua o artigo 1231 do Código Civil (BRASIL, 2002). Farias & Rosenvald (2009) dizem, inclusive, que nos primórdios da humanidade, a propriedade só seria viável se fosse absoluta, com efeito contra todos, isto é, todos deveriam respeitar o direito da propriedade alheia, para que esse instituto, de fato, funcionasse.

3.1. O DIREITO DE PROPRIEDADE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, atribui à propriedade, status de direito fundamental, quando prevê no Artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988).

Para Canotilho (2002), num Estado onde as correntes de pensamento são a do liberalismo político e econômico, como é o caso do modelo capitalista, existe a necessidade de uma segurança jurídica, o que não era possível no Estado Absoluto. Fica claro, então, a necessidade do constitucionalismo nos Estados onde a economia opera sob livre concorrência e proteção da propriedade privada, pelo menos enquanto o Estado tiver como princípio o liberalismo econômico.

Nesse sentido, a Constituição Brasileira, no seu artigo 170 corrobora com a visão doutrinária, “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade” (BRASIL, 1988).

4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Tanto o texto da Constituição Federal, como a doutrina e jurisprudência, assumem que a propriedade tem funções sociais, isto é, o motivo que as legitima. No entanto, no modelo liberalista econômico e político de propriedade, ela mostra-se absoluta, e que se opõe a tudo e a todos, fazendo com que o proprietário tivesse direito exclusivo e absoluto de usar, gozar, dispor e reaver a coisa titulada de propriedade, ou seja, uma propriedade privada absoluta.

No entanto, outras correntes de pensamento admitem e comungam com a existência da função social da propriedade, o que veio a propor que este é um direito relativo. Note-se, a regra seria a propriedade privada, e as exceções seriam a relativização dessa propriedade privada. “No giro constitucional do estado liberal para o estado social, nasce para as propriedades privadas uma nova dimensão social de utilização da terra,

ora denominada de função social da propriedade” (COSTA & CLARK, 2011).

Há de se considerar que a Constituição Federal de 1988 adotou um modelo peculiar, onde se reconhece como fundamentos da ordem econômica do país, tanto a propriedade privada, como a função social da propriedade.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade; (BRASIL, 1988).

Importante lembrar que estes dois princípios estão elencados em mesmo status, e, portanto, mostra a ausência de hierarquia entre eles, no que se refere à aplicação.

E quando se fala na máxima da função social de propriedade rural, a Constituição Federal, no artigo 186, elenca alguns critérios simultâneos, como segue a íntegra do dispositivo constitucional:

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Há de se lembrar que a Lei n.º 8.628/93, a que disciplina e regulamenta os dispositivos constitucionais referentes à reforma agrária acompanha, e dá elucidação plena à função social da propriedade rural.

No prisma de Ferreira Filho (2003), os incisos XXII, XXIII e XXIV do artigo 5 da Constituição Federal, devem ser entendidos à medida que é garantido o direito de propriedade, mas com a condição de que a propriedade privada esteja em consonância com o bem-estar social. Então, partindo desse pressuposto, o fato de o inciso XXII garantir o direito à propriedade categoricamente, e em seguida o inciso XXIII dizer que “a propriedade atenderá a sua função social”, pode estar aludindo a hipótese de a propriedade só ser legítima, com a condição de atender a sua função social.

Chalhub (2003), por sua vez, trata o direito de propriedade e sua função social como sendo esta a utilidade social daquela. E, ao se considerar que já é pacífico que o direito de propriedade tem o fim de viabilizar o sistema econômico, no que se refere à produção e circulação de bens e serviços, “constituindo um sistema institucional que garanta o funcionamento do mercado” (CHALHUB, 2003, p. 307), pode-se dizer, então, que a propriedade que não tiver este objetivo, não tem interesse social.

O Ministro o STF, Celso de Mello, em face de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.213, a qual foi relator, ressalta que:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. - O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade (BRASIL, 2002).

A qualificação da propriedade pela sua função social não implica supressão dos deveres inerentes à propriedade, nem importa em negação da propriedade privada capitalista, e a compatibiliza com a democracia social que caracteriza os sistemas políticos contemporâneos (CHALHUB, 2003, p. 308).

Tanto a Constituição Federal quanto a legislação ordinária brasileira, apontam uma concordância com a relativização da propriedade privada, fazendo com que haja hipóteses de ser um direito que pode ser limitado, e até perdido.

No artigo 5º da Constituição Federal, por exemplo, são classificadas duas garantias fundamentais e de mesmo grau hierárquico, como sendo “XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social” (BRASIL, 1988). Em interpretação, não fica difícil presumir que a propriedade só será válida se cumprir com a sua função social, e, de certa forma, fazendo com que a função social se torne uma condicionante do direito de propriedade.

De acordo com o § 3º do artigo 1228 do Código Civil Brasileiro, “O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente” (BRASIL, 2002).

5. IMPLICAÇÕES ACERCA DA OCUPAÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS

Controvérsias podem surgir, e surgirão, quando se fala da exclusividade da propriedade privada, principalmente por se tratar de altos valores, como é o caso dos imóveis rurais no Brasil. No entanto, é válido dizer, mais uma vez, que a propriedade privada, no ordenamento jurídico brasileiro, não é absoluta. Isto é, a Lei prevê hipóteses de desapropriação temporária ou definitiva, e também, transferência de titularidade entre pessoas privadas, quando a posse, o decurso do tempo constituir direito de propriedade ao possuidor direto.

De acordo com o § 4º do artigo 1228 do Código Civil Brasileiro:

O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, a estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante (BRASIL, 2002).

Direito já devidamente amparado pelo texto constitucional atual, no artigo 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 (BRASIL, 1988).

Noutra situação, mas nesse sentido, o artigo 2º da Lei n.º 8.629/93, abre ensejo para que pessoas ou entidades, que julguem estar amparados pelo direito, ocupem lotes de terra que julguem ociosos, como segue: “A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta lei, respeitados os dispositivos constitucionais” (BRASIL, 1993). Importante salientar que os critérios apontados no artigo 9º deste dispositivo são os mesmos elencados no artigo 186 da Constituição Federal, os quais já foram citados, e dispensa repetição.

E para os efeitos da lei, os imóveis rurais são definidos no artigo 4º, como “o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial; [...]” (BRASIL, 1993).

Os critérios elencados na Constituição Federal e na Lei n.º 8.629/93 de cumprimento da função social da propriedade rural são esclarecidos da seguinte forma nos parágrafos do artigo 9º:

§ 1º Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos §§ 1º a 7º do art. 6º desta lei.

§ 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade.

§ 3º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

§ 4º A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais.

§ 5º A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel.

Diante disso, fica claro o emaranhado de requisitos para que se considere que uma propriedade rural esteja cumprindo com a função social, e, portanto, a propriedade seja legítima. O Poder Judiciário tem ficado com a atribuição de esclarecer na via incidental as lides acerca, principalmente, de desapropriação ou reintegração de posse, onde a discussão é o direito fundamental à propriedade, e sua relativização (ou condicionante), que é a função social da propriedade.

No entanto, há de se considerar, de antemão, os dispositivos constitucionais e legais que estejam explícitos, estes em tese teriam aplicação, até que se prove inconstitucionalidade ou qualquer outro vício.

Segue jurisprudência do Supremo Tribunal Federal onde são mostradas em decisões de Agravos Regimentais em respectivos Mandados de Seguranças, na figura do voto do Ministro Celso de Mello, ambas em 2015, aspectos a serem considerados no que se refere à ocupação de imóveis rurais:

[...] tem advertido que o esbulho possessório, enquanto subsistir (e até dois anos após a desocupação do imóvel rural invadido por movimentos sociais organizados) impede que se pratiquem atos de vistoria, de avaliação e de desapropriação da propriedade imobiliária rural, por interesse social, para efeito de reforma agrária, pois a prática da violação possessória, além de configurar ato impregnado de evidente ilicitude, revela-se apta a comprometer a racional e adequada exploração do imóvel rural, justificando-se, por isso mesmo, a invocação da “vis major”, em ordem a afastar a alegação de descumprimento da função social

[...] A prática ilícita *do esbulho possessório* que compromete a racional e adequada exploração do imóvel rural qualifica-se, em face do caráter extraordinário que decorre dessa anômala situação, como hipótese configuradora de força maior, constituindo, *por efeito da incidência dessa circunstância excepcional*, causa inibitória da *válida edição* do decreto presidencial consubstanciador da declaração expropriatória, *por interesse social*, para fins de reforma agrária, notadamente naqueles casos em que a direta e imediata ação predatória desenvolvida pelos invasores culmina por frustrar a

própria realização da função social inerente à propriedade.

Aqui fica claro o entendimento do STF em não acolher como ocupação mansa e pacífica, as invasões de cunho coletivo, onde não se prova que a posse ocorrera de forma mansa e pacífica.

Por outra via, a defesa da posse pode ter outro entendimento, quando as circunstâncias forem outras. Como é o caso da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que expõe em voto no julgamento de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento, a outra via, onde o relator, o Ministro Dias Toffoli se vale do princípio da função social da propriedade numa decisão.

[...] Os princípios constitucionais gozam de mesmo status e, a princípio, merecem idêntica proteção. Entretanto, são as circunstâncias do caso concreto que devem orientar o julgador na escolha do valor constitucionalmente garantido que, em determinada situação específica, deve prevalecer, sendo certo, ainda, que as instâncias ordinárias são soberanas na análise do conjunto fático-probatório da causa, consoante a pacífica jurisprudência desta Corte. [...] em razão das circunstâncias fáticas e das provas constantes da ação de reintegração de posse, que as normas dos arts. 3º, inciso II, e 5º, inciso XXIII, deveriam prevalecer, na situação específica, sobre a regra insculpida no art. 189, todas da Constituição Federal de 1988. E assim decidiu o Tribunal de origem porque, embora tenha sido irregular a alienação das terras pelo assentado original aos ora agravados, esses deram efetivo cumprimento ao princípio constitucional da função social da propriedade, com a sua devida exploração, além de terem demonstrado boa-fé, motivos pelos quais indeferiu a reintegração de posse ao INCRA, assegurando-lhe, contudo, o direito à indenização.

Como diz no § 2º do Artigo 1.210 do Código Civil, que “não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”, permite-se dizer que na hipótese de que uma área de terra ser ocupada mansa e pacificamente, e que o proprietário não se opôs a determinada ocupação pelos meios cabíveis, fazendo com que o decurso do tempo desse o título de proprietário ao possuidor posterior. Nessa hipótese, caso o primeiro proprietário viesse a esbulhar a posse legítima do possuidor direto, este poderia utilizar dos remédios possessórios contra o primeiro proprietário, que no caso, já seria possuidor indireto da terra.

Sem contar que o mero título ou documento comprovante de aquisição da posse, de acordo com Theodoro Júnior (2014), isoladamente, não é suficiente para provar que a posse está sendo exercida de maneira efetiva.

É importante destacar, também, a posição do Supremo Tribunal Federal, mais uma vez relativizando o direito de propriedade, em favor da função social da propriedade, ao amparar o decreto que declarou interesse social de uma determinada área rural privada, declarada como improdutiva, por não atender os requisitos da função social da propriedade.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO PRESIDENCIAL DE DECLARAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. PROPRIEDADE RURAL OCUPADA PELO MOVIMENTO DOS SEM-TERRA - MST UM ANO ANTES DA VISTORIA QUE CONCLUIU PELA IMPRODUTIVIDADE DA GLEBA. ARTIGO 2º, § 6º, DA LEI N. 8.629/1993. EXISTÊNCIA DE OUTRO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A REALIZAÇÃO DA VISTORIA. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE DECLAROU VÁLIDA A VISTORIA. EFEITOS DA COISA JULGADA. ARTIGOS 467 E 468 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SEGURANÇA DENEGADA. 1. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DECRETO DO

PRESIDENTE DA REPÚBLICA QUE DECLAROU DE INTERESSE SOCIAL, PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA, O IMÓVEL RURAL DENOMINADO "FAZENDA JARDIM", NO ESTADO DA PARAÍBA. 2. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO DECRETO, POIS A PROPRIEDADE RURAL FORA OCUPADA PELO MOVIMENTO DOS SEM-TERRA UM ANO ANTES DA VISTORIA QUE CONCLUIU PELA IMPRODUTIVIDADE DA GLEBA, O QUE TERIA OFENDIDO O § 6º DO ART. 2º DA LEI N. 8.629/1993, ACRESCENTADO PELA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.183-56/2001. 3. EXISTÊNCIA DE OUTRO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO NA JUSTIÇA FEDERAL, SEÇÃO JUDICIÁRIA DA PARAÍBA, CONTRA A REALIZAÇÃO DA VISTORIA SOB OS MESMOS ARGUMENTOS UTILIZADOS NESTE MANDADO DE SEGURANÇA. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE CONCLUIU PELA VALIDADE DA VISTORIA, POR ENTENDER QUE A OCUPAÇÃO NÃO TEVE IMPACTO NO GRAU DE PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL RURAL. EFEITO NEGATIVO DA COISA JULGADA QUE IMPEDE O REEXAME DA VALIDADE DA VISTORIA, NOS TERMOS DOS ARTS. 467 E 468 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 4. SEGURANÇA DENEGADA (BRASIL, 2008).

O voto de Sepúlveda Pertence, ministro relator, inclusive, deixa clara a secundariedade de vícios sanáveis, quando verificada e reconhecida o interesse social a ser decretado

[...] eventual nulidade da vistoria poderia servir de fundamento para a impugnação em juízo do decreto presidencial que põe fim ao processo administrativo e declaração de interesse social na expropriação da gleba; não, porém, se o interessado, antecipando-se ao decreto, questiona em juízo a própria vistoria e a

sentença, transitada em julgado, lhe denega a segurança impetrada e afirma a validade do ato questionado.

O artigo 1.210 do Código Civil preceitua que “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado” (BRASIL, 2002). Assim, esse artigo mostra-se como uma garantia contra invasões parciais ou totais na propriedade, quando não acontecem se forma mansa e pacífica.

Por outro lado, existe jurisprudência desse mesmo tribunal, acatando a causa contrária, quando esta demonstra requisitos legais e principiológicos para tal, como segue a fala do Ministro Joaquim Barbosa, em voto de julgamento de mandado de segurança, o qual foi relator:

O art. 184 da Constituição reserva à União competência exclusiva para desapropriar, por interesse social e para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo com sua função social.[...] o quadro configura-se pela tensão entre o interesse da parte impetrante, proprietário do imóvel, e pelas pessoas que firmaram expectativa de permanência no local, devido à longa ocupação, e a gestão estatal para garantir a estabilidade da situação. A resolução do conflito pela desapropriação não constitui desvio de finalidade, considerado o dever de a União promover o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores que labutam, assim como suas famílias [...] Nesse contexto, a desapropriação não se revela sanção pelo mau aproveitamento da propriedade rural. A medida visa remediar expectativas ligadas à questão fundiária, julgadas legítimas pela União.

6. MATERIAL E MÉTODOS

Este estudo esteve embasado numa pesquisa de abordagem qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica, com a utilização de referencial teórico sólido para embasar o trabalho, bem como novos estudos, por meio de artigos científicos publicados, com vistas a realizar contraponto.

A pesquisa bibliográfica terá postura exploratória, a qual Henriques & Medeiros (2010) ratifica ser a mais adequada para estudos jurídicos como o proposto, pois “estabelece critérios, métodos e técnicas para a elaboração de uma pesquisa; investigação que objetiva oferecer informações sobre o objeto da pesquisa e orientar a formulação de hipóteses” (HENRIQUES & MEDEIROS, 2010, p. 17).

Cabe lembrar que, além da doutrina jurídica, faz parte desse trabalho o corpo legislativo brasileiro, bem como a Jurisprudência dos tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, por meio do método indutivo, onde o trabalho parte de algumas decisões, e estas depois de sistematizadas, chegam a uma conclusão, assim como preceitua Henriques & Medeiros (2010, p. 18) que o método indutivo “é o inverso do dedutivo [...] a indução caminha de fatos singulares para chegar a uma conclusão ampla”.

7. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante dos estudos, permitiu-se verificar que a doutrina majoritária é pacífica em concordar com os demais instrumentos do ordenamento jurídico, ao se considerar que o exercício da posse, no decurso do tempo, podem gerar efeitos jurídicos, e que esta pode ocorrer de acordo com a teoria objetiva de Ihering, ratificada nas falas de Diniz (2010), Gomes (2010), e, também, a legislação brasileira, quando diz que é possuidor “[...] todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002).

Nesse prisma, o direito de propriedade é reconhecido pelo artigo 5º da Constituição Federal como um direito fundamental, e Canotilho (2002) comenta sobre a necessidade de o Estado proteger a propriedade, a fim de demonstrar segurança jurídica no sistema econômico adotado.

No entanto, essa mesma constituição, no artigo 5º, XXIII, tem a Função Social da Propriedade como princípio constitucional, bem como o artigo 170 da CF coloca como fundamentos da ordem econômica, tanto a propriedade privada, como a função social da propriedade no mesmo patamar de pilar de ordem econômica.

Note-se, embora a Constituição Federal trate a propriedade privada e a função social da propriedade sempre em mesma hierarquia, a doutrina a trata com expressões diferentes.

Farias & Rosenvald (2009) falam, por exemplo, do suposto caráter absoluto, como única maneira que o Estado pudesse promover sua proteção, vez que o direito à propriedade teria efeito *erga omnes*. No entanto, considera a existência da função social da propriedade, como uma orientação, ou até, otimização do direito de propriedade.

Ferreira Filho (2003), por sua vez, já propunha a interpretação do texto constitucional, considerando que, embora a propriedade privada e sua função social estivessem dispostas em mesmo patamar no ordenamento positivo, estaria claro que a função social da propriedade é razão condicionante da legitimidade do direito de propriedade privada, haja vista que, se assim não fosse, qual seria, então, a razão de existir tal dispositivo.

Chalhub (2003) é menos radical ao propor que o direito de propriedade e sua função social como esta última, utilidade social da primeira, a fim de viabilizar o sistema econômico.

Cabe verificar como esses dispositivos são sistematizados quando da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. O Ministro Celso de Mello, em voto de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.213, expõe que o direito de propriedade não se reveste m caráter absoluto, considerando que, descumprida a função social que lhe é inerente na seara constitucional, dá margem para intervenção estatal no domínio. Figurada, nessa situação, uma relativização branda, porém categórica.

No que se refere às ocupações de imóveis rurais, a jurisprudência constitucional não faz distinção de estas ocorrem por cidadãos

individualmente ou organizados por entidades organizadas, como é o caso do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, haja vista que a pesquisa apresenta jurisprudência reconhecendo a subordinação do direito de propriedade à sua função social (STF, Ag. Reg. 822.429, 2014), e jurisprudência de mesmo nível onde não reconheça, embora seja visível, mas com a justificativa de que a ocupação não ocorrera de forma mansa e pacífica (STF, Ag. Reg. 32.752, 2015), o que traz descrédito ao exercício da posse, e, portanto, da declaração e reconhecimento da função social da propriedade.

O voto do Ministro Joaquim Barbosa em Mandado de Segurança n.º 26.192, impetrado contra Decreto Expropriatório, tem suas peculiaridades, principalmente no que tange a ter reconhecido a desapropriação por interesse social, mas para garantir a estabilidade social, e evitar conflitos sociais, em vista de sua iminência, uma vez que a posse do imóvel rural acontecera de forma mansa e pacífica, já sendo extenso o exercício da posse, e os direitos a ela inerente, gerados.

Ademais, quando se fala em ocupação de imóveis rurais, a jurisprudência é pacífica ao atender à legislação, em não legitimá-la quando do esbulho, mudando inclusive o termo ocupação, e passando a utilizar o termo invasão. O que faz ser fator preponderante, mesmo quando não verificada a função social da propriedade, a jurisprudência não abarca a situações de ocupações clandestinas, como é percebido nos votos do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido (STF, Ag. Reg. 25.245 e 32.752, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa pesquisa, pode-se concluir, preliminarmente, que o Supremo Tribunal Federal reconhece nas suas decisões os dois institutos aqui trabalhados, ou seja, a propriedade privada e a função social da propriedade.

Reconhece, também, a possibilidade de aquisição de direitos no decurso do tempo, no que se refere ao exercício da posse, desde que seja de forma mansa e pacífica, independentemente se ocorrer por indivíduos

representados por entidade de mobilização, como é o caso do MST, ou sem representação formal.

É de esclarecer que, embora haja embate doutrinário no que se refere à hierarquia entre os dois dispositivos, a jurisprudência constitucional tem demonstrado certa sistematização nas decisões. Principalmente, em relativizar a propriedade privada, quando considerado que esta não atente à sua função social. Então, as interpretações poderiam se pender ao proposto por Ferreira Filho (2003), quando pugnou que o direito de propriedade está condicionado ao cumprimento da sua função social. Isto faz vislumbrar que o primeiro direito é função do segundo, e, portanto, estaria intrinsecamente em grau hierárquico mais baixo.

No entanto, ficou claro que a jurisprudência não relativiza apenas o direito de propriedade, mas relativiza, também, a declaração e aceitação da função social da propriedade, no que se refere às ocupações de imóveis rurais. A clandestinidade da posse é considerada, na prática, uma determinante nas decisões, antes de se considerar a função social da propriedade.

Portanto, embora a função social da propriedade seja considerada por alguns doutrinadores como condicionante do direito de propriedade privada, a jurisprudência constitucional mostra que mais se aproxima de um ajustamento e limitador, com vistas a amparar o modelo de estado social, mas que não chega a estar em hierarquia superior, em vista de sua própria relativização, por parte das peculiaridades do exercício da posse, como contrapeso.

REFERÊNCIAS

AGRA, W. M. **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BOLONHINI JUNIOR, R. A Posse e Alguns Aspectos, na Legislação Pátria: Conceito, Desdobramento, Detenção, Natureza e Fundamento. **Revista Integração – USJT**, Ano X, núm. 36, Jan./Fev./Mar./2004, p. 33-38. Disponível em: <ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/33_3_6.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Portal do Planalto: Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 fev. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Portal do Palácio do Planalto: Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5_869.htm. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. **Lei.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Portal do Palácio do Planalto: Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm. Acesso em: 03 mar. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Portal do Palácio do Planalto: Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de processo Civil)**. Portal do Palácio do Planalto: Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.213. Requerentes: Partido dos Trabalhadores e Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 04 de abril de 2002.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 822.429. Aggravante: Instituto Nacional de Colonização e

Reforma Agrária - INCRA. Agravado: Sélvio Sanches e outros. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 9 de abril de 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.º 25.425. Agravante: Antônio de Pádua Orlandi e outros. Agravado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 de março de 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.º 32.752. Agravante: União. Agravado: Bartolomeo Gragnano e outros. Relator: Celso de Mello. Brasília, 17 de junho de 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança n.º 25.076. Impetrante: Fazenda Jardim. Impetrado: União. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 de fevereiro de 2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança n.º 26.192. Impetrante: Paulo Roberto Jacques Coutinho Filho. Impetrado: Presidente da República. Brasília, 11 de maio de 2011.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHALHUB, M. N. Função Social da Propriedade. **Revista da EMERJ**. v. 6, n. 24. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_305.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

COSTA, W. H. A.; CLARK, G. A Propriedade Privada dos Bens de Produção e a Regulação. **Revista de Direito Público**, v. 6, n. 3, p. 102-119, Londrina, out/dez, 2011. Disponível em: <www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/8973/9071>. Acesso em: 10 mai. 2017.

DINIZ, M. H. **Código Civil Anotado**. 12.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direitos Reais**. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 30^a edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2007

GOMES, O. **Direitos Reais**. 20^a edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

HENRIQUES, A.; MEDEIROS, J. B. **Monografia no Curso de Direito: Como Elaborar o Trabalho de Conclusão de Curso**, 8.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTENEGRO FILHO, M. **Código de Processo Civil Comentado e Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2008.

THEODORO JUNIOR, H. **Código de Processo Civil Anotado**. 18.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VENOSA, S. S. **Direito Civil – Direitos Reais**. 14^a edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS SEGUNDO A DOCTRINA BRASILEIRA

CLARISSA DE CERQUEIRA PEREIRA:
Advogada. Graduada em Direito pela
Universidade Federal do Piauí.

RESUMO: O conceito de norma jurídica e a definição de suas espécies é tema constantemente debatido por juristas. No Brasil, a doutrina recepcionou os modelos de separação qualitativa de Dworkin e Alexy, mas não se desvinculou da definição dos princípios de acordo com o grau de generalidade e fundamentalidade. Propõe-se, no presente artigo, uma análise crítica das teorias defendidas por três grandes doutrinadores brasileiros.

PALAVRAS-CHAVES: Normas jurídicas. Princípios e regras. Distinção de grau. Distinção lógica. Doutrina brasileira.

ABSTRACT: The concept of juridical norms and the definition of its species is constantly debated by jurists. In Brazil doctrine received logical separation of Alexy and Dworkin, but are not disengaged from the definition of principles according to the degree of generality and fundamentality. This article proposes a critical analysis of the theories espoused by three major Brazilian scholars.

KEYWORDS: Juridical norms. Principles and rules. Distinction of degree. Logical distinction. Brazilian doctrine.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A distinção segundo Luís Roberto Barroso. 3. Teoria dos Princípios de Humberto Ávila: distinção segundo o grau de abstração. 4. Virgílio Afonso da Silva e o Sincretismo Metodológico. 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a discutir a visão brasileira da distinção entre regras e princípios. Para tanto, ao longo dele, serão apresentadas três das mais relevantes abordagens feitas por doutrinadores brasileiros acerca dessa separação.

A crítica feita por Virgílio Afonso da Silva ao que ele denomina *sincretismo metodológico* impulsionou este estudo. Diz o renomado professor da Universidade de São Paulo que, no Brasil, é comum a adoção de teorias incompatíveis como se complementares fossem.

Não se pretende aqui construir nova teoria, tampouco apresentar solução definitiva ao problema proposto^[1], mas suscitar discussão sobre tema que, conquanto relevante, é negligenciado e pouco aprofundado em muitos de nossos cursos jurídicos. Salientamos que é inaceitável que o estudo da teoria dos princípios em nossas universidades se reduza à repetição de frases como “princípios são mandamentos de otimização, ao passo que regras são aplicadas na base do tudo ou nada”, como se bastante fosse. Não que a afirmação seja incorreta. Não o é. Mas não se pode tratar como óbvio e desmerecedor de reflexão tema tão polêmico e rico em discussões. A distinção entre regras e princípios não pode se resumir a um modismo, à reprodução pouco refletida de frases soltas como se, de tão óbvias, não exigissem reflexão e aprofundamento.

O presente estudo foi organizado da seguinte forma: a) a distinção entre princípios e regras segundo o *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* de Luís Roberto Barroso; b) *Teoria dos Princípios* de Humberto Ávila; c) Virgílio Afonso da Silva e o sincretismo metodológico; d) considerações finais.

Num primeiro momento, será apresentada a visão adotada por Luís Roberto Barroso em seu *Curso de Direito Constitucional*. A escolha pelo manual de Barroso se justifica por ser obra bastante difundida em nossos dias, que servirá de base para a compreensão do “modo brasileiro” de ver os princípios.

Em seguida, a exposição da Teoria de Humberto Ávila nos permite um olhar a partir de tese que em muitos pontos se opõe à teoria de Robert Alexy. Ávila desenvolveu uma curiosa divisão tripartite, fundada em critérios distintos daqueles adotados pela separação lógica ou qualitativa de Dworkin e de Alexy.

Por fim, as objeções feitas por Virgílio Afonso da Silva ao que ele denomina sincretismo metodológico abrem espaço para a compreensão da diferença entre o conceito de princípios tradicionalmente adotado no Brasil e o de Robert Alexy. A partir da crítica do professor titular de Direito Constitucional da USP, será possível apresentar algumas outras considerações a respeito da doutrina brasileira diante da teoria dos princípios.

2. A DISTINÇÃO SEGUNDO LUÍS ROBERTO BARROSO

Ensina Luís Roberto Barroso que, hoje, após longo processo evolutivo, consolidou-se, na Teoria do Direito, a ideia de que as normas jurídicas são gênero, do qual são espécies as regras e os princípios. Os princípios teriam vivido vertiginoso processo de ascensão, que os levou de fonte subsidiária do Direito, à qual se recorria em caso de lacuna legal, ao centro do sistema jurídico. Os princípios seriam, pois, a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico (BARROSO, 2009, p. 203-204).

Em análise da “ascensão dos princípios” no Direito brasileiro, Barroso leciona que os princípios eram fonte secundária e subsidiária do Direito. É o que se extrai da redação do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro^[2], que sequer considerava os princípios como normas jurídicas, mas como fonte integradora do Direito. Hoje, os princípios são centro do sistema jurídico, de onde se irradiam por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.

Conforme veremos adiante, mais adequado seria mencionar a grande diferença existente entre os princípios a que se refere o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e os princípios que são aplicados mediante ponderação. Estes não constituem forma evoluída daqueles. São espécies que, apesar de homônimas, fundam-se em bases teóricas distintas.

Prosseguindo em sua narração do ascender dos princípios à categoria de normas, destaca que alguns autores já davam maior relevância ao papel dos princípios, mas foi somente com os escritos de

Ronald Dworkin, que se difundiram no Brasil a partir do final da década de 1980, que o tema teve um desenvolvimento mais apurado. Posteriormente, Robert Alexy ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica.

Barroso, cita como exemplo de regras constitucionais, dentre outros, a aposentadoria compulsória do servidor público aos 70 anos (art. 40, §1º, II). Como exemplo de princípio constitucional explícito, o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e implícito o da razoabilidade.

Diz que são critérios para distinção entre princípios e regras: a) o conteúdo; b) a estrutura normativa; c) o modo de aplicação. O primeiro critério tem natureza material. Os demais, formal. Nesse ponto Barroso, ressalta que tais critérios não são complementares nem tampouco excludentes.

De acordo com o conteúdo, princípios seriam *decisões políticas fundamentais* (como a República e a Federação), *valores* a serem observados em razão de sua dimensão ética (como a dignidade da pessoa humana e a razoabilidade) ou *fins públicos* a serem realizados (a exemplo do desenvolvimento nacional e erradicação da pobreza). Princípios podem se referir a direitos individuais ou interesses coletivos.

Barroso adverte que é frequente a inclusão das normas definidoras dos direitos fundamentais na categoria dos princípios. Às vezes, no entanto, o termo é utilizado, de forma atécnica, para realçar a importância de determinadas prescrições que não são, a rigor, princípios. É o que ocorre quando se faz referência ao “princípio” da licitação. Na verdade é regra decorrente do princípio da moralidade, da impessoalidade e da isonomia.

Segundo o constitucionalista, as regras jurídicas, por sua vez, são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão. Elas não remetem valores ou fins públicos porque são a concretização destes, de acordo com a vontade do constituinte ou do legislador, que não transferiram ao intérprete – como no caso dos princípios – a avaliação das condutas aptas a realizá-los.

Quanto à estrutura normativa, Barroso faz os seguintes comentários. Princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida. É característica dos princípios *a indeterminação de sentido a partir de certo ponto*, assim como a *existência de diferentes meios para a sua realização*. É que princípio é norma predominantemente finalística. O princípio da dignidade humana, por exemplo, pode ser fomentado de diversas formas^[3].

Ainda quanto à estrutura normativa, explica Barroso que as regras são normas descritivas de comportamentos, havendo maior ou menor grau de ingerência do intérprete na atribuição de sentidos e na identificação de hipóteses de aplicação. Em suma, são normas predominantemente descritivas.

Por fim, Luís Roberto Barroso nos apresenta as diferenças entre regras e princípios quanto ao modo de aplicação. Os princípios seriam normas que se aplicam na direção de um valor. Numa ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas. Como todos esses princípios têm o mesmo valor hierárquico, a prevalência de um sobre o outro não pode ser determinada em abstrato, mas somente à luz dos elementos do caso concreto. Caberá ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes. São *mandados de otimização*. Os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível.

Princípios são referencial geral para o intérprete. Seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça.

Adverte Barroso que um modelo exclusivo de princípios aniquilaria a segurança jurídica. O autor considera que no Brasil, a superação do positivismo foi impulsionada por alguns exageros principialistas na doutrina e na jurisprudência.

Segundo o ilustre professor da UERJ, a principal diferença entre regras e princípios reside no modo de aplicação. Regras se aplicam na

modalidade *tudo ou nada*: se os fatos que a regra estipular ocorrerem, ela deverá incidir produzindo o efeito previsto. Ex.: aposentadoria compulsória. Se não for aplicada a sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Ao intérprete caberá aplicar a regra mediante *subsunção*. São *mandados ou comandos definitivos*: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida.

O principal valor subjacente às regras seria a *segurança jurídica*: elas são determinação objetiva de conduta, expressam a materialização de decisões políticas tomadas pelo legislador ou pelo constituinte, que procederam às valorações e ponderações que consideram cabíveis. A tarefa do intérprete, embora não seja mecânica, não envolve maior criatividade ou subjetividade.

Segundo Barroso, como o direito gravita entre os valores segurança jurídica e justiça, uma ordem jurídica democrática e eficiente deve trazer em si o equilíbrio necessário entre regras e princípios. Um modelo exclusivo de regras supervaloriza a segurança jurídica e impede a comunicação do ordenamento com a realidade, frustrando, por falta de abertura e flexibilidade, em muitas situações, a realização da justiça. Assim, a decisão do constituinte de empregar princípios ou regras não é aleatória.

A abertura dos princípios constitucionais permitiria ao intérprete estendê-los a situações que não foram originariamente previstas, mas que se inserem logicamente no raio de alcance dos mandamentos constitucionais. Porém, onde o legislador constituinte tenha reservado a atuação para o legislador ordinário, não seria legítimo pretender, por via de interpretação constitucional, subtrair do órgão de representação popular as decisões que irão realizar os fins constitucionais, aniquilando o espaço de deliberação democrática.

Depois de expor sua distinção entre princípios e regras, em que menciona a estabelecida por Robert Alexy, Barroso afirma que os princípios constitucionais podem ser classificados em *fundamentais*, *gerais* e *setoriais* (2009, p.317-318). Os primeiros expressam as decisões fundamentais mais importantes e são os de maior grau de abstração, a

exemplo do Estado Democrático de Direito. Os gerais são pressupostos ou especificações das decisões fundamentais, como a legalidade e a isonomia. Os “princípios gerais” teriam maior aplicabilidade concreta. Os setoriais, por sua vez, regem determinados subsistemas abrigados pela Constituição. São exemplos a livre concorrência e a moralidade administrativa.

Dúvidas podem surgir quando Barroso trata das modalidades de eficácia dos princípios constitucionais, que pode ser direta ou indireta. Esta se subdivide em interpretativa e negativa.

Pela *eficácia direta*, o princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra: enquadra-se o fato relevante na proposição jurídica contida no princípio constitucional, sem intermediação legislativa. Como exemplo cita a hipótese de alguém exonerar-se do pagamento de um tributo, sob o fundamento de inobservância da reserva legal.

Na verdade, é difícil imaginar a reserva legal tributária como um princípio. Trata-se de norma que ou vale e é aplicada em sua inteireza, ou não vale e, portanto, não é aplicada. Pouco provável encontrar uma situação em que se pode aplicar na maior medida possível a obrigatoriedade de previsão legal. Ou se exige que lei preveja o tributo, ou não se exige. Impossível conceber uma realização menos ampla da obrigatoriedade de o tributo ser instituído por lei.

Tradicionalmente, a reserva legal foi tratada como princípio no Brasil. Não se pode dizer que classificá-la como princípio seja incorreto. Mas é preciso ter o cuidado de perceber que se trata de princípio enquanto norma nuclear, que não guarda correspondência com a distinção entre regras e princípios proposta por Alexy.

Barroso ensina, ainda, que a *eficácia indireta interpretativa* dos princípios constitucionais consiste em que o sentido e o alcance das normas jurídicas devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais, que seriam vetores interpretativos, de modo que, entre duas interpretações possíveis, deve-se preferir aquela que melhor prestigiar o princípio

constitucional^[4](BARROSO, 2009, p. 318 e s). Merece ser reproduzido o seguinte trecho:

Em suma: a eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente. (BARROSO, 2009, p. 319)

Por fim, Luís Roberto Barroso trata da *eficácia indireta negativa*, que é a paralização da eficácia de qualquer norma ou ato jurídico que seja contrário ao princípio constitucional.

Feitas essas considerações, prosseguiremos à exposição da Teoria dos Princípios de Humberto Ávila.

3. TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE HUMBERTO ÁVILA: DISTINÇÃO SEGUNDO O GRAU DE ABSTRAÇÃO

Humberto Ávila, ao propor sua dissociação entre princípios e regras, que talvez seja a mais importante na doutrina brasileira, explica que são duas as finalidades fundamentais da distinção entre essas categorias normativas. A primeira consiste em antecipar características das espécies normativas de modo que o intérprete ou aplicador, ao encontrá-las, tenha facilitado o processo de interpretação ou aplicação. A segunda, em aliviar o ônus de argumentação do aplicador, permitindo minorar a sobrecarga argumentativa que sobre ele pesa.

Humberto Ávila tem como premissa básica de sua teoria a distinção entre texto e norma. Em suas palavras: “normas não são textos nem conjunto deles, mas sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. E continua: “os dispositivos se constituem no objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado”. Segundo o autor, interpretar é construir a partir de algo; significa, portanto, reconstruir.

O autor distingue construção de reconstrução, de modo a evitar o equívoco de se imaginar que não há significado algum antes do término do processo de interpretação. Na verdade, haveria traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Assim, o intérprete usa como ponto de partida os textos normativos e tem nele seus limites. É que, ainda que algumas expressões tenham significação indeterminada, possuem núcleos de sentido que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam. Assim, por exemplo, provisória não é aquela medida que produz efeitos ininterruptos.

A desconsideração desses limites cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Segundo Ávila, essa constatação explica as críticas efusivas da doutrina a determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Humberto Ávila conclui essa distinção preliminar afirmando:

Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não são incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo intérprete. (...) O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. (2010, p. 34)

O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida, pois, como dito acima, a tese defendida é a de que seu trabalho é de *reconstrução da norma*. Considerando a colaboração do intérprete no processo de reconstrução, conclui-se que a qualificação de determinada norma como princípio ou como regra não se dá a partir de seu texto puro, mas, antes, depende da colaboração do intérprete.

Feitas essas considerações, Ávila parte para um panorama da evolução da distinção entre princípios e regras. Analisa os critérios de distinção utilizados por Josef Esser, Karl Larenz, Canaris, Dworkin e Alexy. No presente trabalho, não temos o objetivo de esgotar a obra de Humberto Ávila. Portanto, serão apresentados apenas os comentários que o ilustre mestre faz sobre as teorias de Dworkin e de Alexy, cujas obras são bastante difundidas no Brasil atualmente. Isso nos permitirá estabelecer comparações com a visão de Luís Roberto Barroso e de Virgílio Afonso da Silva, também analisadas neste trabalho.

Ávila explica que a finalidade de Dworkin foi fazer um ataque geral ao positivismo, sobretudo ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios. As regras seriam aplicadas ao modo *all-or-nothing* (tudo ou nada). Assim, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, abrem-se duas possibilidades: a) ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita; b) ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Por outro lado, os princípios não determinariam absolutamente a decisão, devendo ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Teriam, portanto, uma dimensão de peso, demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios. O com peso relativo maior se sobreporia ao outro, sem que este perca a validade. Assim, leciona Humberto Ávila, a distinção feita por Dworkin é uma diferenciação quanto à estrutura lógica, e não de grau.

Ensina que Alexy, por sua vez, define os princípios como espécie de norma jurídica por meio da qual se estabelecem deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas (a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem) e fáticas (o conteúdo dos princípios só pode ser determinado diante dos fatos). No caso de colisão entre princípios, não se determina imediatamente qual prevalece sobre o outro. É estabelecida uma ponderação entre os princípios colidentes: um deles, em determinadas circunstâncias do caso concreto, prevalecerá. Os princípios possuiriam, assim, uma dimensão de peso e *não determinariam as consequências normativas de forma direta*, ao contrário das regras.

Somente diante do caso concreto os princípios se concretizariam, sendo aplicados também ao modo do tudo ou nada. Os princípios instituem obrigações *prima facie*, que podem ser superadas ou derogadas em função dos princípios colidentes, ao passo que as regras instituem obrigações absolutas. O que distingue os princípios das regras seria o modo com a tensão é resolvida. Quanto às regras se verifica se estão dentro ou fora da ordem jurídica. Em relação aos princípios, o conflito já se dá dentro de determinada ordem jurídica.

Ávila aponta as teorias desenvolvidas por Alexy e Dworkin como distinções fortes. Apesar de considerar importantes para a distinção os critérios utilizados, a eles tece críticas incisivas. São os seguintes os critérios de distinção: caráter hipotético-condicional, modo final de aplicação e conflito normativo.

Quanto ao *critério do caráter hipotético-condicional*, Ávila defende que se trata de critério impreciso. A partir de tal critério é que se costuma afirmar que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz, indicam um primeiro passo para encontrar a regra. Ocorre que, segundo Humberto Ávila, o conteúdo normativo de qualquer norma depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo de aplicação pelo intérprete. Não seria a existência de hipótese normativa a distinção entre regras e princípios, uma vez que algumas normas qualificadas como princípios segundo esse critério podem ser reformuladas de modo hipotético. De outro lado, em qualquer norma, mesmo havendo hipótese de incidência seguida de consequência, há referência a fins. O critério seria, portanto, mais uma confusão entre dispositivo e norma.

O *critério do modo final de aplicação* é aquele segundo o qual regras são aplicadas no modo *tudo ou nada*, tratando-se de obrigações definitivas, ao passo que os princípios são obrigações *prima facie*. Ávila diz que apesar de ter chamado a atenção para aspectos importantes das normas jurídicas, o critério precisa ser reformulado. Primeiro, porque o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas decorre de conexões axiológicas construídas pelo intérprete. A obrigação tida por absoluta pode ser superada por razões

contrárias não previstas pela regra. Cita como exemplo o HC nº 73.662-9-MG, julgado pelo STF em 1996, que absolveu réu condenado por estupro com violência presumida – contra menor de quatorze anos – proclamando como causa da absolvição o consentimento da vítima, que apesar de contar com apenas doze anos de idade, apresentava aparência física e mental de pessoa mais velha. Assim, a obrigação, havida como absoluta pelo antigo artigo 224 do Código Penal, foi superada por razões não previstas na norma e até contrárias a ela. É certo, entretanto, que a consideração de elementos específicos da situação dependeu de ônus de argumentação capaz de superar as razões para cumprimento da regra.

Segue explicando que a consideração de circunstâncias concretas e individuais diz respeito à aplicação, e não à estrutura das normas. Além disso, há regras que contêm expressões cujo âmbito de aplicação não é total e previamente delimitado, cabendo ao intérprete, diante do caso concreto, decidir pela aplicação ou não da norma. Conclui, assim, que a vagueza não é traço distintivo dos princípios. As regras, para que sejam implementadas suas consequências, também precisam de um processo prévio – e muitas vezes longo e complexo – de interpretação. As consequências não são automáticas.

Infere que, quanto ao modo de aplicação, regras e princípios, em vez que de se extremarem, aproximam-se. Ávila defende que a única diferença constatável continua sendo o *grau de abstração* anterior à interpretação:

(...) no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (...); no caso das regras, as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação. Esse critério distintivo perde, porém, parte de sua importância quando se constata, de um lado, que a aplicação das regras também depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito (por exemplo,

regras do procedimento legislativo em correlação com o princípio democrático) e, de outro, que os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicados. (2010, p. 48)

Como dito no exemplo da violência sexual presumida, a consideração de aspectos individuais e concretos depende de fundamentação (ônus da argumentação). A ponderação é, assim, necessária. Desse modo, o traço distintivo, para Ávila, não é o tipo de obrigação instituído pela estrutura condicional da norma, se absoluta ou relativa, mas o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental.

Defende que não é coerente afirmar, como Dworkin e Alexy, que se a hipótese prevista por uma regra ocorrer no plano dos fatos, a consequência normativa deve ser diretamente implementada. Há casos em que a regra pode ser aplicada sem que suas condições de aplicabilidade sejam satisfeitas, bem como casos em que as condições de aplicabilidade das regras são preenchidas e, mesmo assim, a regra não é aplicada. E cita dois exemplos bastante convincentes: o caso da aplicação analógica de regras e o do cancelamento da razão justificadora da regra por razões consideradas superiores diante do caso concreto. Na primeira hipótese, conquanto as condições de aplicabilidade das regras não tenham sido implementadas, ainda assim, elas são aplicadas, porque os casos não regulados se assemelham aos da hipótese normativa. No segundo caso, as regras não são aplicadas apesar de suas condições terem sido satisfeitas.

O suposto caráter absoluto das regras pode ser validamente ultrapassado, bem assim pode haver consideração a aspectos concretos e individuais pelas regras se a consideração for validamente fundamentada.

Ademais, o critério do modo final de aplicação, por só poder ser verificado após a aplicação, não cumpre o escopo de facilitar a aplicação de normas por meio da antecipação de qualidades normativas e da

descarga argumentativa. Segundo Bergmann Ávila, mostra-se, pois, inconsistente.

Por fim, o *critério do conflito normativo* é aquele segundo o qual o conflito entre regras é solucionado com a declaração de invalidade de uma delas ou com a criação de exceção, ao passo que na colisão entre princípios a solução é estabelecida em função de uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles, de modo que, em determinadas circunstâncias concretas, um princípio recebe prevalência sobre o outro.

Ávila não considera correto afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso. Ensina que as regras que abstratamente convivem podem entrar em conflito concretamente. E cita, entre outros muitos exemplos, o conflito entre a regra que proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso e a regra determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não possam prover essas despesas. Tem-se, portanto, de um lado, uma regra que proíbe ao juiz determinar o fornecimento de medicamento por meio de liminar, e de outro, uma regra que obriga o juiz a determinar, inclusive por liminar, o fornecimento de remédios. Essas regras, que instituem comportamentos contraditórios, ultrapassam o conflito abstrato mantendo sua validade. Cabe ao julgador, analisando o conflito concreto, atribuir um peso maior a uma das duas regras, em razão da finalidade que cada uma delas visa preservar. A solução não está no plano de validade, mas na aplicação.

Desse modo, Humberto Ávila considera necessário aperfeiçoar o entendimento de que o conflito de regras é necessariamente abstrato, e que quando duas regras entram em conflito deve-se declarar a invalidade de uma delas ou abrir uma exceção.

Ademais, mesmo nas hipóteses de relação entre uma regra e suas exceções, é mediante ponderação de suas razões que o aplicador deverá decidir se há mais razões para aplicar a hipótese normativa da regra ou a de sua exceção. E, no caso de a exceção não estar prevista no

ordenamento, será constituída mediante processo de valoração de argumentos e contra-argumentos, ou seja, ponderação.

A ponderação também se verifica nas regras na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídico-políticos, como Estado de Direito ou democracia.

Acrescenta que não é consistente a afirmação de que no caso das regras e de suas exceções há aplicação de uma só norma, ao passo que no imbricamento de princípios há aplicação de ambas. É que, segundo defende, quando o aplicador atribui uma dimensão de peso maior a um dos princípios, ele deixa de aplicar o outro, do mesmo modo que na relação entre regra e exceção.

Em breve síntese, Ávila entende que o relacionamento entre regras gerais e excepcionais e entre princípios que se imbricam não difere quanto à existência de ponderação de razões, mas quanto à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação. Na relação entre regras gerais e excepcionais, o aplicador possui menor âmbito de apreciação, já que deve delimitar o conteúdo normativo da hipótese se e enquanto esse for compatível com a finalidade que a sustenta. Na hipótese de imbricamento entre princípios, diversamente, por prevalecer o estabelecimento de um estado de coisas a ser buscado, o aplicador possui maior espaço de apreciação, devendo delimitar o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas.

Entende, ainda, que a dimensão de peso não é algo que esteja já incorporado a um determinado tipo de norma. Os princípios em si não possuem uma dimensão de peso. Quem a possui são as razões e os fins aos quais eles fazem referência. A dimensão de peso é, na verdade, o resultado de juízo valorativo do aplicador. É, portanto, relativa ao aplicador e ao caso, e não à norma em si.

Ávila discorda também da afirmação de que os princípios são deveres de otimização e que seu conteúdo deve ser aplicado na máxima medida. Para ele, é preciso esclarecer que existem diferentes espécies de colisão entre princípios.

Na primeira, o fim instituído por um princípio leva à realização do fim estipulado pelo outro princípio. Nesse caso, não há limitação recíproca, mas reforço entre eles. Não há o dever de realização na máxima medida, mas o de realização na medida necessária à implementação do fim instituído pelo outro princípio.

Na segunda espécie, a realização do fim instituído por um princípio exclui a realização do fim estipulado pelo outro. Nessa hipótese, a colisão só pode ser solucionada com a rejeição de um deles, de modo semelhante ao que ocorre com as regras. Não haverá limitação e complementação recíproca, mas aplicação integral.

Na terceira hipótese, um princípio leva à realização de parte do fim estipulado pelo outro. Nesse caso, sim, ocorrem limitação e complementação recíprocas de sentido na parte objeto de imbricamento.

Na quarta espécie, a realização do fim instituído por um princípio não interfere na realização do fim instituído pelo outro.

A partir das considerações acima expostas, Ávila conclui que a diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devam ser aplicadas no todo e os princípios só na máxima medida. Ambas devem ser aplicadas de modo que seu conteúdo seja totalmente realizado. A única distinção é quanto à determinação da prescrição da conduta a ser seguida. Os princípios não a determinam diretamente, mas estabelecem os fins normativos relevantes. A sua concretização depende de modo mais intenso do ato institucional de aplicação, que deverá encontrar a conduta necessária à promoção do fim disposto. De outro lado, as regras dependem de modo menos intenso de um ato de aplicação nos casos normais, tendo em vista que o comportamento já está previsto.

Acrescenta que os princípios em si não são mandados de otimização. Estes dizem respeito ao uso de um princípio. É que o conteúdo do princípio deve ser otimizado no procedimento de ponderação.

Assim, infere que também o critério do conflito normativo é inadequado para uma classificação abstrata, na medida em que depende

de elementos que só com a consideração de todas as circunstâncias podem ser corroborados. Desse modo, é também inconsistente, pois não facilita a aplicação da norma, mas, assim como o critério do modo de aplicação, pode funcionar como obstáculo à construção de sentido das normas.

Ainda analisando o que denominou de *distinção forte*, capitaneada pelos estudos de Dworkin e Alexy, Humberto Ávila apresenta-nos outro problema: o de saber qual norma deve prevalecer se houver conflito entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico. Em regra, a doutrina afirma que deve prevalecer o princípio.

Nesse ponto, a crítica feita por Ávila provoca a necessária reflexão sobre os efeitos das classificações desenvolvidas pela doutrina. Em respeito à preciosa lição, a reproduziremos *ipse litteris*:

O tiro saiu pela culatra: a pretexto de aumentar a efetividade da norma, a doutrina denomina-a de princípio, mas, ao fazê-lo, legitima a sua mais fácil flexibilização, enfraquecendo a sua eficácia; com a intenção de aumentar a valoração, a doutrina qualifica determinadas normas de princípios, mas, ao fazê-lo, elimina a possibilidade de valoração das regras, apequenando-as; com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo sem indicar os critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo; com a intenção de difundir uma aplicação progressista e efetiva do ordenamento jurídico, a doutrina qualifica aquelas normas julgadas mais importantes como princípios, mas, ao fazê-lo com a indicação de que os princípios demandam aplicação intensamente subjetiva ou flexibilizadora em função de razões contrárias, lança bases para que o próprio conservadorismo seja legitimado. (2010, p. 90-91)

Humberto Ávila defende um modelo de dissociação que qualifica como heurística. Considera que as normas sejam (re)construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual. O próprio intérprete constrói conexões axiológicas, que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem. A distinção proposta por Ávila, segundo ele, privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou decisão a respeito dos conteúdos.

Ávila afirma que sua proposta é diferente das demais porque admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. Ele define sua classificação como aquela que alberga *alternativas inclusivas*. Desse modo um mesmo dispositivo pode servir de ponto de partida para a construção de uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, bem como pode proporcionar a construção de um princípio, se o aspecto valorativo for autonomizado para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos, necessários à sua realização. Importante, no entanto, destacar que a consideração acima se aplica desde que o dispositivo seja analisado sob perspectivas diversas. Um mesmo dispositivo não pode, ao mesmo tempo e sob os mesmo aspectos, ser um princípio e uma regra.

Além do modelo dual de separação regras/princípios, a proposta de Ávila inova ao dispor um modelo tripartite de dissociação regras/princípios/postulados. Definidos como instrumentos normativos metódicos, ou seja, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo, os *postulados* seriam uma terceira espécie normativa, ao lado das regras e dos princípios. Não se localizariam no mesmo plano das regras e dos princípios, mas num metaplan. Ávila qualifica os postulados como normas de segundo grau ou normas de aplicação.

Feitas essas considerações sobre o inovador modelo proposto por Humberto Ávila, é possível apresentar as contundentes críticas de Virgílio Afonso da Silva.

4. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA E O SINCRETISMO METODOLÓGICO

Inegáveis a pertinência e brilhantismo das reflexões de Virgílio Afonso da Silva em seus artigos “*Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*” e “*Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*”. A leitura desses artigos deve ser feita em conjunto. É que os equívocos e mitos acerca da distinção entre princípios e regras são parte de um fenômeno que o autor denominou de sincretismo metodológico, muito bem explicado em seu artigo sobre a interpretação constitucional.

Em breve síntese, Virgílio Afonso da Silva afirma que a doutrina brasileira muitas vezes recebe de forma pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. Estaríamos, pois, imersos num estado de torpor e deslumbramento diante daquilo que vem de fora e também diante do novo. O sincretismo, dessa forma, consiste na recepção e utilização conjunta de métodos incompatíveis como se complementares fossem. Os métodos são apenas resumidamente explicados sem que se chegue a qualquer conclusão acerca da relação entre diversos os métodos, sua aplicabilidade e compatibilidade entre eles. Nas palavras do autor, a mais importante manifestação do sincretismo metodológico consiste na “utilização conjunta – ou a ideia de que essa possibilidade existe – da teoria estruturante do direito e do sopesamento de direitos fundamentais” (SILVA, 2010, p. 133-136).

Em seu artigo “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, Virgílio Afonso da Silva discute algumas impropriedades metodológicas na forma como foi recebida a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy no Brasil.

O autor nos lembra que Dworkin e Alexy são os responsáveis pela força atual do problema da distinção entre princípios e regras. Como representantes da *separação qualitativa*, Dworkin e Alexy partem de uma

distinção de caráter lógico. Lembra-nos, ainda, que é possível estabelecer uma *distinção de grau de generalidade*, sendo esta a tese mais difundida no Brasil. Por fim, existem aqueles que rejeitam a utilidade ou a possibilidade da distinção entre princípios e regras

Virgílio Afonso da Silva faz breve explicação sobre a proposta de Alexy. Ensina que princípios são mandamentos de otimização, normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes no caso concreto. Havendo colisão, ou seja, se um princípio obstar a realização completa de outro, deve-se proceder ao sopesamento, a fim de alcançar um resultado ótimo, que sempre dependerá das variáveis do caso concreto. Em razão da possibilidade de, *diante das condições*, haver limitação de um ou outro ou de ambos os princípios é que se diz que expressam direitos e deveres *prima facie*.

As regras, ao contrário, expressam direitos e deveres definitivos. Em outras palavras, sendo a regra válida, deve ser realizado exatamente o que ela prescreve.

Até aqui, pode parecer que o autor não trouxe nada além do que habitualmente é explanado nos manuais de direito constitucional. A inovação trazida por Virgílio Afonso da Silva consiste, basicamente, numa reflexão crítica sobre a confusão terminológica, que gera dificuldades na aplicação prática, e que é expressão do que ele denomina sincretismo metodológico.

Esclarece que o conceito de princípios de Alexy é muito diferente dos mandamentos nucleares ou disposições fundamentais, tradicionalmente denominados princípios na literatura jurídica brasileira. Os princípios desde há muito são tratados pela doutrina brasileira como as normas mais fundamentais do sistema, ao passo que as regras seriam a concretização dos princípios e teriam caráter mais instrumental.

Na teoria de Alexy, o conceito de princípio não guarda relação com a fundamentalidade da norma, mas com a estrutura normativa. Assim, é comum que o que tradicionalmente é denominado princípio na doutrina

brasileira deva ser chamado de regra na distinção proposta pelo autor alemão. Exemplo claro é o “princípio” da legalidade e da *nulla poena sine lege*. Infere que a superioridade formal dos princípios, defendida por parcela da doutrina brasileira, é incompatível com a distinção proposta por Alexy.

Virgílio Afonso da Silva não busca dizer qual classificação é mais ou menos adequada, mas alertar para a necessidade de coerência ao se adotar uma ou outra classificação.

O caso é que, devido à definição dos princípios como normas fundamentais do sistema, criou-se na doutrina brasileira uma tese de supremacia normativa dos princípios, mesmo entre aqueles que dizem adotar os critérios propostos por Alexy. Virgílio Afonso da Silva entende que, se se adota a teoria de Alexy, não há como não se chegar à conclusão de que há regras tão ou mais importantes que muitos princípios, a exemplo da legalidade e da *nulla poena sine lege*.

O conceito de princípio, na teoria de Alexy, é axiologicamente neutro. Seu uso não expressa opção por uma ou outra disposição fundamental, nem por um ou outro tipo de constituição.

Virgílio Afonso da Silva critica, ainda, a distinção entre regras e princípios segundo Humberto Ávila. Afirmar que este usa com imprecisão o termo “tudo ou nada”, como sinônimo de imediatidade, bem como desconsidera a distinção entre texto e norma.

O trecho a que Virgílio Afonso da Silva se refere é aquele em que Bergmann Ávila critica o critério do modo final de aplicação como critério distintivo de princípios e regras. Conforme analisado acima, Ávila defende que as regras não são aplicadas seguindo o modelo “tudo ou nada” porque também elas, para que sejam implementadas suas consequências, precisam de um processo prévio – e muitas vezes longo e complexo – de interpretação. As consequências não seriam automáticas.

Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, sustenta que todo texto, enquanto enunciado linguístico, necessita de interpretação. Como produto da interpretação do texto, tem-se a norma. A distinção entre regras e

princípios é distinção de normas, e não de dois tipos de texto. Desse modo, é natural que tanto regras quanto princípios exijam interpretação prévia, mas isso não significa que tenham a mesma estrutura. Uma vez interpretada, a regra jurídica é já subsumível, ao passo que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros, necessitando-se, pois, que se proceda a um sopesamento, a fim de harmonizá-los.

Virgílio Afonso da Silva discorda, ainda, da afirmação de Ávila de que a colisão entre os princípios só poderia ser uma colisão aparente. Bergamann Ávila entende que a colisão é apenas aparente porque o problema que surge na aplicação dos princípios reside muito mais em saber qual dos princípios será aplicado e qual a relação que mantêm entre si. Virgílio Afonso da Silva defende que a afirmação acima equivale a dizer que depois de resolvida a colisão, esta se revelou apenas aparente. Nesse sentido, com exceção apenas das colisões irresolúveis, todas as colisões são aparentes.

Para Virgílio Afonso da Silva, o problema é mais complexo. Cuida-se da distinção entre deveres *prima facie* e deveres definitivos. Assim, a característica que distingue regras e princípios não é a existência de uma consequência determinada ou de vagueza. Princípios também possuem consequências abstratamente determinadas. A diferença é que regras expressam deveres definitivos, ao passo que princípios expressam deveres *prima facie*.

Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva também divergem quanto à caracterização dos princípios como mandamentos de otimização. De acordo com o primeiro, princípios nem sempre devem ser realizados na máxima medida. Conforme o exposto anteriormente, Ávila apresenta quatro espécies de colisão entre princípios.

Na primeira, o fim instituído por um princípio leva à realização do fim estipulado pelo outro princípio. Não há limitação recíproca, mas reforço entre eles. Não há, portanto, o dever de realização na máxima medida, mas de realização na medida necessária à implementação do fim instituído pelo outro princípio.

Na segunda espécie, a realização do fim instituído por um princípio exclui a realização do fim estipulado pelo outro. A colisão só pode ser solucionada com a rejeição de um deles, de modo semelhante ao que ocorre com as regras. Não haverá limitação e complementação recíproca, mas aplicação integral.

Na terceira hipótese, um princípio leva à realização de parte do fim estipulado pelo outro.

Na quarta espécie, a realização do fim instituído por um princípio não interfere na realização do fim instituído pelo outro.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, salta aos olhos que, dentre as quatro espécies apresentadas por Bergmann Ávila, somente a segunda é realmente uma colisão de princípios. Afirma que, se não há colisão, não há motivo para realização na máxima medida.

Quanto à segunda espécie, Virgílio Afonso da Silva afirma que a rejeição de um dos princípios a que se refere Ávila em nada se aproxima à solução dada ao conflito entre regras, tendo em vista que o princípio afastado permanece válido, não deixando de pertencer ao ordenamento jurídico. Ademais, afirma que não é o conteúdo do dever ser dos princípios que estará sendo realizado no todo, mas somente o conteúdo do dever ser de uma regra que terá surgido como produto do sopesamento entre princípios colidentes. Frisa que essa regra só valerá para aquele determinado caso concreto ou para casos cujas possibilidades fáticas e jurídicas sejam idênticas. Conclui que o dever que os princípios expressam continuará sendo um dever apenas *prima facie*.

Entretanto, faz-se necessário acrescentar que Ávila, ao sustentar que quando o aplicador atribui uma dimensão de peso maior a um dos princípios, ele deixa de aplicar o outro, do mesmo modo que na relação entre regra e exceção, não está afirmando que o princípio afastado é invalidado.

Na verdade, Bergmann Ávila busca defender que é necessário aperfeiçoar o entendimento de que o conflito de regras é necessariamente abstrato, e que quando duas regras entram em conflito deve-se declarar a

invalidade de uma delas ou abrir uma exceção. Ensina que regras que abstratamente convivem podem entrar em conflito concretamente. Caberia, assim, ao julgador, analisando o conflito concreto, atribuir um peso maior a uma das duas regras, em razão da finalidade que cada uma delas visa preservar. A solução não estaria, pois, no plano de validade, mas na aplicação. Mesmo nas hipóteses de relação entre uma regra e suas exceções, seria mediante ponderação de suas razões que o aplicador deveria decidir se há mais razões para aplicar a hipótese normativa da regra ou a de sua exceção.

Assim, não afirma que, no caso de colisão, o princípio afastado é invalidado, mas sim que as regras também são objeto de ponderação, não sendo esta uma característica distintiva entre regras e princípios.

Em suas objeções à teoria desenvolvida por Humberto Ávila, Virgílio Afonso da Silva não rebate a existência de ponderação entre as regras nem os exemplos de regras que, entrando em conflito, continuam a coexistir validamente no ordenamento.

Virgílio Afonso da Silva, em seu artigo dedicado à distinção entre princípios e regras, critica, ainda, os dois critérios suplementares apresentados por Ana Paula de Barcellos. O primeiro relaciona-se à indeterminação de seus efeitos; o segundo, à multiplicidade de meios para atingi-los. Em relação ao primeiro, afirma que em muito se assemelha àquilo que Humberto Ávila defende. Quanto ao segundo, defende que não se trata de uma característica dos princípios, mas de qualquer norma que não imponha uma omissão, mas uma ação, uma prestação ou o alcance de uma finalidade.

Cabe aqui recordar que também Luís Roberto Barroso entende ser característica inerente aos princípios a *indeterminação de sentido* a partir de certo ponto, assim como a existência de *diferentes meios para sua realização*. E justifica afirmando serem os princípios normas predominantemente finalísticas. Como exemplo, cita o princípio da dignidade humana, que pode ser fomentado de diversas formas.

Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, entende que quase todas as normas de direitos fundamentais impõem tanto uma ação quanto uma omissão, e cita como exemplo o direito à vida. O Estado deve abster-se de matar, ao passo que deve também garantir que a vida do cidadão não seja ameaçada.

Inferre que a multiplicidade de meios para atingir efeitos pretendidos é uma característica apenas parcial dos princípios, ou seja, aplicável somente no âmbito positivo deles. Desse modo, um princípio que imponha uma omissão, uma proibição, implica a vedação de todos os atos que venham a violá-lo. Assim, a multiplicidade de meios para atingir os efeitos não estaria presente no aspecto negativo dos princípios, como no direito à liberdade de manifestação do pensamento, que é direito de defesa.

Se existem princípios que não apresentam tal característica, ou seja, sendo essa uma característica dispensável, não poderia ser usada como critério distintivo de regras e princípios.

Virgílio Afonso da Silva conclui o artigo em análise dando como exemplo do fenômeno sincretismo metodológico a recepção da distinção entre regras e princípios e a recepção da teoria estruturante do direito, difundida no Brasil através da obra de Friedrich Müller. A teoria estruturante do direito, segundo a qual não existe norma antes do confronto com os fatos, tem como consequência a rejeição expressa do sopesamento como método de aplicação do direito. A distinção entre princípios e regras, por sua vez, tem como característica exigibilidade de sopesamento como forma de aplicar os princípios. [5]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As críticas de Virgílio Afonso da Silva à falta de coerência metodológica são irretocáveis. De fato, uma teoria não pode ser considerada sólida, do ponto de vista metodológico, se construída sobre base incoerente, adotando argumentos incompatíveis como se complementares fossem.

Por outro lado, a qualidade da teoria dos princípios de Humberto Ávila não pode ser desprezada. Sua tese é original e independente, além de rica em exemplos colhidos do próprio Direito Brasileiro. E sua originalidade é, desde o início, escancarada pelo autor, que se propõe a erigir algo novo.

Ávila não se limita a importar teorias e conceitos desenvolvidos no exterior. Não se deixa conduzir pelo estado de torpor e deslumbramento diante daquilo que vem de fora^[6]. Enquanto muitos dizem adotar a distinção desenvolvida por Alexy, ao mesmo tempo em que se reportam a critérios com ela incompatíveis, Ávila, critica e desconstrói a teoria de origem alemã.

Impossível conciliar as duas teses. A distinção de grau é, de fato, incompatível com a distinção lógica. Mas, apesar das profundas divergências quanto aos critérios de distinção, Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva convergem ao condenar a reprodução irrefletida de teorias. Aproximam-se, ainda, ao combater o mito da supremacia dos princípios sobre as regras.

Luís Roberto Barroso também se mostra temeroso em relação aos “exageros principialistas” na doutrina e jurisprudência brasileiras. Ao que parece, o único consenso, quando se trata da distinção entre princípios e regras, é o temor em relação efeitos que a aplicação inadequada pode causar.

Efeito muito difundido consiste na colaboração dos princípios para o retorno do decisionismo. Humberto Ávila, por exemplo, afirma que ao redirecionar a aplicação do ordenamento para os princípios sem indicar os critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, a doutrina “aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo”. Ávila entende que a aplicação intensamente subjetiva ou flexibilizadora lança as bases para que o conservadorismo seja legitimado.

Não é nosso objetivo de eleger a teoria mais adequada, mas tão somente esclarecer que o tema não é unânime, ao contrário do que possa parecer diante da euforia que circunda a tese de Alexy no Brasil.

De todo o exposto, é inevitável inferir que o mínimo que se pode exigir do intérprete e operador do direito é que seja rigoroso ao indicar a teoria e os respectivos critérios que adota para distinguir princípios de regras. Não se deve conferir ares de unanimidade a um tema que é objeto de vultosas controvérsias.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 20 mai. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 115-143. Disponível em: <<http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/01/019-interpretacao-constitucional-virgilio-afonso-da-silva.pdf>>. Acesso em 13 mai. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais nº 01. Jan/Jun, 2003. p. 607-630. Belo Horizonte, Del Rey. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/19604888/1457260705/name/Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da%20Silva%20-%20Princ%C3%ADpios.pdf>>. Acesso em 13 mai. 2012.

NOTAS:

[1] Mesmo Virgílio Afonso da Silva não se propõe a oferecer soluções definitivas, mas apenas a colaborar para que a discussão continue.

[2] Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

[3] Virgílio Afonso da Silva, conforme se verá adiante, discorda.

[4] Mais uma vez, os princípios aparecem como normas mais fundamentais do sistema, e as regras como concretização dos princípios, apesar de se dizer adotar a distinção de Alexy. Virgílio Afonso da Silva denomina tal fenômeno de sincretismo metodológico.

[5] Foge ao objeto do presente trabalho analisar uma possível adoção da teoria estruturante do direito por Humberto Ávila.

[6] A expressão é de Virgílio Afonso da Silva, que se refere ao estado de deslumbramento em que estaria imersa a doutrina brasileira.

INSTITUTO DA EUTANÁSIA

TÉRCIO GUILHERME ALEXANDRELI BORGES DE ANDRADE: Advogado, formado pela Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

RESUMO: O presente artigo ora objeto de pesquisa e estudo tece argumentos de cunho jurídico sobre o instituto da eutanásia, ato pela qual envolve a abalroação de direitos, entre o Direito a vida e o Direito à escolha de uma morte digna. Esse choque de Direitos e Princípios Fundamentais surge em decorrência do estado de saúde em que o sujeito de direitos se encontra, irreversível, insanável, irredutível e degradante.

Palavras-chave: Eutanásia. Direitos e Princípios Fundamentais. Constituição Federal. Direito à Vida. Dignidade da Pessoa Humana. Princípio da Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Vislumbrando o papel fundamental da Constituição Federal no sistema jurídico, social, buscou-se por meio do artigo em tela, esclarecer tão somente frente ao âmbito jurídico o instituto da eutanásia, pelo seguinte motivo, que o objeto de estudo deste artigo envolve opiniões de diversas crenças e filosofias.

A eutanásia surgiu em um primeiro momento no povo grego, objetivando o fortalecimento da raça, com o sacrifício daqueles que não tinham condições físicas, ou eram estranhos aos olhos por portar alguma deficiência.

Buscou-se neste artigo abordar o tema, ponderando os Princípios e Direitos relacionados, com o fulcro de esclarecer os motivos da divergência que entornam o Direito à vida versus o Direito à morte.

2 EUTANÁSIA

O instituto denominado eutanásia surgiu na Grécia, como exposto acima, com o significado de “morte doce, tranquila, serena”,

conforme Cabette, que defende que o termo foi citado pela primeira vez pelo filósofo Francis Bacon na sua obra *“História vitae et mortis”* de 1623.

Há ainda quem entenda que o termo eutanásia surgiu ainda mais cedo, na Carta do Ático, escrita por Cícero por volta de 43-106 a.C., que foi designada como *“morte gloriosa”*.

Conforme Asúa (2003, p.30) eutanásia *“é a boa morte da pessoa que sofre de uma enfermidade incurável ou bastante penosa, que tende a truncar uma agonia demasiadamente cruel e prolongada”*.

Pelo pensamento de Asúa, a eutanásia é visto como um ato digno, de benevolência, humanitário, de modo que, proporciona ao indivíduo uma morte suave, retirando-o da vida de sofrimento, frente a doença incurável e degradante.

Como se vê, a eutanásia se relaciona a algo penoso, sofrido, irreversível e cruel, que acomete a pessoa, e a deixa em um estado de vida indigno, pelo sofrimento que à agride.

3 CLASSIFICAÇÕES DA EUTANÁSIA

A eutanásia é passível de classificações, como a seguir expostas.

Existe a eutanásia natural, que corresponde àquela morte sem dor e sem intervenção externa.

Doutro lado temos a eutanásia provocada, que se subdivide em autônoma e heterônima, aquela e relaciona a eutanásia com a intervenção do doente que seria o suicídio, quanto a heterônima corresponde a modalidade de eutanásia praticada com a intervenção de terceiro no evento morte (Cabette, 2009, p.20).

Outra classificação é em relação ao curso vital do enfermo, que pode ser na modalidade solutiva ou resolutive.

A solutiva, também denominada de genuína ou pura, é aquela significa a morte, sem que a vida tenha sido abreviada, o indivíduo com o propósito de extinguir o sofrimento do enfermo, com o auxílio espiritual, físico, moral e psicológico, também conhecida como terapêutica, enquanto que na eutanásia resolutive o terceiro interfere no prazo vital do enfermo irreversível e sofrido, mas, calcado pelo consentimento do doente ou do seu representante legal.

Cabe salientar desde já que, a intenção, o fito do causador da eutanásia é solidário, “filantrópico”.

Outra classificação é quanto à ação ou omissão, se é comissiva ou omissiva. A ativa/comissiva ocorre quando o sujeito age diretamente no cessar do sofrimento do doente, com o fito de suprimir a agonia que a vida lhe acomete. A ativa se subdivide em direta e indireta, a direta relaciona-se a efetiva eliminação do tempo de vida angustiada que o doente esta tendo, enquanto a indireta relaciona-se com o abolir do sofrimento do enfermo pela extinção da vida.

A eutanásia passiva, ocorre com paralisação do tratamento que poderia prolongar a vida do enfermo, que com essa omissão o paciente acaba vindo à óbito, pois o que lhe mantinha vivo era o próprio tratamento.

4 EUTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O tema eutanásia gera grandes embates por ser um assunto que envolve Direitos e Princípios de grande escalão de fundamentais.

O direito à vida não é absoluto, assim como nenhum direito é.

A eutanásia significa enfim, o ceifar da vida, pela proporcionalidade de direitos e princípios, que visam proteger exatamente a existência do enfermo, com dignidade. Dignidade de se viver.

A eutanásia é livre em países como os Estados Unidos da América, Suíça, Áustria, Bélgica e Luxemburgo por exemplo.

A eutanásia não é pacífica em nosso ordenamento jurídico, com o fundamento de que interrompe o direito à vida.

A legislação pátria não permite a prática da eutanásia. Existe um projeto de lei, (projeto nº125/96), mas que até hoje não fora votado.

O projeto prevê que para que a eutanásia seja permitida é necessário que cinco médicos atestem a irreversibilidade do quadro clínico de saúde do paciente, assim como tenha o pedido feito pelo enfermo ou seus parentes próximos, caso o mesmo encontre-se inconsciente.

Há também o §4º do artigo 121, que considera como atípico a eutanásia, desde que atestado por dois médicos sobre a certeza da morte, que seja permitido pelo enfermo, e na impossibilidade do mesmo expressar, deverá ser permitido pelo ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, ou seja, o ato que retira o doente de sua vida sofrida, não será tipificado em nosso Código Penal Pátrio.

Hoje a responsabilidade do médico que pratica a eutanásia se dá tanto no âmbito penal quanto no civil. Civilmente o médico incorre no dever de reparar o dano causado com a morte da vítima (enfermo irreversível), quando tenha atuado com imperícia, imprudência, negligência e dolo. Já na seara penal, o médico será responsabilizado, podendo perder após o devido processo legal o exercício de sua atividade.

Encontra-se a responsabilidade civil do médico no artigo 927 do Código Civil, que diz: *“aquele que por ato ilícito (186 e 187) causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”*. Convém mencionar que em nosso ordenamento, a responsabilidade civil independe da criminal, conforme artigo 935 do CC.

Penalmente falando, conforme Rodrigues (1993, p. 126-127), o Código Penal Pátrio não dispõe de modo expreso em relação à eutanásia, sendo o agente que a pratica responsabilizado pelo crime tipificado no artigo 121, §1º, que remete ao homicídio privilegiado, demonstrando que a doutrina entende se tratar de ato nobre, pois fora praticado com sentimento de solidariedade, compaixão.

Portanto na esfera penal e civil, quem praticar eutanásia será responsabilizado pelo seu ato.

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos Fundamentais são aqueles inerentes ao homem, que permitem ao sujeito de direitos viver com dignidade que todo ser humano despoja.

Desta premissa inicia-se o os direitos fundamentais frente à eutanásia.

5.1 DIREITO À VIDA

O direito à vida é amplamente cuidado pelo nosso ordenamento jurídico.

Encontra-se expresso no *artigo 5º caput* de nossa Carta Magna a proteção e garantia à inviolabilidade do direito à vida, assim como manter-se vivo de forma digna. Sendo um direito para os seres humanos e um dever a ser tutelado. Conforme nos ensina José Afonso da Silva (2009, p.66):

Integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesma, um assistir a si mesma e um tomar de posição de si mesma. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais – como igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.

Conforme Maria Helena Diniz (2001, p.22) o direito á vida surge da fecundação e se alonga até a morte, ou seja, preserva o direito ao nascer, de continuar vivendo e ainda subsistir.

Sobre o direito de viver de forma digna, surge algumas garantias, que são a vedação a qualquer forma de tratamento indigno, tortura, trabalho escravo, entre outras.

Desta forma, concluímos que viver de forma digna é um direito indiscutível, inerente e garantido ao homem.

5.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio ora objeto de estudo é tido por inúmeros doutrinadores como o princípio central de nosso ornamento jurídico.

Este princípio, não pode ser vislumbrado a “*strictu sensu*”, pois é imensamente amplo, sendo necessário, verificar-se naquele caso concreto se a dignidade da pessoa esta sendo garantida ou ferida, cabendo então outro princípio á análise da cidadão em estado terminal, o da proporcionalidade, para se chegar a real situação do enfermo, se digna ou não.

Assim diz à Constituição Federal da República Federativa do Brasil em seu 1º artigo:

Art. 1º. A República federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

Vale mencionar neste momento o entendimento de Alexandre de Moraes sobre o princípio ora objeto de estudo (2003, p.60):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-

se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O que torna extremamente interessante este princípio frente o instituto da eutanásia é que, possui a dignidade da pessoa humana um lado ímpar, na forma de um direito individual, e por outro lado gera um dever, dos seu semelhantes de garantir e respeitar à dignidade do outro.

Conforma Ínsita Moraes (2003, p.61), a dignidade da pessoa humana é formada por um tripé, de três subprincípios, que são o de viver de forma honesta, não prejudicar ninguém e dar a cada indivíduo o que se merece, o que lhe é devido.

Ora, sabe-se então que a dignidade da pessoa humana caracteriza-se pela existência da preservação de condições mínimas para sua existência, e que deve-se verificar em cada caso concreto a proporcionalidade de direitos e princípios.

Indaga-se então, o paciente, enfermo irreversível, está tendo sua dignidade preservada? Está tendo ele o mínimo necessário de condição para uma existência digna?

O critério para caracterização da morte para o Direito Penal Pátrio é o encefálico, de tal forma que, se o paciente teve morte encefálica por causas naturais, por óbvio não há de se falar em eutanásia, agora, e se o indivíduo ainda não teve morte encefálica, mas está sofrendo em estado irreversível, tem ele o direito de dispor de sua vida? Este ato (eutanásia) preservara sua dignidade?

O que nos interessa, não é a morte praticada pelo próprio indivíduo, pois isto caracteriza-se suicídio, mas sim o resultado morte em decorrência de terceiro, que por sentimento humanitário de solidariedade atua com o fim de cessar o sofrimento do doente irreversivelmente incurável.

A eutanásia então se funda nos direitos do homem, naturais, que é a preservação da dignidade acima de tudo, inclusive acima da vida. Pois o preserva-se não com a morte propriamente dita, mas sim com o cessar da vida indigna em que o indivíduo esta tendo, e de modo perpétuo, pois se tornou irreversível o estado em que ela se encontra.

6 DIREITO A VIDA VERSUS DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os contrários à prática da eutanásia defendem o direito à vida, e que o Estado tem o dever de protegê-la e afastar qualquer situação de perigo a ela (exceção apenas no estado de sítio), inclusive contra a vontade do indivíduo.

Entendem também se tratar de um ilícito, e que o ceifar da vida não é facultada a ninguém, nem ao paciente, parentes, médicos.

O paciente na situação irreversível não teria determinação, ou seja, seria incapaz de expressar sua vontade quanto à possibilidade de decidir entre o viver e o morrer.

Outro argumento é o de que a liberação para eutanásia seria um precedente para possível prática de homicídio.

Acerca do tema, Maria Helena Diniz expõe (2001, p.368) que por mais ominoso que seja o sofrimento que acomete o enfermo não justifica a pratica da eutanásia, visto que com o rápido avanço tecnológico e da medicina, poderia rapidamente surgir um método de cura, que impediria o ceifar de uma vida, e finaliza dizendo que o direito a vida é amplamente protegido por nosso ordenamento jurídico, não tenho o enfermo o direito de matar-se ou requerer a outro que o faça.

Ora, assim deve-se respeitar a vida do ser humano, e não abreviá-la, caso contrário, desrespeitando-se esta à Constituição Federal do Brasil.

De outro diapasão encontrar-se-á posicionamentos favoráveis à prática da eutanásia, fundados no Princípio da Dignidade da pessoa Humana.

Citando mais uma vez Maria Helena Diniz (2001, p.304) há quem entenda que a prática da eutanásia em caso que o paciente encontra-se em estado terminal, vegetativo, por meio de próprio pedido, ou de seus parentes próximos que estejam acompanhando o sofrimento do enfermo.

Conforme a isso, tem-se o novo Código de Ética Médica que aumenta a autonomia do paciente em escolher o seu futuro, após detalhado cronograma e expectativas de riscos e tratamentos. Assim o capítulo I da Resolução nº 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina sobre princípios fundamentais, que expressa que nas situações clínicas irreversíveis e terminais o médico evitará a realização de diagnósticos e procedimentos desnecessários e propiciará aos pacientes toda sua atenção e cuidados apropriados.

De mesma banda, explica Soares (2007, p.21) que a medicina sempre deve ter como finalidade o bem do homem, de modo que, os pacientes em estados terminais, irreversíveis, degradantes, poderiam ter suas vidas abreviadas, permitindo assim uma morte digna.

Quando supracitado, um dos fundamentos da corrente contrária a eutanásia, é que a medicina está em constante evolução, e que abreviar a vida poderia impedir que se tenha a chance de vencer a enfermidade futuramente, mas essa tese é rebatida por esta posição a favor da eutanásia, que defende que o termo futuro é incerto, não tendo como saber quando irá ocorrer, e se irá realmente ocorrer, o que poderá prolongar indignamente a vida do ser humano.

Outro argumento, é o se que o paciente que está e, estado irreversível, gera custos ao Estado, e ocupa lugar que poderia estar sendo usado para a cura de pacientes em estado reversível.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana se traduz no usufruir de uma vida digna, e segundo esta corrente, a partir do momento

em que a pessoa não possa mais usufruir deste Direito, o Estado deve-lhe proporcionar a escolha sobre permanecer, ou optar sobre sua more digna, sempre respeitando á autonomia do paciente.

Cabe mencionar neste momento uma passagem, escrita por Pitágoras *apud* Soares (2007, p.52) que diz: “*nenhum homem é livre se não puder controlar a si mesmo*”.

Eis ambos os lados, e seus argumentos sobre a eutanásia. Agora, parece-me que o conflito existente entre direitos, soluciona-se por meio do Princípio da Proporcionalidade, que será agora exposto. sofrimento que em âmbito de compreensão deste trabalho, mais do que vantagens pragmáticas.

7 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ante todo o exposto, a solução parece-me estar no Princípio da Proporcionalidade.

Os grego fundavam seus comportamento calcados em dois vetores, “*métron*” e “*hybris*”, que se traduz na prática do justo e do belo (ÂMBITO JURÍDICO, 2014, *on-line*).

Este princípio encontra-se implícito em nossa Carta Magna, por influencia do Direito Luso, em decorrência da interpretação em conjunto com outros demais princípios que nos levam a proporcionalidade ou também denominado de proibição do excesso, situação na qual a aplicação excessiva da lei, a tornará inconstitucional, frente a razoabilidade circunstancial do caso concreto.

Assim, segundo Silva (2007, *online*) o princípio da proporcionalidade é o meio adequado para se proteger os Direitos Fundamentais em choque, e aplica-los em equilíbrio, proporcionando assim o enaltecimento da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Segundo Souza Netto (2006, p. 63):

Do latim *proportione*, de *proportio*, proporção, correspondência, relação, entende-se que se mostra de uma relação de igualdade ou de semelhança entre várias coisas. É o que está em proporção, isto é, apresenta a disposição ou a correspondência devidas entre as partes e o seu todo. A proporcionalidade, assim, revela-se numa igualdade relativa, conseqüente da relação das diferentes partes de um todo, já comparadas entre si.

Assim a Proporcionalidade busca colocar no fiel da balança o fim e o meio até chegar neste fim, com o objetivo de não transgredir Direitos e Garantias inerentes ao homem, que esta sofrendo com a colisão de Direitos a si inerentes, que é o que ocorre entre o Direito à Vida e a Dignidade da Pessoa Humana.

Parece que após todo o exposto que, o Estado deve sempre buscar manter a vida do homem sempre com dignidade, ou seja, a vida está relacionada com a dignidade humana, verificando-se juridicamente, que com base nisto, o Estado também tem o dever de assegurar o direito a sua morte digna, de conceder a faculdade do homem se despedir de sua vida com dignidade, desde o nascer ao morrer.

8 CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que não existem certos nem errados, mas sim pontos de vista com fundamentos calcados na constituição Federal.

A regra geral é de que a morte cause dor, sofrimento, mas neste tema ocorre a inversão de sentimentos, de modo que a praxe aqui muda, pois neste caso a vida é causadora de sofrimento. E com base na dignidade humana, sentimento humanitário os dois posicionamentos, tanto ao favorável quanto ao contrário se fundamentam.

Desta mesma deve-se buscar enfim a solução jurídica, em cada caso concreto por meio do Princípio da Proporcionalidade, fazendo-se a ponderação de valores e buscando-se o equilíbrio, com o cunho de

resguardar e enaltecer o punho do legislador constitucional pátrio, que teceu nossa Carta de Direitos com o cume de proteção, preservação e glorificação da dignidade inerente e honrada ao homem.

BIBLIOGRAFIA

ASÚA, Luis Jiménez de Asúa. **Liberdade de Amar e Direito a Morrer. Eutanásia e**

Endocrinologia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e Ortotanásia. Comentários à Resolução.** 1.805/06 CFM Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009.

Código Civil de 2002. Ed. Saraiva.

Código Penal de 1940. Ed. Saraiva.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

LIMA NETO, Luiz Inácio de. **A legalização da eutanásia no Brasil.** Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4217>> Acesso em: 15 de abril de 2014 às 15:34 horas.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003 – (Coleção temas jurídicos; 3).

RESOLUÇÃO n.º 1.931/2009. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>
. Acesso em: 17/04/2010.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: Sistemas e Princípios.** Curitiba: Juruá, 2006.

http://www.revistadireito.unidavi.edu.br/wpcontent/uploads/2012/06/Artigo_Camila_Feroldi.pdf, acesso em 15 de abril de 2014, às 14:39

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7572

DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AOS ESTRANGEIROS

MARIA PILAR PRAZERES DE ALMEIDA:
Advogada. Graduada em Direito pela
Universidade Federal Fluminense.

RESUMO: O presente artigo trata da possibilidade de concessão do benefício de prestação continuada aos estrangeiros, conforme decisão recente do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 587.970/SP e as críticas a este julgamento.

Palavras-chave: Estrangeiros; Benefício de Prestação Continuada; Lei Orgânica da Assistência Social.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da Controvérsia. 2. Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. Do Princípio da Igualdade. 4. Dos Demais Fundamentos. 5. Das Críticas. 6. Conclusão.

Introdução.

O presente artigo analisa o Recurso Extraordinário 587.970/SP que trouxe a possibilidade de concessão do benefício de prestação continuada aos estrangeiros. Inicia-se trazendo a controvérsia sobre o tema. A seguir, traz-se os fundamentos da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Por fim, pontua-se as principais conclusões do julgado e suas deficiências.

1. Da Controvérsia.

O controvérsia diz respeito à extensão do benefício de prestação continuada, previsto na Lei Orgânica de Assistência Social (lei nº 8.742/1993) e no art. 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, aos estrangeiros.

No próprio Recurso Extraordinário 587.970/SP, inicialmente, a Procuradoria Geral da República apresentou parecer em contrário à extensão do benefício aos estrangeiros residentes, mas posteriormente modificou sua conclusão e opinou pela concessão. Tal fato demonstra a

enorme controvérsia que pairava sobre o tema e a complexidade da causa.

Segundo o Ministro Relator Marco Aurélio, a questão principal é sobre a interpretação da cláusula constitucional “a assistência social será prestada a quem dela necessitar”. Afinal, quem estaria abrangido pela assistência social?

O Decreto 6.214/2007, Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, com a redação do Decreto 8.805/2016 responde a tal questionamento da seguinte forma:

Art. 7º O Benefício de Prestação Continuada é devido ao brasileiro, nato ou naturalizado, e às pessoas de nacionalidade portuguesa, em consonância com o disposto no Decreto 7.999, de 8 de maio de 2013, desde que comprovem, em qualquer dos casos, residência no Brasil e atendam a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento.

Assim, percebe-se que a posição clássica era pela impossibilidade de extensão ao estrangeiro, ainda que residente no Brasil, do benefício de prestação continuada.

2. Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O fundamento central do acórdão é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O Ministro Relator Marco Aurélio discorreu que a dignidade possui três elementos: 1) valor intrínseco; 2) autonomia; 3) valor comunitário.

De acordo com ele, como “valor intrínseco”, a dignidade requer o reconhecimento de que cada indivíduo é um fim em si mesmo, nos termos do amplamente divulgado imperativo categórico kantiano

Como “autonomia”, a dignidade protege o conjunto de decisões e atitudes relacionado especificamente à vida de certo indivíduo.

Já em relação ao valor comunitário, a ideia maior de solidariedade social foi alçada à condição de princípio pela Lei Fundamental.

O Ministro prossegue na fundamentação:

Observem a ninguém ter sido oferecida a escolha de nascer nesta quadra e nesta sociedade, mas estamos todos unidos na construção de propósito comum. O estrangeiro residente no País, inserido na comunidade, participa do esforço mútuo. Esse laço de irmandade, fruto, para alguns, do fortuito e, para outros, do destino, faz-nos, de algum modo, responsáveis pelo bem de todos, inclusive daqueles que adotaram o Brasil como novo lar e fundaram seus alicerces pessoais e sociais nesta terra.

Dessa forma, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1, inciso III, da Constituição Federal de 1988, a interpretação a ser dada ao dispositivo do art. 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, é que este engloba os estrangeiros.

3. Do Princípio da Igualdade.

Um outro fundamento do julgado é o princípio da igualdade e a necessidade de tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros residentes no País, conforme o *caput* do art. 5 da Constituição Federal de 1988.

Ainda de acordo com o Ministro Relator Marco Aurélio, “o constituinte instituiu a obrigação do Estado de prover assistência aos desamparados, sem distinção. Com respaldo no artigo 6º da Carta, compele-se os Poderes Públicos a efetivar políticas para remediar, ainda que minimamente, a situação precária daqueles que acabaram relegados a essa condição”.

4. Dos Demais Fundamentos.

Do voto do Ministro Relator ainda se infere que a presença do estrangeiro no País, desde a criação da nação brasileira, foi incentivada e

tolerada, não sendo coerente com a história estabelecer diferenciação tão somente pela nacionalidade, especialmente quando a dignidade está em cheque em momento de fragilidade do ser humano – idade avançada ou algum tipo de deficiência.

Sobre o benefício de assistência social devem ser cumpridos os requisitos legais.

Conforme o artigo 20 da LOAS, tal benefício assistencial é concedido na quantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou mais, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Sendo assim, segundo o Ministro Relator, não basta a hipossuficiência mas também a demonstração da incapacidade de buscar a solução para tal situação em decorrência de especiais circunstâncias individuais.

Entretanto, saliente-se que no acórdão ficou consignado que somente o estrangeiro com residência fixa no País pode ser auxiliado com o benefício assistencial.

Dentre os principais argumentos para tal conclusão, estão que o estrangeiro residente encontra-se inserido na sociedade, contribuindo para a construção de melhor situação social e econômica da coletividade.

Portanto, somente o estrangeiro em situação regular no País, residente, idoso, portador de necessidades especiais será beneficiário da assistência social.

De acordo com esse entendimento, os estrangeiros não residentes ou em situação irregular não farão jus ao referido benefício, tendo em vista o não atendimento às leis brasileiras, fato que, por si só, demonstra a ausência de noção de coletividade e de solidariedade a justificar a tutela do Estado.

Da leitura do acórdão se extrai os objetivos da assistência social, que por ser tratar de uma política pública de caráter não contributivo, é voltada

à satisfação do mínimo existencial, instrumentalizando direitos fundamentais como a vida, a segurança, o bem-estar e a própria dignidade da pessoa humana.

Um outro dado relevante foi o trazido pelo Ministro Alexandre de Moraes, ao dispor sobre a questão dos refugiados no Brasil, como se extrai do seguinte trecho:

“O Brasil, como foi salientado na ONU, e, também ontem da tribuna, na América do Sul, é o país que mais acolheu os refugiados. (...) Não se pode assumir um compromisso de solidariedade internacional para, a partir do momento em que essas pessoas estrangeiras ingressam e passam a residir no País, seja-lhes conferido um tratamento diferenciado dos demais residentes, sejam brasileiros natos, sejam brasileiros naturalizados, sejam estrangeiros residentes no País.”

Assim, seria um contrassenso a adoção de políticas públicas de acolhimento de refugiados, grande problemática atual na comunidade internacional, e negar-lhes acesso a direitos básicos, como a assistência social.

Também para o Ministro Alexandre de Moraes, a negativa de prestação do benefício de prestação continuada conflitaria seriamente com nossa tradição histórica e constitucional, de nação formada pelo influxo de diferentes povos, raças, credos e origens. Traz como fundamento além da dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil tais como a construção de uma sociedade livre, justa solidária, a erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem.

O Ministro Luiz Fux acresce ao debate o seguinte argumento: o já reconhecido direito de estrangeiros em situação de miserabilidade terem acesso aos instrumentos de assistência social. Pontuou o Ministro que, em 2014, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS)

divulgou que 42.091 estrangeiros em situação de pobreza ou de extrema pobreza recebiam regularmente o benefício Bolsa-Família.

Ademais, os estrangeiros residentes também se encontram submetidos aos mesmos deveres legais, inclusive tributários, de todos os cidadãos.

Ressalte-se que um outro fundamento aventado no acórdão é a recente Lei de Migração (lei 13.445/2017), que dentre os princípios de política migratória traz expressamente a igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e seus familiares; a inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; e o acesso igualitário e livre do imigrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social.

Há ainda, ao migrante, de acordo com o art. 4, o direito ao acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, além dos direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos.

5. Das Críticas.

A tese do julgamento, por unanimidade e com repercussão geral, assim foi publicada: “Os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais”.

Portanto, percebe-se que houve uma limitação da extensão do benefício aos estrangeiros em situação migratória regular e desde que residentes no país.

Tal conclusão é criticável diante da clareza do dispositivo legal trazido pela Lei de Migração, art. 4, §1º, in verbis:

"Art. 4o Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como:

I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;

(...)

VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, ...

(...)

§ 1o Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto nos §§ 4o e 5o deste artigo, e não excluem outros decorrentes de convenções, tratados e acordos internacionais de que o Brasil seja parte".

Da leitura da lei se infere que a situação migratória não pode ser obstáculo à fruição deste direitos previstos.

Ademais, a doutrina também aponta que, pelos mesmos fundamentos – como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, não se pode diferenciar a situação de estrangeiros regulares e irregulares ou residentes e não residentes. Segundo Paulo Henrique Gonçalves Portela, interpretando o caput do art. 5 da Constituição Federal de 1988:

“Apesar de a norma mencionar apenas os estrangeiros residentes no Brasil, nada impede que os estrangeiros que não têm domicílio ou residência em território brasileiro também tenham os mesmos direitos quando no Brasil, inclusive porque o Estado brasileiro se compromete, por meio de tratados, a assegurar tais direitos a todas as pessoas que se encontram sob sua jurisdição, sem distinção de qualquer espécie, bem como pelo fato de que tais direitos decorrem diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.”

Prossegue o autor afirmando categoricamente que “o fato de o estrangeiro se encontrar irregularmente no Brasil não o priva do gozo de direitos garantidos na ordem constitucional brasileira”.

Ressalta-se que este também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 103.311/PR e do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus 219.017/SP.

Paulo Henrique Portela afirma ainda que “A Constituição Federal não exclui os estrangeiros do gozo dos direitos sociais consagrados entre os artigos 6 e 11”.

Assim, vê-se que o julgado acertadamente estabeleceu a equiparação de brasileiros natos e naturalizados com os estrangeiros residentes, como determina expressamente no art. 5 da Constituição Federal de 1988. No entanto, poderia ter avançado ainda mais, diante da principiologia que rege a relação do Brasil com os estrangeiros e também em razão dos próprios fundamentos do julgado analisado, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

6. Conclusão.

Conclui-se que, apesar da enorme importância do julgamento do caso do Recurso Extraordinário nº 587.970/SP, em sede de repercussão geral, garantindo a concessão do benefício de prestação continuada ao estrangeiros residentes, o julgado deixou de avançar em uma questão importante já que os estrangeiros não residentes e em situação irregular são os mais vulneráveis aos riscos sociais.

Percebe-se da análise dos fundamentos do julgado que não há nenhuma justificativa para tal diferenciação já que todos os argumentos também se aplicam aos demais estrangeiros, sendo a condição de residência regular no Brasil uma limitação desarrazoada à proteção social daqueles mais necessitados.

REFERÊNCIAS.

Supremo Tribunal Federal, Órgão Pleno, Recurso Extraordinário nº 587.970/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19/4/2017 e 20/4/2017.

Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Habeas Corpus 103.311/PR, Min. Relator Luiz Fux, julgado em 7.6.2011.

Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Habeas Corpus 219.017/SP, Min. Relatora Laurita Vaz, julgado em 15/03/2012.

Portela, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. Salvador: Jus Podivm, 9ª Edição, 2017.



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

FERNANDA GUEIROS MAIA

**A DECISÃO DE PRONÚNCIA E OS REFLEXOS ACERCA DE SUA
MOTIVAÇÃO**

JUIZ DE FORA

2016

FERNANDA GUEIROS MAIA

A DECISÃO DE PRONÚNCIA E OS REFLEXOS ACERCA DE SUA MOTIVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Tatiana Paula Cruz de Siqueira

JUIZ DE FORA - MG

2016

FERNANDA GUEIROS MAIA

**A DECISÃO DE PRONÚNCIA E OS REFLEXOS ACERCA DE SUA
MOTIVAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Tatiana Paula Cruz de Siqueira (Orientadora)

Prof.

Profa.

“A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado”.

(Theodore Roosevelt)

RESUMO

O presente trabalho de pauta a analisar o princípio da motivação das decisões, previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Brasileira inserido no contexto do Tribunal do Júri, especificamente da decisão de pronúncia. Esta decisão, na medida em que deve ser motivada, possui algumas restrições no que concerne à análise do mérito, já que cabe aos jurados analisá-lo. Entretanto, no cotidiano forense, o que se observa é que muitas vezes os magistrados acabam por se excederem no emprego da linguagem, de maneira a adentrar no mérito da causa. Ocorre que, além do juiz não ter competência para tanto, ele acaba por influenciar a decisão dos jurados, fazendo com que o julgamento se torne viciado. O que se defende, portanto, é o uso comedido da palavra, de maneira que o juiz analise, tão somente, os requisitos necessários à prolação da decisão de pronúncia e garanta aos jurados a inteireza do julgamento.

Palavras-chave: Princípio da motivação. Tribunal do Júri. Decisão de pronúncia. Excesso de motivação.

ABSTRACT

The present essay try to analyze the principle of motivation, located at article 93, item IX, of Brazilian Constitution inside the Jury Court, specifically about the jury indictment. This decision, although needs to be motivated, have some restrictions about de merits, since the analysis of this last one belongs to the jury. However, the daily forensic show us that, sometimes, judges excel in language, entering on merit. Besides the fact that judges don't have the competence for that, they end up influencing the decision of the jury, becoming an addict judgment. Therefore, what is argued is the moderate using words during the admissibility accusatory, analyzing just the requirement of the law, assuring the Jury Court the analysis of merits.

Keywords: Motivation principle. Jury Court. Jury indictment. Excess of motivation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES	12
1.1 Breve passagem pela Constituição de 1988 e o Estado Democrático de Direito.....	12
1.2 A importância do princípio da motivação das decisões.....	13
1.3 Dúplice função da motivação das decisões	15
1.3.1 Controle endroprocessual	15
1.3.2 Controle extraprocessual	17
1.4 A sanção constitucional de nulidade.....	19
2 A FUNDAMENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO TRIBUNAL DO JÚRI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E ASPECTOS PRELIMINARES SOBRE A DECISÃO DE PRONÚNCIA	21
2.1 Princípios norteadores do Tribunal do Júri.....	21
2.1.1 A plenitude da defesa	21
2.1.2 O sigilo das votações	23
2.1.3 A soberania dos veredictos	24
2.1.4 A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.....	26
2.2 Breve introdução sobre o procedimento do Júri	28
2.2.1 Primeira fase do procedimento – <i>judicium accusatione</i>	28
3 A DECISÃO DE PRONÚNCIA E OS REFLEXOS SOBRE SUA MOTIVAÇÃO	31
3.1 A pronúncia e sua natureza jurídica.....	31

3.2 Principais requisitos da pronúncia	32
3.3 A fundamentação da decisão de pronúncia.....	34
3.3.1 As qualificadoras	36
3.3.2 Causas de diminuição, concurso de crimes, agravantes e atenuantes	37
3.4 A natureza garantista da fundamentação da pronúncia	39
3.5 Os excessos na fundamentação	39
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República Federativa Brasileira, ocorrida em 1988, trouxe consigo diversas garantias aos cidadãos, especialmente no tocante à atuação do poder jurisdicional. A garantia do acesso à justiça caracteriza-se como sendo uma das primordiais, já que é a partir deste nobre direito que decorrem diversos outros, como o direito de motivação das decisões.

Elencado no art. 93, inciso IX, da Magna Carta, este dispositivo dispõe que todas as decisões judiciais devem ser motivadas, sob pena de serem declaradas nulas. Esta garantia, portanto, concede ao cidadão um grande mecanismo de defesa contra decisões arbitrárias dos magistrados, já que estes, ao proferirem uma decisão, têm o dever de expor os motivos que a ensejaram.

Ademais, é através do dever de motivar que incidem dois tipos de controle: o endoprocessual e o extraprocessual. O primeiro deles se volta para dentro dos limites do processo e das partes que nele atuam, permitindo, por exemplo, a impugnação da decisão, já o segundo controle se curva para a sociedade, de maneira a permitir que a decisão repercuta seus efeitos perante ela. Ambos os controles serão debatidos no 1 capítulo deste trabalho.

Neste contexto de motivação das decisões, esta tese adentra na sistemática do Tribunal do Júri, procedimento previsto no Código de Processo Penal Brasileiro, dando ênfase em uma das decisões que podem encerrar a primeira fase, qual seja, a decisão de pronúncia.

O Tribunal do Júri se difere do rito penal comum, possuindo algumas especificidades, a começar pelos princípios que o norteiam. Com previsão no art. 5º, inciso XXXVIII, da CFRB/88, os princípios são: plenitude da defesa; sigilo das votações; soberania dos veredictos e competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Tais princípios permeiam a instituição e devem ser observados durante todas as fases do processo. Estas, por sua vez, se dividem em duas: o juízo da acusação (*judicium acusatone*) e o juízo da causa (*judicium causae*).

Acerca da primeira fase do procedimento do Júri, esta poderá ser encerrada através de três tipos de decisão, sendo estas a decisão de pronúncia, de impronúncia ou de absolvição sumária. Somente a decisão de pronúncia será capaz de levar o acusado à julgamento perante o Plenário do Júri, tendo em vista sua característica primordial de decisão de admissibilidade da acusação.

No entanto, para que esta decisão seja proferida, mister é o preenchimento de alguns requisitos indispensáveis, como a prova da materialidade delitiva, indícios de autoria e, sobretudo, a fundamentação da sentença.

Esta fundamentação, entretanto, possui algumas peculiaridades, já que detém natureza jurídica de decisão interlocutória mista. Ao mesmo tempo em que se encerra uma fase processual, dá-se início à outra. Além disto, é importante ressaltar que devido à competência exclusiva dos jurados para conhecimento da causa, não cabe ao juiz togado analisar o mérito de forma exauriente, mas tão somente analisar a admissibilidade da acusação e submeter o denunciado ao crivo dos jurados.

A fundamentação da pronúncia, portanto, deve ser pautada em termos comedidos, evitando-se o uso de adjetivos pejorativos, termos injuriosos ou locuções de cunho discriminatório, de forma a evitar que esta decisão se torne um pré-julgamento do denunciado.

Ocorre que, observando o cotidiano forense, tem-se que, muitas vezes, o juiz de direito acaba por exceder no uso da linguagem e invadir a competência dos jurados, prática esta que merece ser rechaçada de plano.

O presente trabalho, então, busca tratar destas decisões com excesso de motivação e, elucidar, assim, os reflexos ocasionados. Para tanto, serão utilizados aspectos conceituais, doutrinários, legais e, sobretudo, jurisprudenciais, através de vasta pesquisa bibliográfica, como será demonstrado em campo próprio.

Desta forma, inicialmente será abordado a questão da motivação das decisões (art. 93, inciso IX, da CRFB/88). Após, será dado ênfase ao procedimento do Tribunal do Júri, em especial à sua primeira fase – *judicium accusatione*. Por fim, serão analisado os excessos na fundamentação da decisão de pronúncia, sobretudo através de jurisprudências dos diversos tribunais brasileiros.

1 A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

1.1 Breve passagem pela Constituição de 1988 e o Estado Democrático de Direito

No estudo da matéria constitucional brasileira tem-se que o berço do chamado Estado Democrático de Direito se consubstanciou na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), ocorrida em 1988.

Esta Carta Magna possibilitou a ascensão da democracia brasileira e trouxe consigo, juntamente com os direitos e garantias fundamentais, ideais de limitação do poder político.

Tal limitação se dá baseada no princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da CRFB/88, o qual afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. À contrário, tem-se que só é permitido ao Estado – entendido aqui na sua maior acepção – fazer aquilo que a lei autoriza, sendo exatamente neste ponto que se dá a incidência do poder de controle feito pelo cidadão.

Logo, a CRFB/88 investiu o indivíduo, sujeito de direitos, com um forte mecanismo de controle dos poderes, sobretudo quanto ao poder jurisdicional.

Dentre os diversos direitos garantidos aos indivíduos é importante ressaltar aquele que é primordial e que dá origem aos demais: o direito ao acesso à justiça. Este direito, que engloba também o chamado direito de ação, passou a ser visto como um direito público contra o Estado, sobre o qual se cria uma vinculação e obrigação de proteção judicial, podendo-se dizer, inclusive, que este direito chega a ultrapassar a qualificação de direito fundamental para se caracterizar como uma condição necessária à efetivação plena das demais previsões constitucionais¹.

Assim, a partir do direito ao acesso da justiça, diversos outros direitos surgem no âmbito de garantias processuais individuais.

Neste universo de garantias, merece destaque o direito a motivação das decisões.

¹ OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais.** Revista Ética e Filosofia Política, n° 15, v. 2, 2012, p. 133.

1.2 A importância do princípio da motivação das decisões

A partir da previsão constitucional elencada no art. 93, inciso IX, da CRFB/88 tem-se o imperativo de que **todos** os órgãos integrantes do Poder Judiciário devem fundamentar suas decisões, em respeito ao princípio da motivação das decisões, sob pena de nulidade. Observe-se:

Art. 93

IX Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Assim, depreende-se que o princípio em análise trata-se de uma garantia constitucional, sendo um forte escudo dos cidadãos contra eventual autoritarismo e arbítrio dos operadores do Direito.

Sob um ponto de vista macroscópico, diz-se que é através desta garantia que a sociedade exerce controle sobre as decisões. No entanto, se aprofundarmos mais a questão, pode-se dizer que são as partes do processo, a qual a sentença se dirige, que exercem diretamente este controle, sendo certo que a decisão proferida deve ser consequência da argumentação trazida aos autos justamente por estas partes, não podendo o magistrado interpretar a questão única e subjetivamente, por suas convicções pessoais ou trazendo argumentos metajurídicos².

Nas palavras do doutrinador Antônio Magalhães Gomes Filho³:

² FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito**. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110/1092>. Acesso em 10 de maio de 2016.

³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2013, p.108.

Num tipo de organização política como o *Estado de direito* que, como visto, se caracteriza pela submissão de todo o poder à *legalidade*, o objetivo primeiro da *motivação* de qualquer ato estatal deve ser, justamente, demonstrar que ele está apoiado nas regras do ordenamento jurídico.

Isto vale, em especial e evidentemente, às decisões judiciais, pois o escopo jurídico da atividade jurisdicional consiste em realizar a pacificação dos conflitos sociais por meio da aplicação ao direito objetivo. A indicação de que a decisão está em conformidade com as regras positivas cumpre, assim, a relevante função de mostrar que na solução do litígio foi atendida essa missão conceitual do Judiciário.

Ao lado disto, a expressa referencia aos textos normativos que sustentam a decisão serve para evidenciar que não foi ela fruto de uma deliberação arbitrária do seu autor, mas sim de um trabalho de conhecimento e reflexão em que se considerou a vontade social expressa nos atos legislativos legitimamente editados; nesse aspecto, o direito constitui um *limite* à atividade judicial.

Portanto, estando o processo em fase de conclusão para sentença, cabe ao magistrado analisar e valorar as provas carreadas nos autos, tentando se aproximar, ao máximo, da verdade real, a fim de que seja prolatada a decisão. É importante ressaltar que o presente trabalho não se presta a fazer uma análise pormenorizada acerca dos conceitos de verdade real e processual, tendo em vista a grande discussão que permeia estes temas. Para este estudo, deve-se entender a verdade real como àquela verdade possível, que mais se aproxima da realidade dos fatos, razão pela qual cabe ao juiz buscá-la.

Ademais, nesta toada, analisando o ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que o princípio da motivação, além de possuir respaldo constitucional, possui observância infraconstitucional, o que demonstra, ainda mais, a sua importância.

É o que se percebe através da leitura dos artigos 458 do Código de Processo Civil, artigo 381 do Código de Processo Penal e artigo 438 do Código de Processo Penal Militar. Logo, nota-se o alcance do presente princípio nos demais ramos do direito pátrio, servindo como garantia a todos os cidadãos que se submetem a justiça brasileira de ter uma decisão justa e devidamente fundamentada.

Sobre o conteúdo das decisões dos magistrados, a autora Érica de Oliveira Hartmann⁴ critica a atuação dos juízes diante da “tendência em se aceitar a ideologia dominante naquele momento, bem como, aliás, procura-se exatamente manter-se em determinado padrão nas decisões judiciais”. Assim, tem-se que, cada vez mais, os magistrados buscam

⁴ HARTMANN, Érica de Oliveira. **A motivação das decisões penais e a garantia do artigo 93, IX, da Constituição da República**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, p.2. Disponível em <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/download/1765/1462>. Acesso em 11 de maio de 2016.

manter-se em uma mesma linha de raciocínio, o que gera dúvidas acerca da real efetividade das decisões.

Certo é que decisões padronizadas estão fadadas ao insucesso, visto que a essência das decisões é, exatamente, a motivação conferida a ela por ser capaz de trazer consigo especificidades sobre o caso, especificidades estas que, certamente, não estão contidas em padrões.

Assim, depreende-se que a motivação das decisões se investe do cargo de justificação da decisão judicial, ou seja, a justificação da norma individualizada que julga precedente/improcedente o direito.

Nas belas palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho⁵ “é igualmente por meio da motivação das decisões que se garante outro valor jurídico e político estreitamente ligado à legalidade: a certeza do direito”.

Logo, sendo a máquina estatal a responsável pela submissão do poder à leis gerais e abstratas, é através da prestação jurisdicional contida na decisão motivada que o magistrado individualiza a norma diante do concreto, garantido ao jurisdicionado a certeza sobre seu direito.

1.3 Dúplice função da motivação das decisões

Ao levantar a bandeira da motivação das decisões, é importante não se olvidar de sua função dúplice, já que este nobre princípio atua visitando tanto garantir as limitações impostas ao Poder Público, sobretudo o Poder Judiciário, bem como atua buscando proteger o próprio processo. A primeira delas é denominada função extraprocessual, enquanto que a segunda é conhecida como função endoprocessual.

1.3.1 Controle endoprocessual

Trazendo à baila a função endoprocessual, segundo a realidade do atual Poder Judiciário brasileiro, em que seus membros não são escolhidos através de voto popular,

⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2013, p.73.

percebe-se que os juízes não estão sujeitos a um controle hierárquico advindo de um chefe escolhido pelo processo democrático. Assim, a legitimação dos membros do Judiciário deriva-se da forma pela qual sua função é exercida, de maneira que para que esta atuação seja legítima, cabe ao magistrado atuar respeitando as garantias da justiça natural⁶.

Tendo em vista que o nascimento do processo se dá com a provocação da jurisdição pelas partes, a decisão do juiz se mostra como o resultado da batalha travada entre tais partes, que são, de fato, os destinatários da decisão.

Esta decisão judicial exige do magistrado uma postura ativa, vez que cabe a ele analisar as peculiaridades do caso concreto e encontrar, com base na norma geral e abstrata, uma solução coerente e constitucional, criando, assim, uma norma jurídica individualizada⁷.

Sendo as partes os autênticos destinatários da decisão, nada mais coerente do que se exigir uma correta motivação, já que é da *ratio decidendi* que se depreende a exata definição e enquadramento do direito afirmado pelo juiz, bem como os seus efeitos⁸.

Logo, tem-se que o magistrado, ao fundamentar sua decisão, encontra-se envolto pelas garantias do processo e do direito alegado, impossibilitando-o de decidir além dos limites fixados na exordial (vedação de sentenças *ultra, citra e extra petita*). Tal vedação decorre expressamente do controle de legalidade exercido pelos cidadãos, a qual o magistrado está submetido.

Outro ponto importante a se ressaltar acerca da função endoprocessual consiste no direito à impugnação das decisões, pois somente àquele que tem conhecimento exaustivo da causa é capaz de questioná-la e analisar a pertinência de uma eventual impugnação.

Como bem leciona o autor Humberto Santarosa⁹ “a motivação se mostra como um verdadeiro fator racionalizador da decisão, justamente por permitir um melhor e mais amplo controle, pelas partes, da decisão proferida”.

Neste mesmo sentido, sendo a matéria trazida ao reexame, o tribunal só será capaz de analisar a decisão proferida em instância inferior se dela puder extrair os fundamentos pelos

⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2013, p.67.

⁷ DIDIER JR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. Coletânea do Curso de Especialização em Direito Processual Civil do Centro de Extensão Universitária (CEU), p.3. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial/>. Acesso em 10 de maio de 2016.

⁸ OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais**. Revista Ética e Filosofia Política, n° 15, v. 2, 2012, p. 143.

⁹ Idem, p. 142.

quais a decisão fora tomada, ou seja, a decisão motivada garante subsídios para que, em sede de recurso, ela possa ser reformada ou mantida. Percebe-se, assim, que as funções da exposição dos motivos da decisão são todas aplicáveis ao juízo *ad quem*.

Nesta toada, um ponto peculiar acerca da motivação das decisões que tende a induzir a erro seria a questão das decisões irrecuráveis, como, por exemplo, as decisões de pleno proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Se pensarmos sistematicamente, não faria sentido que tais decisões fossem motivadas, visto que não haveria instância superior que pudessem reapreciá-las. Desta forma, reduzir a motivação das decisões à função endoprocessual seria equivalente a condenar a motivação como inútil nestes casos, o que não parece ser a lógica do atual sistema processual brasileiro¹⁰.

Nota-se, assim, que por mais primordial que seja função endoprocessual, analisar a motivação somente sob esta ótica seria bastante falho, motivo pelo qual surge a função extraprocessual.

1.3.2 Controle extraprocessual

Caracterizando-se como mais uma faceta das funções da motivação das decisões, a função extraprocessual busca viabilizar o controle da decisão do juiz através da via difusa da democracia participativa exercida pelo povo, em nome do qual a sentença é pronunciada¹¹.

Acerca desta função, é possível elencar três motivos¹² pelos quais a motivação deve ser realizada: seu caráter instrumental; o fato de ser uma determinação objetiva do julgado e seu caráter de racionalização da jurisprudência.

¹⁰ OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **Motivação e discricionariedade: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial**. 2014.174f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

¹¹ DIDIER JR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. Coletânea do Curso de Especialização em Direito Processual Civil do Centro de Extensão Universitária (CEU), p.3. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial/>. Acesso em 10 de maio de 2016.

¹² OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **Motivação e discricionariedade: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial**. 2014.174f. Tese (Mestrado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O primeiro dos motivos consiste na faceta instrumental da norma, visto que é na justificação da decisão proferida, ou seja, na *ratio decidendi*, que se verifica se a gama de direitos e garantias das partes estão sendo assegurados, buscando sempre garantir o devido processo legal.

Como bem leciona Luigi Ferrajoli¹³, a motivação das decisões seria uma “última garantia processual, que tem o valor de uma garantia de fechamento do sistema”.

Assim, a motivação, além de ser o verdadeiro requisito formal de encerramento do processo, é a instrumento pelo qual o cidadão é capaz de exercer seu controle, aferindo se houve a correta aplicação das garantias processuais constitucionais.

O segundo motivo traz consigo uma grande relevância, que se aproxima, sobremaneira, com o estudo realizado sobre a função endoprocessual, no entanto, sob uma ótica mais abrangente, qual seja, a sociedade como um todo.

A motivação das decisões tem o condão de demonstrar à todos os sujeitos de direitos que sua decisão é válida, eficaz e em conformidade com o ordenamento jurídico, repercutindo com mais facilidade na sociedade a aceitação desta decisão.

À medida que a sociedade passa a aceitar as decisões judiciais, entendendo-as como válidas, inicia-se um implícito processo de legitimação das decisões, demonstrando que a sentença responde a critérios que guiam o ordenamento e governam a atividade do juiz¹⁴.

Por fim, o terceiro motivo, isto é, a motivação como racionalização da jurisprudência, tem papel mais incisivo nos países de *common law*, visto que, apesar destes países não conterem regras expressas determinando a motivação das decisões, certo é que em todos eles há a apresentação dos motivos ensejadores da decisão.

Assim, percebe-se que é a *ratio decidendi* que tem poder vinculatório, sendo utilizado com a finalidade de convencer os demais magistrados a decidirem com uniformidade diante de casos similares.

Importante frisar, ainda, que este terceiro motivo possui grande relevância e aplicabilidade para que um importante princípio seja garantido: o da segurança jurídica.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 573.

¹⁴ TARUFFO, Michele. La obligación... apud OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **Motivação e discricionariedade: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial**. 2014.174f. Tese (Mestrado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O autor José Carlos Barbosa Moreira¹⁵, sobre este tema, assim leciona:

O controle *extraprocessual* deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados *in genere*, como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional – fator inestimável, no Estado de Direito, de coesão social e da solidez das instituições.

Destarte, o dever de motivar se consubstancia em uma garantia dos sujeitos de direitos, proporcionando um amplo controle da comunidade sobre a atividade jurisdicional, sendo garantia primordial em um Estado Democrático de Direito.

Findo a explicação acerca das três funções da motivação das decisões, torna-se mister trazer ao texto a ressalva elaborada por Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁶. Segundo o autor, é importante não confundir “o objetivo de um controle geral e difuso da opinião pública sobre a atuação do Judiciário (...) com outra coisa absolutamente indesejável, que seria a submissão dos juízes a pressões resultantes de sondagens junto à população”.

O que o autor busca alertar é a possibilidade de o controle extraprocessual ter sua essência deturpada e acabar sendo utilizado como um mecanismo de imposição da vontade da sociedade e manipulação de decisões. Assim ocorrendo, haveria verdadeira supressão da função jurisdicional, perdendo toda a legitimidade garantida às decisões judiciais.

Também é receio do autor a criação do chamado juiz político¹⁷, figura esta que visa mais aparições na mídia, do que propriamente exercer o seu dever funcional de garantir a justiça das decisões. Tal personagem comprometeria a independência funcional, bem como a imparcialidade, premissas estas que devem ser zeladas pelos magistrados.

Desta forma, a motivação das decisões deve promover um elo entre a atividade jurisdicional e a opinião pública, garantido amplo diálogo entre estas duas esferas, buscando sempre dar legitimidade às decisões.

1.4 A sanção constitucional de nulidade

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, **Temas de Direito Processual – segunda série**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1988. cit. p. 90.

¹⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2013, p.68.

¹⁷ Idem, p.69.

Como dito anteriormente, o art. 93, inciso IX, da CRFB/88 determina a todos os órgãos do Poder Judiciário que fundamentem suas decisões, sob pena de nulidade, ou seja, o legislador, ao criar a norma, já previu a sanção pelo seu descumprimento no próprio texto normativo, não havendo espaço para dúvidas.

Nestes casos, trata-se de nulidade **absoluta**, já que se tratando de garantias processuais-constitucionais, não sendo o ato juridicamente inexistente, não se pode dizer que se trata de nulidade relativa. Isto se dá por se tratar de um interesse público na condução do processo, por mais que aparente ser um benefício exclusivo às partes¹⁸.

Nesta perspectiva, se tratando de nulidade absoluta, presume-se o prejuízo, sendo dispensada a demonstração do dano efetivo. Tal dano é de fácil observância quando se pensa na decisão não fundamentada, já que há a frustração de qualquer expectativa criada com o processo.

No entanto, é importante dizer que esta invalidade não será automática. Ela depende de decisão judicial para que seja reconhecida, e, justamente por se tratar de nulidade absoluta, pode ser proferida de ofício pelo juiz/tribunal, ou por provocação de qualquer uma das partes, assim que constatada.

Sobre este ponto, mister ressaltar a situação do processo penal, pois, como se sabe, neste ramo do Direito impera princípios como o *in dubio pro reo* e proibição de *reformatio in pejus*, sendo certo que o ordenamento jurídico somente fez previsão de remédios a favor do réu (revisão criminal e o *habeas corpus*) capazes de reconhecer uma nulidade de decisão transitada em julgado

Assim, por mais que haja uma notória decisão imotivada transitada em julgado favorecendo o réu, nada poderá ser feito!

Ademais, diante do princípio da voluntariedade dos recursos, previsto no artigo 574 do Código de Processo Penal, é entendimento jurisprudencial pacífico no sentido de que, em relação à acusação, eventuais nulidades prejudiciais ao réu devem estar expressas nas razões de recurso, não podendo o tribunal decidir sobre as que não forem arguidas. Este é o entendimento constante na súmula 160 do Supremo Tribunal Federal.

¹⁸ ENNIO, Amodio. **Motivazione...** apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2013, p.166.

2 A FUNDAMENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA DO TRIBUNAL DO JÚRI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E ASPECTOS PRELIMINARES SOBRE A DECISÃO DE PRONÚNCIA

2.1 Princípios norteadores do Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri, em sua essência, trata-se de um órgão especial do Poder Judiciário de primeira instância, pertencente à Justiça comum. É formado por um colegiado heterogêneo, sendo composto por um juiz togado (presidente) e vinte e cinco cidadãos do povo¹⁹, conforme previsão contida no art. 447 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Ademais, este tribunal possui previsão constitucional elencada no art. 5º, inciso XXXVIII, da Magna Carta Brasileira, sendo certo que no referido artigo estão expostos os princípios constitucionais, os quais o Tribunal do Júri deve zelar. Observe-se:

Art. 5º

XXXVIII é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude da defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

2.1.1 A plenitude da defesa

Acerca deste princípio, muito se discutiu na doutrina se o legislador considerou como sinônimos os princípios da ampla defesa (base de todo o processo criminal brasileiro), e o princípio da plenitude da defesa, previsto no procedimento do Júri.

No entanto, é pacífico o entendimento no sentido de que o legislador não utilizou palavras diversas por mero descuido ou falta de atenção, mas sim porque tais princípios não se confundem, tendo, inclusive, diferenças importantíssimas.

Uma prova concreta disto é a previsão de ambos os princípios no mesmo artigo 5º da CFRB/88, já que se tais princípios fossem sinônimos, não faria sentido o legislador os prever com diferentes nomenclaturas e no mesmo dispositivo legal.

¹⁹ CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri, teoria e prática**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p.3.

Nas palavras do autor Guilherme de Souza Nucci²⁰:

Ampla é alvo vasto, largo, copioso, enquanto *pleno* equivale a completo, perfeito, absoluto. (...) No processo criminal comum – e quem milita na área bem sabe – o defensor não precisa atuar de maneira *perfeita*, sabendo *falar, articular*, construir os mais sólidos *argumentos*, enfim, pode cumprir seu papel de maneira apenas *satisfatória*. A ampla defesa subsiste a tal *impacto*.

No processo em trâmite no plenário do Júri, a atuação apenas *regular* coloca em risco, seriamente, a liberdade do réu. É fundamental que o juiz presidente controle, com perspicácia, a eficiência da defesa do acusado. Se o defensor não se expressa bem, não se faz entender – nem mesmo pelo magistrado, por vezes –, deixa de fazer intervenções apropriadas, corrigindo eventual excesso da acusação, não participa da reinquirição das testemunhas, quando seria preciso, em suma, atua *pro forma*, não houve, certamente, defesa *plena*, vale dizer, irretocável, absoluta, cabal.

Logo, depreende-se das palavras do autor que, em um processo criminal comum, como o poder decisório está nas mãos de um juiz togado, o qual tem o dever de conhecer o direito e, principalmente, de fundamentar suas decisões, não sendo a defesa satisfatória, o magistrado possui condições técnicas de corrigi-la ao proferir a sentença. No entanto, a mesma sorte não ocorre no procedimento do Júri, vez que os juízes naturais da causa, os jurados, são cidadãos do povo, que não possuem domínio técnico, sendo certo que, sequer, precisam motivar suas decisões. Assim, eventual defesa falha não poderá ser sanada, podendo trazer sérias consequências para o acusado.

Desta forma, no Tribunal do Júri, é garantido constitucionalmente ao acusado uma defesa plena, podendo ultrapassar, inclusive, os limites da defesa técnica. Logo, é possível que diante das peculiaridades do processo seja feita uma argumentação não jurídica, com referências a questões sociológicas, religiosas, morais, dentre outras, que, normalmente, não seriam considerados caso o julgamento se desse por um juiz togado²¹.

Sobre este tema, segue parte do voto proferido pela desembargadora relatora Jane Silva, em julgamento perante o TJMG²²:

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.29.

²¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal: Doutrina e Prática**. Salvador: Editora JusPodim, 2008, p.149.

²² BRASIL. TJMG. Apelação criminal 1.0155.03.004411-1/002. Apelante: Maria Aparecida Pinto da Silva. Apelado: Ministério Público Estado de Minas Gerais. Relatora: Desembargadora Jane Silva. Belo Horizonte, 2 de maio de 2006. Disponível em http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=0392FBF6868631EF84547A1FE97D88DE.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0155.03.004411-1%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 23/5/2016, às 17hrs.

A Constituição da República assegura a todos os acusados a ampla defesa e os recursos a ela inerentes e, no caso do júri, vai além, assegurando a plenitude de defesa: art. 5º, XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude da defesa. (...) Primeiramente, é de extrema importância, nesta questão, estabelecermos a diferença entre plenitude de defesa e ampla defesa, ambas previstas constitucionalmente, pois, apesar de parecer mera repetição ou reforço hermenêutico por parte do constituinte, estes termos não são sinônimos (...). Fica clara a intenção do constituinte ao conceder ao réu, no júri, além da ampla defesa outorgada a todo e qualquer réu, em qualquer processo, cível, administrativo ou criminal, a plenitude de defesa, privilegiando-a em relação à acusação, pois ele é a parte mais fraca da relação.

Portanto, o legislador foi cuidadoso ao prever o princípio da plenitude da defesa no procedimento do Tribunal do Júri, assegurando aos acusados a utilização de todos os meios de prova possíveis para convencer os jurados de suas alegações, podendo se valer, inclusive, de argumentos não jurídicos.

2.1.2 O sigilo das votações

De acordo com o presente princípio, no momento processual da votação dos quesitos, deve haver o máximo de sigilo possível. Este sigilo visa preservar os jurados que, justamente por serem juízes leigos, não são acobertados pelas garantidas concedidas aos juízes togados, sendo certo que sem esta proteção, os jurados não encontrariam tranquilidade para julgar, podendo, inclusive, serem influenciados por interferências de populares.

Por esta razão, o art. 485, caput, do CPP, determina que “o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação”. Cabe ressaltar que mesmo nesta sala especial, o sigilo ainda é respeitado, vez que os votos são secretos e, após a reforma introduzida pela Lei 11.689/2008, a apuração dos votos pelo magistrado deve ser feita por maioria, sem a divulgação do quórum total.

O tema sobre o sigilo já foi pauta de discussão acerca da possível afronta ao princípio constitucional da publicidade (art. 5, LX e art. 93, IX, ambos da CFRB/88), no entanto, o assunto foi superado, haja vista a próprio texto constitucional menciona ser possível limitar

a publicidade dos atos quando a “defesa da intimidade” ou o “interesse social ou público” assim exigirem²³.

Logo, é patente que o interesse público de que os jurados sejam livres e isentos para proferirem seu veredicto supera o interesse público da publicidade dos atos processuais. No Tribunal do Júri a finalidade maior é que seja proferida a decisão mais justa possível, motivo pelo qual, o sigilo das votações se faz necessário.

Por derradeiro, sobre este tema, o ministro Sidney Sanches, do Supremo Tribunal Federal, ao proferir seu voto, manifestou-se dizendo que “os dispositivos visam evitar que os jurados sofram influências dítadas pela presença ou interferência de outras pessoas, que não as ali referidas”²⁴.

Destarte, o sigilo das votações visa assegurar aos jurados a livre formação de sua convicção e a livre manifestação de suas conclusões, afastando-se quaisquer circunstâncias que possam causar-lhes constrangimento.

2.1.3 A soberania dos veredictos

Pelo princípio da soberania dos veredictos, tem-se que a decisão coletiva (veredicto) proferida pelo Conselho de Sentença é soberana e, portanto, não pode ser alterada em seu mérito por juízes togados, sendo vedadas, inclusive, alterações feitas pela suprema corte brasileira.

Isto se dá devido ao fato de que os jurados decidem de acordo com a sua consciência, e não segundo a lei. Aliás, este é o juramento por eles feito antes de iniciada a sessão no Plenário, conforme determina o art. 472 do CPP. Observe-se:

Art. 472.

Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

Assim o prometo.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.32.

²⁴ BRASIL. STF. Habeas Corpus 64.2861. Paciente: Fernando José da Silva. Impetrante: Jason Barbosa de Faria. Relator: Ministro Sidney Sanches. Brasília, 14 de outubro de 1986. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=69061>. Acesso em 26/5/2016, às 9hrs.

Desta forma, certo é que os jurados são os juízes naturais da causa e, portando, suas decisões, mesmo que desnecessária sua motivação, devem ser respeitadas pelo Judiciário Brasileiro.

No entanto, é importante ressaltar que, não obstante o caráter soberano das decisões dos jurados, estas são passíveis de serem impugnadas. É o caso da possibilidade de interposição do recurso de apelação, prevista no art. 593, inciso III, do CPP e, ainda, a possibilidade de desconstituição da sentença condenatória transitada em julgado através da revisão criminal (art. 621 e 631 do CPP).

Sobre a relativização da soberania dos veredictos, Nestor Távora²⁵ assim leciona:

Como a existência do crime e de suas circunstâncias é matéria fática, sobre ela recai o princípio da soberania dos veredictos, não podendo seu núcleo ser vilipendiado, senão por uma nova decisão do tribunal popular. Contudo, em prol da inocência, tal princípio não é absoluto, admitindo-se que o Tribunal de Justiça absolva de pronto o réu condenado injustamente pelo Júri em sentença transitada em julgado, no âmbito da ação de revisão criminal.

A seguir, duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal demonstrando tanto a soberania dos veredictos, bem como a possibilidade de recurso. Observe-se:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECONHECIMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA DA INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA. EXCLUSÃO, EM SEDE DE APELAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. FATO INCONTROVERSO NÃO AUTORIZA O PROVIMENTO DE APELO FUNDADO EM DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. 1. Sendo a qualificadora do crime matéria submetida ao corpo de jurados, a apelação que a tiver como fundamento deverá ser interposta com base na alínea “d” do inciso III do art. 593 do CPP, renovando-se o júri em caso de provimento. **É que, se o próprio Tribunal togado reformasse a sentença, não haveria mera correção de pena, mas desrespeito à decisão dos jurados reconhecedora ou não da tipicidade derivada, com evidente afronta à soberania dos vereditos.** (...) (HC 122320, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015) – grifos não autênticos²⁶

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO, QUADRILHA E FUGA DE PESSOA

²⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª Ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2015, p.1.123.

²⁶ BRASIL. STF. Habeas Corpus 122320. Paciente: Marcus Vinicius da Silva Desimone. Impetrante: José Carlos Tórtima e outros. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 24 de março de 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28soberania+dos+vereditos%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kl4ppnk>. Acesso em 30/5/2016, às 10hrs.

PRESA. DETERMINAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO VEREDITO: IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS IMPRÓPRIO NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. 1. **A determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri não contraria o princípio constitucional da soberania dos vereditos quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos. Precedentes.** 2. (...) (HC 113627, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 02/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 16-04-2013 PUBLIC 17-04-2013) – grifos não autênticos²⁷.

Por fim, tem-se que para que os julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri sejam realmente justos e menos suscetíveis a erros, segundo o autor Ângelo Ansanelli Júnior²⁸, é importante que haja um controle das decisões do Tribunal Popular. Tais controles estão relacionados com os princípios constitucionais, sobretudo com o princípio do devido processo legal, sendo eles a imparcialidade dos jurados, a simplificação na formulação dos quesitos e o controle da admissibilidade da acusação. Este último, por sua vez, será mais aprofundado no terceiro capítulo deste trabalho.

2.1.4 A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVII, assegura a competência do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Estes crimes estão previstos no Código Penal Brasileiro (Lei 2.848/40) no Título “Dos crimes contra a Pessoa”, Capítulo I, “Dos crimes contra a Vida” e são eles: homicídio (art. 121); induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122); infanticídio (art. 123) e aborto (art. 123 e 125).

Este rol não é taxativo, de forma que é possível a sua ampliação pela lei ordinária. No entanto, cabe ressaltar que é permitida, tão somente, a ampliação, sendo vedada a restrição de crimes da competência do Tribunal do Júri.

Sobre este ponto, tem-se a possibilidade do Tribunal Popular julgar outros delitos, como os crimes conexos. Isto se dá para fins de unidade do processo e do julgamento,

²⁷ BRASIL. STF. Habeas Corpus 113627. Paciente: Jurandir Alves da Silva. Impetrante: Eliseu Minichillo de Araújo e outros. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, 2 de abril de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28soberania+dos+vereditos%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kl4ppnk>. Acesso em 30/5/2016, às 10hrs.

²⁸ ANSANELLI JÚNIOR, Ângelo. **O tribunal do Júri e a Soberania dos Vereditos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 73 e 74.

conforme prevê o art. 79 do CPP. Neste contexto, por exemplo, é possível que os jurados decidam condenar ou absolver o autor de um estupro ou de um roubo, desde que este crime tenha ocorrido juntamente com um crime doloso contra a vida. Caso a competência fosse **exclusiva**, este tipo de julgamento jamais ocorreria²⁹.

É importante destacar o caso do crime de genocídio, que possui intensa divergência doutrinária e jurisprudencial. Para doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci³⁰ e Walfredo Cunha Campos³¹, o genocídio seria caso de crime doloso contra a vida, pois, em muita das situações, não passa de um homicídio coletivo, visando atingir um determinado grupo. No entanto, o STF, ao analisar a questão no caso chamado de “massacre de Haximu”, em que índios foram assassinados por garimpeiros, a corte superior brasileira³² assim entendeu:

O STF firmou posição de se tratar de competência da Justiça Federal singular, ainda que envolva a morte de membros do grupo, vale dizer, não de seguir a julgamento pelo Júri. Somente se poderia encaminhar o caso ao Tribunal Popular, se houvesse conexão com delitos dolosos contra a vida desconectados do genocídio.

No entanto, data máxima vênua ao STF, o presente trabalho se filia ao pensamento dos autores supramencionados, no sentido de que o genocídio seria um delito de competência do Tribunal do Júri.

Ademais, é importante analisar que a competência do Tribunal Popular deve ser estabelecida tendo em vista o dolo do agente. Por esta razão que o crime de latrocínio (art. 157, §3º (*in fine*) do CP) é de competência do juiz singular.

Esta questão foi pacificada com a edição da Súmula 603 do STF que diz que “A competência para o processo e julgamento do latrocínio é do Juiz singular e não do Tribunal do Júri”.

Por fim, resta observar que a competência do Júri não tem caráter absoluto, admitindo exceções, como no caso em que se verifica a hipótese de prerrogativa de foro ou foro

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.37.

³⁰ Idem, p.39.

³¹ CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: Teoria e Prática**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p.10.

³² BRASIL, STF, RE 351.487-RR, Pleno, rel. Cezar Peluso, 3 de agosto de 2006, m.v., Informativo 434. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo434.htm>. Acesso em 31/5/16, às 11hrs.

privilegiado. Logo, por exemplo, se o Presidente da República pratica crime doloso contra a vida, ele não será julgado pelo Tribunal Popular, mas sim pelo Supremo Tribunal Federal, como determina o art. 102, inciso I, alínea “b”, da CRFB/88. Neste mesmo sentido, se um governador de estado se encontra nesta situação, será julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, com fulcro no art. 105, inciso I, alínea “a”, da CRFB/88³³.

2.2 Breve introdução sobre o procedimento do Júri

O procedimento para julgamento dos crimes dolosos contra a vida é um procedimento especial, que foge à regra geral. Essa especialidade se dá por se tratar de um procedimento escalonado, isto é, bifásico, contendo duas etapas bem distintas.

A primeira fase, também chamada de *judicium accusatione*, juízo de admissibilidade, sumário da culpa ou juízo da acusação é uma verdadeira fase de filtro³⁴, visto que é neste momento processual que o juiz irá analisar as provas carreadas nos autos, sobretudo a prova da materialidade e os indícios de autoria, e deverá proferir uma sentença, decidindo se o caso será levado ao Plenário do Júri, ou seguirá outro caminho. Somente na primeira hipótese é que o feito prosseguirá para a segunda fase. Esta fase será melhor discorrida nas próximas linhas.

A segunda fase, por sua vez, também chamada de *judicium causae* ou juízo de mérito, só ocorre quando há a pronúncia do acusado, ou seja, quando há um juízo de admissibilidade positivo da exordial acusatória. Nesta fase, cabem aos jurados a análise do mérito e o conseqüente julgamento do feito.

2.2.1 Primeira fase do procedimento – *judicium accusatione*

Esta primeira fase do procedimento do Júri se aproxima bastante do procedimento comum ordinário, sendo inaugurada por uma denúncia/queixa subsidiária, que, sendo recebida, deverá o acusado ser citado para que apresente defesa prévia, no prazo de 10 dias.

³³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal: Doutrina e Prática**. Salvador: Editora JusPodim, 2008, p. 150.

³⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª Ed. Bahia: Editora JusPodim, 2015, p.830.

Em sua defesa o denunciado poderá arrolar até 8 testemunhas, podendo, nesta oportunidade, arguir preliminares, oferecer documentos e justificações (art. 406, CPP)³⁵.

Ressalta-se que não sendo o acusado encontrado proceder-se-á a citação editalícia e, não havendo êxito, o processo deverá ficar suspenso, conforme dita o art. 366 do CPP.

Na hipótese da defesa prévia ser apresentada, em respeito ao princípio do contraditório, deve-se abrir vista para o Ministério Público a fim de que o seu representante se manifeste sobre preliminares e eventuais documentos.

Finda esta fase inicial, dá-se início à instrução do processo, com marcação de audiência. Nesta audiência testemunhas serão inquiridas e, se necessário, será determinado a realização de diligências requeridas pelas partes (art. 410, CPP)³⁶.

Serão ouvidas as vítimas (se for possível), as testemunhas de acusação, as de defesa, os peritos, serão realizadas eventuais acareações e, por fim, haverá o interrogatório do réu.

Em virtude do princípio da concentração dos atos processuais e da celeridade, a regra é que a audiência seja una (art. 411, §2º, do CPP), no entanto, nada impede que em caso de necessidade o juiz a desmembre.

Assim, encerrada a instrução, parte-se para o momento das alegações finais orais, sendo concedidos 20 minutos a cada parte, prorrogáveis por mais 10 minutos, para que exponham seus argumentos. Tais alegações poderão ser feitas na forma de memoriais, diante da complexidade do feito e a requerimento das partes³⁷.

O magistrado, então, proferirá sua decisão imediatamente ou no prazo de 10 dias, caso vislumbre necessidade (art. 411, §9º, do CPP), ordenando que os autos lhe sejam conclusos.

O desfecho da primeira fase do procedimento do Júri se dá com a prolação da decisão do juiz, oportunidade esta em que ele poderá adotar 4 posturas: 1) pronunciar o acusado; 2) impronunciá-lo; 3) absolve-lo sumariamente; 4) desclassificar o crime doloso contra a vida para outro que não seja da competência do Júri³⁸.

³⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª Ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2015, p.830.

³⁶ Idem, p.831.

³⁷ Idem, p.832.

³⁸ Idem, p.832.

Caso a opção do juiz seja de pronunciar o denunciado, estando preclusa a decisão por ausência de recurso ou por confirmação da sentença pelo tribunal, dar-se-á início a segunda fase do procedimento.

Nas demais hipóteses, encurta-se o rito, não sendo o feito levado a julgamento popular³⁹.

³⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª Ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2015, p.832.

3 A DECISÃO DE PRONÚNCIA E OS REFLEXOS SOBRE SUA MOTIVAÇÃO

3.1 A pronúncia e sua natureza jurídica

Após o breve discurso feito acima sobre a primeira fase do procedimento do júri é possível observar que a pronúncia caracteriza-se por ser a única decisão apta a enviar o réu para o julgamento perante o Conselho de Sentença, uma vez que ela é a responsável por admitir a viabilidade da acusação formulada.

Nesta toada, estando preclusa a pronúncia, se finda a fase processual de formação da culpa, inaugurando-se a avaliação do mérito da ação penal, denominada de “juízo da culpa”, momento em que os jurados serão os juízes competentes para decidir a causa.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal⁴⁰, ao debater sobre este assunto, assim se pronunciou:

A sentença de pronúncia constitui ato decisório de natureza meramente interlocutória. O pronunciamento jurisdicional que nela se consubstancia deixa de operar os efeitos peculiares à coisa julgada material. A sentença de pronúncia – ao veicular um juízo positivo de admissibilidade de imputação penal deduzida pelo Ministério Público – gera efeitos de índole meramente processual, vinculando o magistrado prolator ao conteúdo que dela emerge, em ordem a caracterizar, e sempre no que concerne à autoridade judiciária pronunciante, uma hipótese de preclusão pro judicata.

Assim, analisando a posição tomada pela decisão de pronúncia, tem-se que ela é um marco delimitatório entre as duas fases do processo, caracterizando-se como verdadeira decisão interlocutória mista não terminativa⁴¹, que encerra a primeira fase do processo sem condenar ou absolver o acusado, admitindo, tão somente, a acusação.

⁴⁰ BRASIL. STF. Habeas Corpus 69944. Paciente: Ademir do Santos Modesto. Impetrante: Oswaldo Stefani. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 de agosto de 1993. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72096> . Acesso em 20/5/2016, às 18hrs.

⁴¹ CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: Teoria e Prática**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p.60.

3.2 Principais requisitos da pronúncia

O Código de Processo Penal Brasileiro dispõe em seu art. 413 sobre a decisão de pronúncia, estabelecendo alguns requisitos a serem cumpridos. Observe-se:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

§2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

§3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Inicialmente, depreende-se a necessidade da prova da existência do crime, ou seja, a comprovação da materialidade delitiva. Sem embargos, tem-se que a lei quis preservar o dispositivo legal que determina a realização de exame de corpo de delito naqueles crimes que deixam vestígios (não transeuntes – art. 150 do CPP). Logo, no caso dos crimes contra a vida, é necessário um juízo de certeza da ocorrência do delito, que pode ser feito através da realização de exame necroscópico – sendo crime consumado – ou de auto de corpo de delito de lesões corporais – quando se tratar de tentativa cruenta⁴².

Diante da efetiva impossibilidade de realização de tais laudos há a possibilidade de supri-los mediante a confecção de exame de corpo de delito indireto, que será feito através da colheita da prova testemunhal ou de qualquer outra capaz de fornecer dados para elaboração do laudo.

No entanto, cabe ressaltar que se a prova da materialidade não for realizada quando notória a possibilidade de produzi-la, a pronúncia torna-se juridicamente impossível, impondo-se ao magistrado a prolação de decisão de impronúncia.

⁴² CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: Teoria e Prática**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p.61.

Ademais, outro requisito importantíssimo é a presença de indícios suficientes de autoria. Percebe-se que pela própria gramática aplicada, neste requisito não se exige a prova inequívoca/cabal, mas tanto somente a prova indiciária⁴³.

Assim, se pelo conjunto probatório carreado nos autos tem-se fortes indícios de que aquele acusado é o autor do delito que se apura, imperiosa a sua pronúncia, devendo os julgadores naturais da causa (jurados) decidir pela autoria.

Sobre este tema, o autor Walfredo Cunha Campos, em sua obra sobre o Tribunal do Júri⁴⁴, assim defende:

Não basta, para a pronúncia, ser possível a autoria – no sentido de poder ser determinada pessoa o autor do crime; deve haver um *plus*, a autoria deve ser provável, enriquecida a mera possibilidade com provas convincentes da prática da conduta criminosa por determinada pessoa.

Assim, tem-se, claramente, que, não obstante não se exigir a prova plena sobre a autoria delitiva, indícios temerários não serão capazes de embasar uma decisão de pronúncia.

Na análise dos requisitos necessários a prolação da decisão de pronúncia, um ponto importante a ser discutido refere-se à questão da dúvida. Diferentemente do princípio do *in dubio pro reo*, largamente utilizado na dogmática processual penal, no âmbito do procedimento do Júri o princípio aplicado é o do *in dubio pro societate*.

Desta forma, se na fase do *judicium accusatione* houver dúvida quanto aos requisitos ensejadores da decisão de pronúncia, a dúvida deve-se dar em benefício da sociedade, ou seja, diante de um quadro duvidoso ou incerto o magistrado deve pronunciar o acusado a fim de que o Tribunal do Júri, juízo natural da causa, decida⁴⁵.

A posição dominante do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶ é de que “Para a pronúncia basta o mero juízo de suspeita, vigorando, nessa fase, o provérbio do *in dubio pro societate* e não o *in dubio pro reo*”.

⁴³ CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: Teoria e Prática**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p.62.

⁴⁴ Idem. p.63.

⁴⁵ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. **A pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri brasileiro**. 2009. 562f. Dissertação (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 461.

⁴⁶ BRASIL. STJ. REsp 110.697-GO, 6ª Turma. Recorrente: Max Ricardo Rodrigues Tosta. Recorrido: Ministério Público de Goiás. Relator: Min. Anselmo Santiago. Brasília, 20 de abril de 1998. Disponível em

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁴⁷ corrobora com este entendimento, conforme se observa:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO – CRIMES CONEXOS – LESOES CORPORAIS – AMEAÇA – PRELIMINAR DE NULIDADE – AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO EM RELAÇÃO AOS DELITOS CONEXOS – IMPROCEDÊNCIA – MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DAS VÍTIMAS – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – ELEMENTOS BASTANTES PARA A PRONÚNCIA – QUALIFICADORAS – PLAUSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA.

[...] – A decisão de pronúncia exige somente a certeza da materialidade e indícios suficientes de autoria. **Nesta fase, vigora o princípio do in dubio pro societate; a dúvida havida quanto aos fatos não beneficia o acusado, devendo ser dirimida pelo Tribunal do Júri, juízo constitucional dos crimes dolosos contra a vida.** (grifos não autênticos)

Por derradeiro, tem-se como outro principal requisito o da fundamentação da decisão de pronúncia.

Como amplamente tratado no capítulo 1 do presente trabalho, todas as decisões judiciais devem se motivadas, sob pena de infringirem dispositivo constitucional e serem declaradas nulas (art. 93, IX, CRFB/88).

No contexto da decisão de pronúncia também não seria diferente, no entanto, este tipo de decisão possui algumas peculiaridades acerca de sua fundamentação, que serão tratadas em tópico próprio a seguir.

3.3 A fundamentação da decisão de pronúncia

A decisão judicial, sob uma perspectiva geral, possui notórios reflexos que demonstram a carga ideológica da mensagem transmitida através do ato decisório, de forma que o convencimento do magistrado é obtido a partir da submissão do fato em análise ao

https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600651574&dt_publicacao=20-04-1998&cod_tipo_documento=1&formato=PDF . Acesso em 20/5/2016, às 18hrs.

⁴⁷ BRASIL. TJMG. Rec em sentido estrito 1.0522.15.000006-8/001, Relator Des. Cássio Salomé, 7ª Câmara Criminal. Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2015. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0522.15.000006-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> . Acesso em 25/6/2016, às 10hrs.

comando imperativo da lei, autorizando, assim, que ele adote determinado posicionamento, tornando a sua decisão lícita e legítima⁴⁸.

Nesta toada, encerrada a instrução processual, o juiz analisará as provas colhidas a fim de verificar se os requisitos essenciais de uma decisão de pronúncia foram preenchidos, de forma que ele possa prolatar a decisão.

Ocorre que, ao fundamentar a pronúncia, o juiz deve tomar o máximo de cautela, a fim de não adentrar no mérito da causa. Isto se dá devido à sistemática processual adotada no procedimento do Júri, já que a competência de conhecer o mérito pertence aos jurados, e não ao juiz de direito togado.

Nesta decisão tipicamente processual, não cabe ao juiz realizar uma cognição exauriente a respeito dos temas de fato e de direito discutidos na causa. Caso assim incorresse, ele estaria invadindo a competência do juiz constitucional, qual seja, o Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVII, alínea “d”, da CRFB/88)⁴⁹.

Portanto, ao juiz togado, recai a competência sobre a análise da admissibilidade da pretensão acusatória, sendo certo que se a admitir, estará submetendo o acusado ao julgamento popular. Esta decisão, portanto, trata-se de uma decisão com cognição sumária que busca, tão somente, analisar os pressupostos que o legislador estabeleceu para que a acusação possa ser deduzida em Plenário do Júri.

Nas palavras do doutrinador Antônio Magalhães Gomes Filho⁵⁰:

Na técnica do processo, denomina-se *sumária* a cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical; por meio dela, o juiz analisa as questões de fato e de direito sem o objetivo de chegar a uma solução definitiva para o conflito de interesses – que exigiria uma cognição *plena* e *exauriente* –, mas busca simplesmente um juízo de *probabilidade* ou *verossimilhança* cuja intensidade deve ser adequada ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito discutido, à espécie dos fatos afirmados, enfim, à especificidade do caso concreto.

Neste viés, tem-se que a decisão de pronúncia se destaca como sendo uma verdadeira garantia de inocência do cidadão contra acusações infundadas ou temerárias, corroborando,

⁴⁸ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. **A pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri brasileiro**. 2009. 562f. Dissertação (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p.337.

⁴⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2013, p.192.

⁵⁰ Idem. p.193.

ainda mais, com os princípios norteadores do Tribunal do Júri, tratados no capítulo 2 do presente trabalho.

A fundamentação, portanto, é requisito imprescindível que decorre não só da genérica previsão constitucional (art. 93, IX, da CRFB/88), mas também do próprio texto normativo da lei processual penal disposto no art. 403 (“O juiz, fundamentalmente, pronunciará...”).

Neste diapasão, insurge a questão sobre o que poderia ser analisado perante a decisão fundamentada do magistrado, como o caso das qualificadoras, das causas de diminuição de pena, circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como do concurso de crimes.

3.3.1 As qualificadoras

Sobre as qualificadoras, é permitido que o juiz faça uma análise sobre sua procedibilidade, devendo sempre expor os motivos pelos quais as aceitou ou as rejeitou.

O Superior Tribunal de Justiça⁵¹, a respeito das qualificadoras, decidiu da seguinte maneira em julgamento de Habeas Corpus:

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. QUALIFICADORAS. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. EXCESSO DE PRAZO NA CUSTÓDIA DO PACIENTE. SOLTURA DETERMINADA. ORDEM CONCEDIDA. ART. 30 DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÕES PREJUDICADAS.

I . Não obstante o entendimento reiterado desta Corte no sentido de que as qualificadoras só podem ser excluídas da sentença de pronúncia quando absolutamente improcedentes, de forma incontroversa, o Magistrado de 1º grau deve decidir de forma fundamentada, também, no tocante à admissibilidade das qualificadoras, caso se convença da presença de indícios de sua existência I I . O simples juízo de admissibilidade das qualificadoras não supre a necessidade de fundamentação concreta, ainda que sucinta e objetiva, por parte do Julgador monocrático. I I I . Precedentes desta Corte e do STF. IV. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como reformada a pronúncia, tão-somente na parte relativa à admissibilidade das qualificadoras do crime de homicídio cuja prática foi imputada, em tese, ao paciente, a fim de que o Julgador monocrático proceda à adequada e concreta fundamentação para incluí-las ou afastá-las, determinando-se a expedição de alvará de soltura em favor do réu, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Magistrado de 1º grau, se por outro motivo não estiver preso, em razão do excesso de prazo na custódia. V.

⁵¹ BRASIL. STJ. Habeas Corpus 62.846 - PI (2006/0154376-2). Paciente: Francisco Domingos de Sousa. Impetrante: Hélder Câmara Cruz Lustosa. Relator: Ministro Gilson DIPP. Brasília, 10 de outubro de 2006. Disponível em http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2686606&num_registro=200601543762&data=20061030&tipo=5&formato=PDF .Acesso em 25 de junho de 2015, às 10hrs.

Restam prejudicadas as demais alegações da impetração. VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (grifos não autênticos).

Filiando-se a este entendimento, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais sumulou este assunto no enunciado de nº 64⁵², que diz o seguinte: Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase da pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes.

Dessarte, pacífico é o entendimento da necessidade de fundamentação, sendo certo que cabe aos jurados a sua análise, quando não forem manifestamente improcedentes.

3.3.2 Causas de diminuição, concurso de crimes, agravantes e atenuantes

No que tange às agravantes, atenuantes e ao concurso de crimes, é entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência no sentido de que eles não devem ser analisados na perspectiva de decisão de pronúncia, vez que integram a dosimetria da pena, sendo, portanto, disciplinados em outro momento processual.

Já com relação às causas de diminuição, o art. 7º da Lei de introdução do Código de Processo Penal Brasileiro veda o seu reconhecimento. *In verbis*: O juiz da pronúncia, ao classificar o crime, consumado ou tentado, não poderá reconhecer a existência de causa especial de diminuição de pena.

Ademais, corroborando com o exposto, seguem ementas e trechos de julgados neste sentido:

PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. PRONÚNCIA. INCLUSÃO DE CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 7º DO DECRETO-LEI 3.931/41. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A sentença de pronúncia, à luz do disposto nos arts. 408, caput e § 1º, e 416 do CPP, deve, sob pena de nulidade, cingir-se, motivadamente, à materialidade e aos indícios de autoria, bem como à especificação das circunstâncias qualificadoras, visto se tratar de mero juízo de admissibilidade da acusação. 2. Por conseguinte, é vedado ao juiz, nesse momento processual, bem como ao Tribunal, em grau de recurso, emitir juízo de valor (ou pronunciar-se) acerca de circunstâncias do crime, tais como agravantes e atenuantes. 3. **"O juiz da pronúncia, ao classificar o crime, consumado ou tentado, não poderá reconhecer a existência de causa especial de diminuição**

⁵² Enunciado 64, TJMG. Disponível em http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/arquivos/sumulas/Enunciados_Sumula_Grupo_Camaras_Criminais.pdf. Acesso em 20 de junho de 2016, às 18hrs.

da pena" (art. 7º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal). 4. Recurso especial conhecido e provido.⁵³ – grifos não autênticos.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA OUTRO DELITO, DE COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR - INVIABILIDADE - INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE - OBSERVÂNCIA AO ART. 413, §1º, DO CPP - CRIME CONEXO, TIPIFICADO NO ART. 28 DA LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE PRONÚNCIA - RECONHECIMENTO DO CONCURSO MATERIAL - DESCABIMENTO NA FASE DE INSTRUÇÃO PRELIMINAR - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Não se admite a desclassificação do crime de competência do Júri, na fase de pronúncia, se presente prova indiciária de que o sujeito ativo agiu com animus necandi, reservando-se aos jurados o exame minucioso do elemento subjetivo. - Uma vez pronunciado o réu pelo delito de competência do Júri (tentativa de homicídio), não pode o magistrado, via de regra, manifestar-se sobre a procedência ou não do crime conexo. - Verificada a presença de delitos conexos em relação ao crime doloso contra a vida, a competência para apreciação e julgamento é do Tribunal do Júri. - **A aplicação do concurso material de delitos é matéria atinente à fixação da pena, razão pela qual não deve ser considerada em sede de pronúncia.**⁵⁴ – grifos não autênticos.

E pacífico nesta C. Corte o entendimento de que **a parte classificatória da sentença de pronúncia deve prever apenas o dispositivo legal em que o acusado foi denunciado, omitindo outras referências, entre elas circunstâncias agravantes ou atenuantes, conforme ditame do artigo 408, § Io do CPP.** (Relator(a): Marcos Zanuzzi; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Data de registro: 28/09/2007; Outros números: 11068223700)⁵⁵ – grifos não autênticos.

Portanto, não cabe ao juiz prolator da pronúncia a análise de questões referentes à atenuantes, agravantes, causas de diminuição de pena, bem como concurso de crimes. Por se tratarem de institutos próprios da dosimetria penal, serão analisados quando proferida a decisão final.

⁵³ BRASIL. STJ. REsp 896.948/CE. Recorrente: Ministério Público do Ceará. Recorrido: Almiros Maciel Torres Sandre. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma. Brasília, 21 de outubro de 2008. Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4394889&num_registro=200602266618&data=20081124&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 25 de junho de 2015, às 13hrs.

⁵⁴ BRASIL. TJMG. Rec em sentido estrito 1.0024.11.116703-7/001. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Bruno Adriano Mirtes Bernardino. Relator: Min. Hebert Carneiro. 5ª Câmara Criminal. Belo Horizonte, 25 de julho de 2012. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=10&totalLinhas=46&paginaNumero=10&linhasPorPagina=1&palavras=concurso%20material%20pron%20Fancia%20imp%20ossibilidade&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 26 de junho de 2015, às 15hrs.

⁵⁵ BRASIL. TJSP. Rec em sentido estrito 1.106.822.3/7. Recorrente: José Nivaldo da Silva. Recorrida: Justiça Pública. Relator: Min. Marcos Zanuzzi. 5ª Câmara Criminal. São Paulo, 20 de setembro de 2007. Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1470726&cdForo=0&v1Captcha=CPpEW>. Acesso em 26 de junho de 2015, às 13hrs.

3.4 A natureza garantista da fundamentação da pronúncia

Para que sejam concretizadas, as normas de direito não devem ser entendidas sob o ponto de vista meramente formal, mas sim como o instrumento capaz de dar efetividade ao Direito. Assim, é através do garantismo que se busca impedir que o Estado descumpra a aplicação das garantias do indivíduo, sobretudo as fundamentais⁵⁶.

No contexto do procedimento do Júri, é através da pronúncia que o acusado tem o pleno conhecimento da acusação que lhe é imputada, tendo a possibilidade de conhecer os termos que ela deriva, bem como de impugná-la.

Ademais, é a pronúncia que garante à sociedade, macroscopicamente, e ao acusado, microscopicamente, a certeza de que o delito que se apura é, de fato, um crime contra a vida, de competência do Júri.

Evita-se, desta forma, que o denunciado seja enviado ao plenário por uma acusação temerária ou incerta, movimentando, inclusive, a máquina estatal de forma indevida. Garante-se ao acusado a ampla defesa antes mesmo que ele seja submetido a julgamento⁵⁷, dando maior efetividade, assim, ao princípio da plenitude da defesa.

Destarte, o garantismo busca vincular às finalidades perseguidas pelo Estado Democrático de Direito à atividade do magistrado, de maneira que os direitos dos indivíduos sejam asseguradas. É medida que se impõe ao magistrado, então, que ele profira sua decisão tendo em vista principalmente os princípios da imparcialidade, da publicidade, do contraditório, da ampla defesa, sempre buscando evitar que o seu livre convencimento se revista de arbítrio judicial.

3.5 Os excessos na fundamentação

Como tratado nas linhas cima, para que a decisão de pronúncia seja prolatada, alguns requisitos devem ser preenchidos, assim como esta decisão deve ser fundamentada.

⁵⁶ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. **A pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri brasileiro**. 2009. 562f. Dissertação (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p.432.

⁵⁷ *Idem*, p.334.

Ocorre que o cotidiano forense nos leva a perceber que muitos magistrados, ao proferir suas decisões de pronúncia, acabam por se exceder na utilização da linguagem empregada, de forma a adentrar no mérito da questão. Ao fazerem isto eles estão usurpando a competência constitucional dos jurados, motivo pelo qual esta prática deve ser rechaçada de plano.

Sabe-se que na pronúncia não se utiliza um raciocínio igual a uma sentença de mérito, logo, o magistrado deve, ao máximo, evitar quaisquer construções gramaticais que venham a sugerir um pré-julgamento do denunciado, imputando-lhe uma certeza de culpa. Logo, adjetivos pejorativos, termos injuriosos ou locuções com efeito discriminatório são altamente prejudiciais ao acusado e, certamente, farão com que a decisão seja anulada⁵⁸. Esta mesma cautela recai também sobre a análise do lastro probatório contido nos autos, no intuito de não se antecipar um juízo desfavorável ao réu.

O autor Hamilton da Cunha Iribure Júnior⁵⁹ traçou com muita propriedade a diferença entre a avaliação da prova feita pelo magistrado e a sua liberdade para motivar sua a decisão. Observe-se:

Importante frisar que o sistema de análise da prova adotado pelo processo penal brasileiro é o do livre convencimento motivado. Não se deve associar a liberdade que o magistrado tem para avaliar a prova – que é amplo na pronúncia – com a liberdade que tem para motivar a decisão judicial – que é restrita aos pressupostos legais na pronúncia.

Assim, o que se busca do juiz de direito não é a criação de uma linguagem especial para prolatar a decisão de pronúncia, mas tão somente que ele estabeleça um equilíbrio entre a obrigação legal de motivar e a moderação na hora de expressar seus fundamentos.

Esta preocupação sobre os excessos da pronúncia esta intimamente ligada na possibilidade de que a decisão excedida influencie os jurados no momento de seu julgamento.

O Código de Processo Penal brasileiro, em seu art. 472, parágrafo único, dispõe que após o juramento, cada jurado receberá uma cópia da pronúncia. Ora, o jurado, que em regra é pessoa leiga no assunto, ao receber uma cópia da pronúncia e esta estiver redigida

⁵⁸ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. **A pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri brasileiro**. 2009. 562f. Dissertação (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p.442.

⁵⁹ Idem, p.442.

com excesso de linguagem, de maneira a estabelecer um juízo prévio de condenação, certamente o influenciará.

Isto se dá, pois ao ver que a decisão foi proferida por um juiz de direito que, na teoria possui grande conhecimento jurídico, o jurado, mesmo que inconsciente, acredita que pela técnica do magistrado, a sua conclusão (no caso de que o réu é culpado) certamente é a correta, fazendo com que o jurado já passe a analisar o julgamento sob um olhar “contaminado”.

Desta maneira, o excesso de motivação da pronúncia além de infringir regra própria da decisão de pronúncia, acaba também por influir, indiretamente, na íntima convicção dos jurados. O julgamento, portanto, se torna viciado.

Os tribunais superiores brasileiros constantemente veem dirimindo questões deste tipo, sendo que as decisões proferidas tendem a reforçar ainda mais a ideia de uso comedido da palavra a fim de não influenciar os jurados. Observe-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO SIMPLES. MAGISTRADO APOSENTADO. SENTENÇA DE PRONÚCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. NULIDADE ABSOLUTA. VOTO MÉDIO PROFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA . DESENTRANHAMENTO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA: INVIABILIDADE. AFRONTA À SOBERANIA DO JÚRI. ORDEM CONCEDIDA. [...] 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o defeito de fundamentação na sentença de pronúncia gera nulidade absoluta, passível de anulação, sob pena de afronta ao princípio da soberania dos veredictos. Precedentes. 3. Depois de formado o Conselho de Sentença e realizada a exortação própria da solene liturgia do Tribunal do Júri, os jurados deverão receber cópias da pronúncia e do relatório do processo; permitindo-se a eles, inclusive, o manuseio dos autos do processo-crime e o pedido ao orador para que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada. **4. Nos termos do que assentado pelo Supremo Tribunal Federal, os Juízes e Tribunais devem submeter-se, quando pronunciam os réus, à dupla exigência de sobriedade e de comedimento no uso da linguagem, sob pena de ilegítima influência sobre o ânimo e a vontade dos membros integrantes do Conselho de Sentença; excede os limites de sua competência legal, o órgão judiciário que, descaracterizando a natureza da sentença de pronúncia, converte-a, de um mero juízo fundado de suspeita, em um inadmissível juízo de certeza.** Precedente. 5. A solução apresentada pelo voto médio do Superior Tribunal de Justiça representa não só um constrangimento ilegal imposto ao Paciente, mas também uma dupla afronta à soberania dos veredictos assegurada à instituição do júri, tanto por ofensa ao Código de Processo Penal, conforme se extrai do art. 472, alterado pela Lei n. 11.689/2008, quanto por contrariedade ao art. 5º, inc. XXXVIII, alínea “c”, Constituição da República. 6. Ordem concedida para anular

a sentença de pronúncia e os consecutivos atos processuais que ocorreram no processo principal.⁶⁰

É certo que na sentença de pronúncia o magistrado não pode proferir colocações incisivas e considerações pessoais em relação ao réu nem se manifestar de forma conclusiva ao acolher o libelo ou rechaçar tese da defesa a ponto de influenciar na valoração do Jurados, sob pena de subtrair do Júri o julgamento do litígio. Entretanto, o comedimento desejado não pode ser tamanho a ponto de impedir que o juiz não possa explicar seu convencimento quanto à existência de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria, sob pena inclusive de nulidade da pronúncia por ausência de fundamentação. (HC 50.270/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 550)⁶¹

Seguindo este entendimento, os tribunais de justiça dos estados brasileiros estão decidindo neste sentido:

PRONÚNCIA - Nulidade da sentença de pronúncia por falta de fundamentação - Inocorrência - A sentença de pronúncia não pode e não deve fazer apreciação subjetiva dos elementos probatórios coligidos, para não exercer influência no ânimo dos jurados - A decisão recorrida analisou a prova dos autos para rebater a tese da defesa, entendendo que a qualificadora mostrou-se admissível, remetendo sua apreciação para o Tribunal do Júri - Preliminar rejeitada. Afastamento da qualificadora do emprego de meio cruel - O quadro fático não é pacífico, de molde a permitir que a qualificadora seja afastada neste momento processual, reservado apenas ao juízo de admissibilidade da acusação. O tema deve ser deferido ao conselho de sentença, juízes de fato com competência constitucional para enfrentá-lo - Recurso desprovido.⁶²

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - TRIBUNAL DO JÚRI - PRONÚNCIA - PRELIMINARES DE NULIDADE - REJEIÇÃO - DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - FUNDAMENTAÇÃO SATISFATÓRIA - NULIDADE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA POR EXCESSO DE LINGUAGEM - INOCORRÊNCIA- CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E TENTATIVA DE ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO - IMPRONÚNCIA - DESCABIMENTO - PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA - DESCLASSIFICAÇÃO

⁶⁰ BRASIL. STF. HC 103037/PR. Paciente: Luiz Setembrino Von Holleben. Impetrante: René Dotti e outros. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 22 de março de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623571>. Acesso em 26 de junho de 2015, às 20hrs.

⁶¹ BRASIL. STJ. HC 50.270/RS. Paciente: Éderson Joizel da Silva Albeche. Impetrante: Jorge Gladistone Pozzobom. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 14 de junho de 2007. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3153852&num_registro=200501946114&data=20070806&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 26 de junho de 2015, às 20hrs.

⁶² BRASIL. TJSP. Rec em sentido estrito 9158197-85.2009.8.26.0000. Recorrente: Júnior Rosa dos Santos. Recorrido: Ministério Público. Relator: Min. Ericson Maranhão. 6ª Câmara Criminal. São Paulo, 29 de setembro de 2010. Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1470726&cdForo=0&v1Captcha=CPpEW>. Acesso em 26 de junho de 2015, às 18hrs.

PARA O DELITO DE LESÃO CORPORAL - IMPOSSIBILIDADE - ANIMUS NECANDI EVIDENCIADO - 1. A fundamentação sucinta da decisão de pronúncia não importa nulidade, sobretudo porque, como é sabido, a pronúncia deve mesmo ser concisa, de tal sorte que não interfira no ânimo dos Jurados. 2. Constatado que a decisão de pronúncia não padece de excesso de fundamentação, tão pouco contém linguagem inadequada, capaz de, futuramente, influenciar os Jurados, não há que se falar em decretação de sua nulidade. 3. Demonstrada nos autos a prova da materialidade dos crimes e a existência de suficientes indícios de autoria em desfavor do acusado, não restando evidenciada, por outro lado, a ausência de animus necandi, de rigor a manutenção da decisão de pronúncia, ficando o exame mais acurado do conjunto probatório a cargo do Conselho de Sentença.⁶³

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRELIMINARES. NULIDADE DO PROCESSO. INOCORRÊNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. INOCORRÊNCIA. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. PRESENÇA. PRONÚNCIA MANTIDA. Não há falar-se em nulidade do processo, por cerceamento do direito de defesa, pelo indeferimento de oitiva de testemunhas, diga-se de passagem, sequer arroladas pelo causídico. Da simples leitura da r. sentença de pronúncia, depreende-se que a decisão respeitou a isenção exigida nesta seara, para que não haja interferência no julgamento dos jurados. De mais a mais, cediço que durante os debates em plenário, as partes não poderão fazer referências à decisão de pronúncia, sob pena de nulidade, nos termos do art. 478, I, do CPP. Mérito. A sentença de pronúncia deve ater-se à análise da materialidade e indícios suficientes de autoria, presentes estes, impõe-se a sua manutenção nos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal. No caso em questão, a materialidade restou devidamente comprovada. No que se refere à autoria, constato estarem presentes provas indiciárias suficientes para manter a decisão de pronúncia. Ainda que a negativa do acusado guarde alguma coerência, tem-se que as declarações das vítimas, demonstram exatamente o contrário. Com efeito, os ofendidos foram unânimes em apontar o acusado como o autor dos disparos que, por pouco, não ceifaram suas vidas. Deste modo, existem nos autos elementos suficientes capazes de gerar intensa dúvida em relação à autoria do fato e que dão sustentação à decisão de pronúncia, que consiste em mero juízo provisório de admissibilidade da acusação para que o réu seja submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri. RECURSO NÃO PROVIDO.⁶⁴

Portanto, pelo exposto, o juiz prolator da decisão deve sempre fundamentar suas decisões, conforme preza o art. 93, inciso IX, da CRFB/88 e o art. 413 do CPP, no entanto,

⁶³ BRASIL. TJMG. Rec em sentido estrito 1.0287.13.010580-5/001. Recorrente: Handerson Ricardo da Silvs. Recorrido: Ministério Público. Relator: Min. Eduardo Machado. 5^a Câmara Criminal. Belo Horizonte, 10 de maio de 2016. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=105&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=excesso%20de%20linguagem%20pronuncia%20jurados&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 26 de junho de 2015, às 19hrs.

⁶⁴ BRASIL. TJRJ. Rec em sentido estrito 0054663-63.2015.8.19.0002. Recorrente: Rosinei Pereira da Silva. Recorrido: Ministério Público. Relator: Min. Joaquim Domingos de Almeida Neto. 7^a Câmara Criminal. Rio de Janeiro, 7 de junho de 2016. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049B73ED57A339E5E818F5575B7E66813BC50513176333&USER=>. Acesso em 26 de junho de 2015, às 19hrs.

devendo fazê-la com o máximo de cautela a fim de não se exceder na linguagem e acabar por revestir a decisão de verdadeiro juízo de acusação e, conseqüentemente, influenciar a íntima convicção dos jurados.

CONCLUSÃO

É a partir da de decisão de pronúncia proferida pelo magistrado que ocorre o encerramento da primeira fase do processo, bem como a admissibilidade da acusação, submetendo o denunciado ao Tribunal Popular.

Assim, pela importância que recai sobre este tipo de decisão, alguns requisitos devem ser preenchidos, sob pena de ela ser declarada nula.

Como discorrido no presente trabalho, estes requisitos são: prova da materialidade, indícios de autoria e fundamentação da decisão. Estando ausentes alguns destes, certamente a decisão proferida será de impronúncia ou absolvição sumária.

Ocorre que o requisito referente à fundamentação da decisão dá azo à alguns deslindes no meio processual, já que comumente se observa um excesso de linguagem, extremamente prejudicial ao réu e com grande carga de influência nas decisões dos jurados.

Genericamente, a CRFB/88 impõe em seu art. 93, IX, a necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais, sendo certo que somada à esta regra, tem-se a norma prevista no art. 413 do CPP dispondo que o magistrado, fundamentalmente, pronunciará o acusado preenchidos os requisitos. No entanto, o §1º do próprio artigo traz uma ressalva, informando que o juiz se limitará a indicar a materialidade do fato e os indícios de autoria.

É exatamente nesta questão que muitos magistrados acabam por subvertem a ordem legal, expondo demasiadamente sua convicção e adentrando no mérito da causa. Esta prática, no entanto, é manifestamente ilegal e deve ser rechaçada.

Como falado acima, existem diversas conseqüências após a pronúncia do acusado, de forma que ela desempenha um importante papel na sistemática do procedimento do Júri. O magistrado, ao adentrar no mérito da causa, além de usurpar a competência constitucional dos jurados, tende a infringir um dos mais nobres princípios deste procedimento: o do julgamento segundo a íntima convicção dos jurados.

Como o próprio rito determina, após o juramento oficial, aos jurados deve ser entregue uma cópia da pronúncia (art. 472, parágrafo único, do CPP). Nesta toada, a crítica que se traz recai sobre o grau de valoração que os juízes naturais da causa eventualmente poderão ter ao ler a decisão com excesso de motivação proferida pelo magistrado.

Ora, os jurados que, em tese, são leigos no assunto, ao ler uma decisão de pronúncia revestida de verdadeiro pré-julgamento proferida por um juiz de direito, se sentem tendenciosos a seguir sua linha de raciocínio, condenando, portanto, o denunciado. Percebe-se claramente a afronta a outro importante princípio, o da plenitude da defesa.

Corroborando com esta linha de raciocínio, o autor Antônio Magalhães Gomes Filho⁶⁵, assim entende:

[...] ao contrário do que normalmente sucede em relação às decisões de mérito, nas quais se espera que o juiz exponha clara e amplamente as razões de seu convencimento, aqui o que importa é a concisão, a economia das palavras, tudo no sentido de assegurar a pureza da manifestação do juiz natural da causa, que é o tribunal do júri.

Desta forma, em prol de um julgamento imparcial, longe de qualquer ingerência externa, o magistrado deve sempre buscar proferir suas decisões de pronúncia com muita cautela, de forma a, tão somente, admitir a acusação. Para tanto, mister o uso de termos comedidos, sóbrios e não discriminatórios.

Atuando desta maneira, o magistrado estará exercendo sua função de maneira correta e garantindo ao acusado um julgamento justo, segundo os ditames legais.

⁶⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Excesso de motivação da pronúncia e modelo acusatório. **Revista IBCCRIM**. Número 19, p. 303-310. 1997.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSANELLI JÚNIOR, Ângelo. **O tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, **Temas de Direito Processual** – segunda série, Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC **50.270/RS**. Paciente: Éderson Joizel da Silva Albeche. Impetrante: Jorge Gladistone Pozzobom. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 14 de junho de 2007. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3153852&num_registro=200501946114&data=20070806&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 26 de junho de 2015, às 20hrs.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus **62.846** - PI (2006/0154376-2). Paciente: Francisco Domingos de Sousa. Impetrante: Hélder Câmara Cruz Lustosa. Relator: Ministro Gilson DIPP. Brasília, 10 de outubro de 2006. Disponível em http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2686606&num_registro=200601543762&data=20061030&ttipo=5&formato=PDF. Acesso em 25 de junho de 2015, às 10hrs.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp **896.948/CE**. Recorrente: Ministério Público do Ceará. Recorrido: Almiros Maciel Torres Sandre. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma. Brasília, 21 de outubro de 2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4394889&num_registro=200602266618&data=20081124&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 25 de junho de 2015, às 13hrs.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp **110.697-GO**, 6ª Turma. Recorrente: Max Ricardo Rodrigues Tosta. Recorrido: Ministério Público de Goiás. Relator: Min. Anselmo Santiago. Brasília, 20 de abril de 1998. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600651574&dt_publicacao=20-04-1998&cod_tipo_documento=1&formato=PDF. Acesso em 20/5/2016, às 18hrs.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **69944**. Paciente: Ademir do Santos Modesto. Impetrante: Oswaldo Stefani. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 de agosto de 1993. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72096> . Acesso em 20/5/2016, às 18hrs.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC **103037/PR**. Paciente: Luiz Setembrino Von Holleben. Impetrante: René Dotti e outros. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 22 de março de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623571>. Acesso em 26 de junho de 2015, às 20hrs.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **113627**. Paciente: Jurandir Alves da Silva. Impetrante: Eliseu Minichillo de Araújo e outros. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, 2 de abril de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28soberania+dos+vereditos%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kl4ppnk>. Acesso em 30/5/2016, às 10hrs.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **122320**. Paciente: Marcus Vinicius da Silva Desimone. Impetrante: José Carlos Tórtima e outros. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 24 de março de 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28soberania+dos+vereditos%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kl4ppnk>. Acesso em 30/5/2016, às 10hrs.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus **642861**. Paciente: Fernando José da Silva. Impetrante: Jason Barbosa de Faria. Relator: Ministro Sidney Sanches. Brasília, 14 de outubro de 1986. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=69061>. Acesso em 26/5/2016, às 9hrs.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE **351.487-RR**, Pleno, rel. Cezar Peluso, 3 de agosto de 2006, m.v., Informativo 434. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo434.htm>. Acesso em 31/5/16, às 11hrs.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal **1.0155.03.004411-1/002**. Apelante: Maria Aparecida Pinto da Silva. Apelado: Ministério Público Estado de Minas Gerais. Relatora: Desembargadora Jane Silva. Belo Horizonte, 2 de maio de 2006. Disponível em http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=0392FBF6868631EF84547A1FE97D88DE.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0155.03.004411-1%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 23/5/2016, às 17hrs.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rec em sentido estrito **1.0024.11.116703-7/001**. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Bruno Adriano Mirtes Bernardino. Relator: Min. Hebert Carneiro. 5ª Câmara Criminal. Belo Horizonte, 25 de julho de 2012. Disponível em

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=10&totalLinhas=46&paginaNumero=10&linhasPorPagina=1&palavras=concurso%20material%20pron%Fancia%20impossibilidade&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&> . Acesso em 26 de junho de 2015, às 15hrs.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rec em sentido estrito **1.0287.13.010580-5/001**. Recorrente: Handerson Ricardo da Silvs. Recorrido: Ministério Público. Relator: Min. Eduardo Machado. 5^a Câmara Criminal. Belo Horizonte, 10 de maio de 2016. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=105&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=excesso%20de%20linguagem%20pronuncia%20jurados&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 26 de junho de 2015, às 19hrs.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rec em sentido estrito **1.0522.15.000006-8/001**, Relator Des. Cássio Salomé, 7^a Câmara Criminal. Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2015. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0522.15.000006-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> . Acesso em 25/6/2016, às 10hrs.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rec em sentido estrito **0054663-63.2015.8.19.0002**. Recorrente: Rosinei Pereira da Silva. Recorrido: Ministério Público. Relator: Min. Joaquim Domingos de Almeida Neto. 7^a Câmara Criminal. Rio de Janeiro, 7 de junho de 2016. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049B73ED57A339E5E818F5575B7E66813BC50513176333&USER=>. Acesso em 26 de junho de 2015, às 19hrs.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Rec em sentido estrito **1.106.822.3/7**. Recorrente: José Nivaldo da Silva. Recorrida: Justiça Pública. Relator: Min. Marcos Zanuzzi. 5^a Câmara Criminal. São Paulo, 20 de setembro de 2007. Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1470726&cdForo=0&vlCaptcha=CPpEW> . Acesso em 26 de junho de 2015, às 13hrs.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Rec em sentido estrito **9158197-85.2009.8.26.0000**. Recorrente: Júnior Rosa dos Santos. Recorrido: Ministério Público. Relator: Min. Ericson Maranhão. 6^a Câmara Criminal. São Paulo, 29 de setembro de 2010. Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1470726&cdForo=0&vlCaptcha=CPpEW> . Acesso em 26 de junho de 2015, às 18hrs.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri**, teoria e prática. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal: Doutrina e Prática**. Salvador: Editora JusPodim, 2008.

DIDIER JR, Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Coletânea do Curso de Especialização em Direito Processual Civil do Centro de Extensão Universitária (CEU), p.3. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial/>. Acesso em 10 de maio de 2016.

ENNIO, Amodio. **Motivazione...** apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2013.

Enunciado 64, TJMG. Disponível em http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/arquivos/sumulas/Enunciados_Sumula_Grupos_Cameras_Criminais.pdf . Acesso em 20 de junho de 2016, às 18hrs.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito**. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110/1092>. Acesso em 10 de maio de 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Excesso de motivação da pronúncia e modelo acusatório. **Revista IBCCRIM**. Número 19, p. 303-310. 1997

HARMS, Marisa (Org). **Vade Mecum acadêmico**. 12 ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **A motivação das decisões penais e a garantia do artigo 93, IX, da Constituição da República**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/download/1765/1462>. Acesso em 11 de maio de 2016.

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. **A pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri brasileiro**. 2009. 562f. Dissertação (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009,

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais.** Revista Ética e Filosofia Política, nº 15, v. 2, 2012.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **Motivação e discricionariedade: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial.** 2014.174f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

TARUFFO, Michele. La obligación... apud OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **Motivação e discricionariedade: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial.** 2014.174f. Tese (Mestrado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 10ª Ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2015.