

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 838

(Ano X)

(27/01/2018)

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



26/01/2018 Luiz Flávio Gomes

» [A modernidade já está acabando e ainda não chegamos nela.](#)

ARTIGOS

26/01/2018 Jurineu Alves Caires Segundo

» [Democracia, direito penal e sua relação com o estado democrático de direito](#)

26/01/2018 Valquíria Maria Novaes Menezes

» [A preservação da empresa como diretriz: breve revisão de literatura sobre a recuperação de empresas](#)

26/01/2018 Júlia Sória

» [Possibilidade de divulgação dos rendimentos de servidores públicos em sítios eletrônicos](#)

26/01/2018 André Luiz Prieto

» [Considerações sobre o Direito Agrário Brasileiro](#)

25/01/2018 Emerson Benedito Ferreira

» [De Cesare Lombroso a Sigmund Freud: Medicina, Criminologia e Justiça no Brasil Oitocentista](#)

25/01/2018 Carmelita Angelica Lacerda Brito de Oliveira

» [Principais inovações nas intervenções de terceiros no Novo CPC](#)

25/01/2018 Tamara de Santana Teixeira Buriti

» [A "pejotização" e a fraude ao regime de emprego](#)

25/01/2018 Rafael Dantas Carvalho de Mendonça

» [A quantificação da indenização na responsabilidade civil por perda de uma chance](#)

24/01/2018 Roberto Henrique Calú Ataíde Barboza

» [O conteúdo econômico da limitação administrativa como atividade normativa e regulatória da ordem constitucional econômica: superação da distinção entre intervenção dinâmica e intervenção estática](#)

24/01/2018 Tatiana Costa de Figueiredo Amormino

» [Inconstitucionalidade da Tarifação do Dano Moral Promovida pela Reforma Trabalhista](#)

24/01/2018 Sérgio Ricardo de Souza

» [Lawtechs e Liartechs](#)

24/01/2018 Emanuela Pilé de Barros Torres

» [Mandado de injunção em face da não edição do plano diretor: o direito fundamental a uma cidade ordenada e sustentável](#)

23/01/2018 Emanuela Pilé de Barros Torres

» [Caso VARIG: um estudo prático dos institutos da recuperação judicial e da falência](#)

23/01/2018 Ricardo Miranda Barbosa

» [Lei de Falência e Recuperação Judicial: Análise com base no caso do Grupo Agrenco \(Brasil\)](#)

23/01/2018 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [A propriedade industrial segundo a legislação brasileira](#)

23/01/2018 Tatiana Costa de Figueiredo Amormino

» [Dano moral coletivo e as alterações promovidas pela reforma trabalhista](#)

22/01/2018 Ricardo Miranda Barbosa

» [Celebração de negócios processuais atípicos com base no novo Código de Processo Civil: limites e possibilidades](#)

22/01/2018 Marília Costa Barbosa Fernandes

» [Incidente de Assunção de Competência: caracterização do instituto e sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça](#)

22/01/2018 Patrícia Borges de Oliveira

» [Impugnação ao cumprimento de sentença arbitral: aspectos sobre a limitação temporal do controle judicial de nulidade e procedimento - 4. Do prazo decadencial para o controle judicial de nulidade via](#)

22/01/2018 Tatiana Costa de Figueiredo Amormino

» [A atuação do Ministério Público do Trabalho \(MPT\) na defesa de direitos metaindividuais nas relações de trabalho](#)

MONOGRAFIA

22/01/2018 Paulo Alberto Bezerra de Queiroz Magalhães

» [O protagonismo dos sujeitos processuais na construção de uma fundamentação legítima das decisões judiciais à luz do Direito Processual Civil Contemporâneo](#)

A MODERNIDADE JÁ ESTÁ ACABANDO E AINDA NÃO CHEGAMOS NELA.

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

Há três tipos de países no mundo: (1) os que conheceram a modernidade e a estão perdendo (EUA, por exemplo), (2) os que nunca chegaram nela (Brasil, por exemplo) e os que (3) já atingiram a pós-modernidade do Estado democrático regido pelo capitalismo liberal distributivo (países escandinavos, por exemplo).

Os países ocidentais que ao menos discursivamente adotaram os pilares teóricos da modernidade (a começar pela primeira democracia moderna, a dos EUA) vêm revelando sinais inequívocos do seu desgaste. A insatisfação das populações é imensa.

As bases da modernidade, fundada na crença de que por meio da razão se pode atuar sobre a natureza e a sociedade, estão se corroendo (ver o livro de 1993, "O Fim da Democracia", de Jean-Marie Guéhenno, diplomata francês e professor da Universidade de Columbia, que foi citado por André Lara Resende, *Valor* 5/1/18).

Triste é saber que isso está ocorrendo sem que o Brasil tenha chegado a ela.

Os graves problemas fundacionais do Brasil (um país marcado pelas suas elites para morrer autofagicamente) são anteriores à era da modernidade (desenvolvida a partir do século XVII) assim como da democracia liberal ocidental (EUA, século XVIII). Nossas elites corruptas e bandidas, desde os primeiros dias da medieval colonização, sempre nos impediram de chegar à modernidade assim como à democracia. Terra expropriada. Ponto obscuro do planeta.

A questão prioritária, portanto, em países cleptocratas e autofágicos como o Brasil (cleptos = ladrão; cracia = governo, poder), não é discutir a sobrevivência da modernidade, sim, como e por que nossas

elites corruptas nos impediram de alcançá-la, criando instituições precárias, favorecendo agentes públicos desonestos e despreparados e promovendo um tipo de gestão flagrantemente deplorável, com educação de péssima qualidade, indecente distribuição de renda e um quadro de violência perversa.

As elites corruptas e bandidas que nos governam (elites econômicas, financeiras, políticas, midiáticas, intelectuais e administrativas), precisamente porque nunca dividiram o poder equitativamente e também porque muito raramente encontraram limites na defesa dos seus interesses privados, sobretudo quando avançam de forma ilícita sobre o dinheiro público para se enriquecerem, nunca permitiram aqui a efervescência plena das ideias modernas.

O Brasil, conseqüentemente, por culpa desde logo das elites corruptas e bandidas, sempre foi um país atrasado (demorou para abrir faculdades, para adotar a 1ª Revolução Industrial, para abrir seus portos para o mercado externo e está longe agora de acompanhar a Revolução Tecnológica).

É o protótipo do país das elites extrativistas e não inclusivas (Acemoglu e Robinson), que surrupiam a natureza e a população para o exclusivo enriquecimento delas. Um país repleto de ladrões com destino autofágico irreversível, se continuar sendo uma cleptocracia.

Nada do que caracteriza a modernidade ocidental (crença em instituições democráticas, democracia liberal e representativa, organização da sociedade por meio do império da lei, divisão de poderes, controle de um poder por outro – teoria do *checks and balances* – etc.) teve efetividade plena e real no nosso explorado País.

Nossas instituições continuam sendo um mero simulacro das instituições jurídicas, políticas, econômicas e sociais sonhadas pela modernidade (isto é, pela vida civilizada), desde a era do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII.

Não é preciso ir longe para se comprovar a grave anomalia. Basta ver o que o contestado Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu no rumoroso caso do senador Aécio Neves, que foi gravado pedindo propinas à JBS.

A Corte não só negligenciou a punição do senador como abriu mão das suas funções judicantes e passou a última palavra ao Poder

Político quando se trata de impor medidas cautelares que coíbem a corrupção. Um desastre com poucos precedentes na história da Corte e do país.

Nas democracias modernas as instituições existem para disciplinar a distribuição dos poderes e da riqueza das nações. A finalidade delas é a de evitar que um poder assuma as tarefas do outro, que um poder se sobreponha ao outro ou que faça conluio com o outro, em detrimento dos interesses da majoritária população.

Nossas instituições políticas, econômicas, jurídicas e sociais, desgraçadamente, nunca cumpriram com decência os seus papéis. Por isso que o Brasil, em termos institucionais, continua sendo um país atrasado, pré-moderno e até mesmo medieval.

Desse medievalismo brutal a violência é um sintoma: “As mortes dos jovens (de 15 a 39 anos) causadas por acidentes e agressões vêm crescendo ao longo dos anos. Em 1996, elas respondiam por 49% do total de mortes [dos jovens], em 2015 eram razão de 58% dos óbitos. As vítimas são na maioria das vezes homens. Em 2015, foram 72,8 mil jovens mortos do sexo masculino, contra 8,3 mil jovens mulheres” (UOL).

DEMOCRACIA, DIREITO PENAL E SUA RELAÇÃO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JURINEU ALVES CAIRES SEGUNDO:
Acadêmico do Curso de Direito na Faculdade Guanambi - FG.

RESUMO: O presente estudo tem como escopo principal levantar e aprofundar os estudos e discussões acerca dos conceitos e da aplicação da democracia e do direito penal. Examinar através de conhecimentos adquiridos por meio de doutrinas a missão do Direito Penal, sua relação com o direito constitucional e como ele se relaciona com a sociedade quando é colocado dentro de um modelo de Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia, Direito Penal, Bem Jurídico, Estado Democrático de Direito

ABSTRACT: The main purpose of this study is to raise and deepen studies and discussions about the concepts and application of democracy and criminal law. Examine through knowledge acquired through doctrines the mission of Criminal Law, its relation to constitutional law and how it relates to society when it is placed within a model Democratic State of Law.

KEYWORDS: Democracy, Criminal Law, Legal Good, Democratic State of Law.

SUMÁRIO: 1 Compreensão de Democracia. 2 Conceito de Direito Penal. 3 Missão do Direito Penal. 4 Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. 5 Direito Penal e a Constituição Federal de 1988. 6 Princípios limitadores do Direito Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Partindo-se da compreensão da necessidade fundamental do ser humano conviver em grupos organizados em forma de sociedade e possuindo o direito como disciplina reguladora das relações entre os indivíduos que compõe um grupo social. Apoiando-se como parâmetro de

pesquisa o Estado Democrático de Direito, têm este o escopo de fomentar discussões no tocante às relações entre o Democracia, Direito Penal e como se comporta dentro de um Estado Democrático, modelo adotado pela Carta Magna de 1988.

A análise do tema proposto é de relevante importância levando em consideração os mais variados aspectos, sendo as principais bases de estudo, as dúvidas e críticas constante acerca da legitimidade e eficácia do Direito Penal brasileiro. Desta forma, para chegar a solução do problema apresentado, busca-se inicialmente conceituar Democracia e Direito Penal, seguindo a uma análise de seus objetivos e qual sua real aplicação dentro do modelo de Estado adotado pelo Brasil, na possibilidade de levantar, então, discussões e reflexões sobre a real finalidade da lei penal e seu papel na efetivação da democracia.

1 COMPREENSÃO DE DEMOCRÁCIA

Democracia é conceito histórico, não deve ser entendido em si mesmo como um valor – fim, mas meio e canal de realização de valores essenciais ao convívio em sociedade, que se traduzem necessariamente nos direitos e garantias fundamentais do homem. A característica histórica da Democracia a envolve e enriquece aquilo que ensina a cada etapa do crescimento social, mantendo sempre como base principiológica ser ela um regime político em que o poder está voltado para a vontade popular. A partir destes aspectos a democracia não é apenas conceito político abstrato e estático, mas processo afirmativo dos direitos fundamentais que foram conquistados com o passar dos tempos pelo povo (SILVA, 2005).

O termo Democracia é definida por KELSEN(2000) como:

A democracia, no plano da ideia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou em tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo [...]

Podemos admitir, então, a democracia é um processo de convívio social em que todo poder deve emanar do povo, seu exercício, de forma direta ou indiretamente, é realizado pelo povo e em proveito dele mesmo. De início é um processo de convivência demonstrando, assim, sua historicidade, depois, para mostrar que além de poder político, é também modo de vida que caracteriza – se principalmente pelo relacionamento interpessoal, onde há respeito e tolerância entre os conviventes (SILVA, 2005).

Nas palavras de BOBBIO (Apud SILVA, 2005):

Da idade clássica a hoje o termo “democracia” foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político. Especificadamente, designa a forma de governo no qual o poder político é exercido pelo povo.

Para Silva (2005) a democracia reside em dois princípios fundamentais que lhe confere essência e conceito: o primeiro o da soberania popular, de onde surge a ideia que o povo é a única fonte do poder, de onde surge a regra que todo poder emana do povo. O segundo princípio primário é a participação direta ou indireta, do povo no poder, sendo assim o mesmo expressão da vontade popular. Em casos de participação indireta nasce um princípio secundário ou derivado: o da representação. A democracia tem variado as formas utilizadas para concretizar no meio social estes princípios, e continuaram a variar, com a evolução do processo histórico, sendo utilizado no momento como canal de expressão e coordenação da vontade popular, as técnicas eleitorais e o sistema partidário político.

Entendendo a liberdade como a maior forma de expressão da importância da realização concreta dos direitos do indivíduo é a democracia que garante sua realização quando aponta a concretização dos direitos econômicos e sociais, que por sua vez assegura os direitos dos indivíduos. De natureza igualitária os direitos econômicos e sociais são os que garantem que os outros direitos se efetivem (SILVA, 2005).

Interessante citar Bonavides (2007) acerca do poder do povo diante do Estado Democrático de Direito:

As massas, no Estado jurídico, já tem o poder de intervir na formação da vontade estatal. Cumpre evitar apenas que este poder se demude em poder de destruir o Estado social da democracia, por que, se assim fora, estariam atraídas não as instituições democráticas, senão as mesmas massas, que haveriam solapado inconscientemente os seus mais caros interesses, vendo cair das mãos o poder de voto, ou seja, a maior arma de libertação política e social que o Homem moderno já conheceu.

Mesmo que a democracia até o momento não consiga realizar de modo concreto esses valores, entendi Silva (2005) que isto não diminui sua validade, pois como ficou exposto, ela é conceito histórico tanto quanto o que busca assegurar. De modo contrário, sendo governo do povo, pelo povo e para o povo, firma-se apenas no embate constante, não raro revolucionário, inclusive quanto a definição de povo essencial à democracia.

No momento em que o Estado de direito assume a característica de democrático tem como objetivo a igualdade, não basta a ele a promoção da atuação estatal, mas referenda o desejo de transformação do status quo. A lei passa a ser meio modificador da sociedade, não estando mais atrelado à sanção ou promoção. A sua finalidade é a constante reestruturação das próprias relações sociais (STRECK, MORAIS, 2003).

Liberalismo e democracia se interpretam com a noção de Estado de Direito, permitindo aparentemente reduzir as antíteses econômicas e sociais à unidade formal do sistema legal, através de uma Constituição, onde prevalece o interesse da maioria. Assim, a Constituição é colocada no cume de uma pirâmide que fundamenta a legislação, e desde então, é aceita como instrumento de poder legítimo (STRECK, MORAIS, 2003).

A novidade que diferencia o Estado Democrático de Direito não é uma revolução estrutural da sociedade em que é posto, mas sim que este

novo modelo incorpora características ao modelo tradicional. Ao lado de seu núcleo liberal conectado a questão social, tem-se neste novo modelo a incorporação das questões referentes a igualdade como conteúdo específico a ser conquistado garantindo condições mínimas de vida ao cidadão e a sociedade através do asseguramento jurídico dessas condições (STRECK, MORAIS, 2003).

De forma contrária aos Estados anteriores o Estado Democrático de Direito carrega caráter transgressor implicando em agregar as incertezas da Democracia ao Direito, tentando reestruturar a sociedade e revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal, quando reconstrói a certeza e segurança jurídica, para adaptá-la a um ordenamento jurídico voltado à implementação do futuro. Assim, pode-se concluir no Estado Democrático de Direito há deslocamento de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário (STRECK, MORAIS, 2003).

2 CONCEITO DIREITO PENAL

O convívio em sociedades humanas de forma harmônica prescinde de um emaranhado de normas que regem as relações entre os indivíduos que a compõem. A estas normas em conjunto denomina-se direito positivo, prevendo sanções àqueles que descumpre os seus preceitos. O conjunto de normas jurídicas pelo qual o Estado proíbe condutas sob ameaça de sanções penais, estabelecendo princípios gerais para aplicação de penas e de medidas de segurança, dá-se o nome de Direito Penal (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

A expressão Direito Penal designa também o sistema de interpretação das leis penais, ou seja, a Ciência do Direito Penal, conjunto de conhecimentos e princípios organizados de modo a elucidar o conteúdo das normas e institutos em que eles se agrupam, com vistas em sua aplicação concreta em situações de acordo com critérios rígidos de justiça (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

Segundo Jesus (2009) o Direito surge em frente às necessidades fundamentais das sociedades humanas de regular o convívio como condição de sua própria existência. É no Direito que encontram garantias

seguras a condição de sua sobrevivência, organizadas por normas que formam a ordem jurídica. Um fato social contrário as normas do Direito gera um ilícito jurídico, que em sua forma mais séria violando os bens mais importantes da vida social, torna-se um ilícito penal. Contra a prática desses fatos o Estado determina sanções, procurando inviolabilizar os bens que protege, e ao seu lado também fixa outras medidas para prevenir ou reprimir fatos lesivos dos bens jurídicos dos cidadãos. Assim percebe-se que o Estado estabelece normas para combater crimes e a esse conjunto de normas dá-se o nome de Direito Penal.

No entendimento de Marques (apud Jesus, 2009):

Definimos o Direito Penal como conjunto de normas que ligam ao crime, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.

Os fatos que contrariam as normas de Direito, prejudicando bens alheios ou o próprio convívio em sociedade, gera um ilícito jurídico, que pode ter consequências civis ou a aplicação de normas penais. No primeiro caso, tem-se um ilícito civil, que acarretará em reparação civil. Porém, em determinados casos, sanções civis não bastam para coibir determinadas condutas prejudiciais ao convívio social. Age o Estado, contra os autores desses atos lesivos, aplicando sanções severas por meio de conjunto de normas jurídicas organizadas que formam o Direito Penal. Justificando disposições penais quando meios menos incisivos não bastam para proteção eficiente dos bens jurídicos (MIRABETE; FABBRINI, 2010).

Para compreender o significado e o alcance dos princípios limitadores do ius puniendi num Estado Democrático de Direito, faz-se necessário uma definição de bem jurídico, adotamos aquela ensinada por Bittencourt (2015):

“[...] defendemos que a exegese do Direito Penal está estritamente vinculada à dedução racional

daqueles bens essenciais para a coexistência livre e pacífica em sociedade. O que significa, em última instância, que a noção de bem jurídico-penal, é fruto do consenso democrático em um Estado de Direito. A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece, portanto, um critério material extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, “será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum”. O bem jurídico deve ser utilizado, nesse sentido, como princípio interpretativo do Direito Penal num Estado Democrático de Direito e, em consequência, como ponto de partida da estrutura do delito.

Bem pode ser entendido como aquilo que seja capaz de satisfazer necessidades humanas. Tudo aquilo que é reconhecido e tutelado pelo Direito deve ser entendido como bem jurídico. O Direito Penal visa a proteção dos bens mais importantes da sociedade, intervindo somente se houver lesão a esses bens fundamentais à ordem social. Quando o Direito Penal impõe penalidades aos sujeitos que praticam determinadas condutas, normatizadas como ilícitos penais pelo ordenamento jurídico, incorpora de forma robusta na consciência da sociedade o valor daqueles bens jurídicos, dando maior força as normas que os protegem (JESUS, 2009).

A legislação penal distingue-se dos demais ramos do Direito pela consequência que associa a infração penal, que consiste na coerção penal, ou seja, na aplicação de uma pena a um delito. A pena, por sua vez, diferencia-se das demais sanções jurídicas porque busca direta e imediatamente, que o autor deixe de praticar novos ilícitos, enquanto as outras sanções jurídicas têm finalidades reparatórias ou ressarcitórias (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Bitencourt (2015) argumenta também sobre os principais caracteres do moderno Direito Penal:

Uma das principais características do moderno Direito Penal é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a última ratio do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence. Além disso, o Direito Penal se caracteriza pela forma e finalidade com que exercita dita proteção. Quanto à forma, o Direito Penal se caracteriza pela imposição de sanções específicas – penas e medidas de segurança – como resposta aos conflitos que é chamado a resolver. Quanto à finalidade, existe hoje um amplo reconhecimento por parte da doutrina de que por meio do Direito Penal o Estado tem o objetivo de produzir efeitos tanto sobre aquele que delinque como sobre a sociedade que representa.

Ainda de acordo com ensinamentos de Bitencourt (2015) o Direito Penal, quanto a seus caracteres, é ciência normativa tendo como objeto o estudo dos preceitos jurídicos e os critérios de ponderação que formam a estrutura do dever – ser, também as consequências de não guardar observância de tais preceitos normativos. O Direito Penal é valorativo, seu campo de atuação está voltado de forma pautada em valores consolidados pela ordem jurídica que integra, os quais atuam no campo prático através de parâmetros e princípios do próprio Direito Penal. E finalmente, o Direito Penal, é sancionador porque protege a ordem jurídica aplicando penalidades sancionadoras. Esta característica de sancionador advém do fato que tutela bens jurídicos de outras áreas, visto que ele não cria os bens a serem protegidos.

Quando um sujeito pratica um ilícito penal estabelece entre ele e o Estado uma relação jurídica. Surge, então, o jus puniendi, que é o direito que tem o Estado de punir os infratores da lei penal em defesa dos bens jurídicos da sociedade. Por sua vez, o violador da norma tem o direito de liberdade e não pode ser punido fora dos limites previstos em leis estabelecidas pelos órgãos competentes (JESUS,2009).

Observa-se que o Direito Penal regula relações jurídicas onde o Estado atua com o jus puniendi e do outro o infrator das leis penais, o que confere a ele caráter de Direito Público. Independente se a ação penal se movimenta por iniciativa privada da parte ofendida o Estado não outorga o jus puniendi ao particular, que exerce, apenas, o jus persecuendi, não gozando do direito de punir o praticante do fato delituoso (JESUS, 2009).

Nas palavras de Mirabete e Fabbrini (2010) deve-se reconhecer mesmo que de forma secundária que o Direito Penal tem aspirações éticas, porque busca evitar o cometimento de crimes que lesionem de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados. Essa aspiração ética não pode ser vista como um fim em si mesma, mas sim a razão da prevenção penal e da tutela dos bens jurídicos pela legislação penal.

3 MISSÃO DO DIREITO PENAL

O Direito é norma de conduta social imposta coativamente pelo Estado, seu objetivo é manter a ordem jurídica, a qual pode ser entendida como sistema de limitação de liberdades e imposição de deveres aos cidadãos. A finalidade do direito é tutelar e conservar os direitos do indivíduo e da sociedade. Porém é de salientar que os interesses protegidos pelo direito mudam com o passar do tempo pois o mesmo está vinculado às exigências culturais da época e do povo. O Direito Penal, objeto deste estudo, dentro da ordem jurídica dispõe das mais graves sanções e por isso tem maior força de tutela jurídica, tendo como disposição à preservação dos bens jurídicos de maior significado e relevo social, indispensáveis à vida comunitária, assegurando a existência social e dos valores fundamentais da vida para o corpo social (FRAGOSO, 2003).

A defesa social é o objeto da função básica do Direito Penal. Ela é realizada pelo Estado através da chamada tutela jurídica, com a qual se ameaça com uma sanção jurídica a transgressão de uma norma, formulada para evitar dano ou perigo a um valor da vida social (bem jurídico). Busca-se, desta forma, a defesa através da ameaça penal aos destinatários da lei, bem como pela aplicação efetiva da pena ao transgressor e por sua execução (FRAGOSO, 2003).

Oportuna citação das reflexões de Binding e Jescheck por Mirabete e Fabbrini (2009):

Segundo o pensamento de Binding e Jescheck, o Direito Penal tem, assim, um caráter fragmentário, pois não encerra um sistema executivo de proteção aos bens jurídicos, mas apenas elege, conforme critério do “merecimento da pena”, determinados pontos essenciais. Mas enquanto o primeiro entendia ser esse o defeito do Direito Penal, Jescheck considera um mérito e uma característica essencial do Estado Liberal do Direito que se reduza a criminalização àquelas ações que, por sua perigosidade e reprovabilidade, exigem e merecem no interesse da proteção social, inequivocamente, a sanção penal.

Portanto, pode-se dizer que o Direito Penal é a proteção da sociedade e especificadamente a defesa dos bens jurídicos fundamentais, por exemplo a vida, a liberdade, o direito de ir e vir, o patrimônio, a paz pública, a segurança, etc. Porém alguns destes bens jurídicos muitas vezes não são tutelados penalmente, quando por critério do legislador, não é relevante socialmente a ações que gerou a lesão, ou seja, não é grave o desvalor dentro daquele meio social da conduta do autor da lesão ocasionada (MIRABETE; FABBRINI, 2009).

Nos entendimento de Capez (2012) nas sociedades é possível aferir a natureza do Direito Penal no momento da apreciação da conduta. Tais condutas estão sujeitas a dois aspectos valorativos: o resultado da lesão que provocou e de acordo com o desvalor provocado pela ação em si mesma. Toda lesão aos bens jurídicos tutelados gera um resultado que é valorado negativamente, pois ofendeu interesse de relevância para sociedade. Isto não acarreta dizer que ação ofensiva seja, em si mesma, sempre censurável. O fato do ato ser lesivo não implica dizer que a conduta deva ser penalizada, pois deve-se lembrar os eventos danosos oriundos de caso fortuito, força maior ou manifestações involuntárias. A

reprovação da conduta depende acima de tudo do comportamento consciente ou negligente do autor.

A missão do Direito Penal não extingue-se com a previsão de sanções de atos determinados como ilícitos. Entendendo o Direito Penal como ciência de garantia, percebe-se também que o mesmo protege determinadas condutas ou formas de comportamento que não são puníveis ou são declarados lícitos pelo sistema positivo. Da mesma forma constitui função garantidora do Direito Penal a efetivação de princípios, como a anterioridade da lei quanto ao crime e pena, a personalidade e individualização da pena e outros previstos na Constituição ou são por ela reconhecidos através de seu regime e de princípios oriundos de tratados internacionais que o país faça parte (DOTTI,2010).

Segundo Fragoso(2003) a tendência geral é reduzir ao máximo a abrangência do Direito Penal, como justificativa, o alto custo social que a pena representa, pois a utilização de pena para as condutas lesivas a bens tutelados penalmente deve se dar quando isso seja indispensável para ordem social. Uma nova política criminal exige análise rigorosa dos casos em que convém penalizar e dos casos em que se deve excluir a sanção penal – descriminalização, suprimindo, modificando ou atenuando a sanção – despenalização. A incriminação por parte do Estado só deve acontecer quando está em risco um bem jurídico de relevante valor social, não se deve admitir a criminalização de condutas levados por concepções morais de vida, de validade obscura, sustentada pelos que detêm o poder de fazer leis. O Direito Penal deste tempo deve ser orientado na aspiração de uma nova humanização, fruto de grande experiência negativa.

4 DIREITO PENAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Direito Penal, a depender do sistema político que um determinado Estado organiza suas relações com os indivíduos e destes com a sociedade, e da forma como exerce sobre eles o seu poder, pode ser entendido à luz de diferentes concepções. Assim, pode o Direito Penal a partir de concepções autoritárias e totalitárias ser estruturado com a finalidade de perseguir os inimigos do sistema jurídico imposto, ou então, a partir de concepções democráticas de direito, sendo utilizado como

instrumento de controle social legitimado e limitado pelo consenso entre os cidadãos de uma dada sociedade (BITENCOURT, 2015).

Utilizando o sistema político instituído pela Constituição Federal de 1998, conclui-se sem dúvida alguma, que o Direito Penal no Brasil deve ser orientado a luz de uma concepção democrática de direito, respeitando os princípios e garantias fundamentais reconhecidas na Carta Magna. Significa, assim, submeter o *ius puniendi* ao império da lei positivada de acordo com o consenso democrático, estando o Direito Penal a serviço da sociedade e da proteção de seus bens jurídicos fundamentais, em busca de uma justiça equitativa (BITENCOURT, 2009).

A expressão Estado de Direito caracteriza garantia inócua de que todos estão adstritos aos imperativos da lei, cujo conteúdo fica em aberto, limitado à impessoalidade e a não violação de garantias individuais mínimas, por este motivo, o constituinte de 1988 foi além afirmando o Brasil como Estado Democrático de Direito (CAPEZ, 2012).

A norma penal em um modelo de Estado Democrático de Direito não é apenas aquela que determina uma conduta como ilícito penal, independente se ofende ou não a concepção de justiça social, ao contrário, sob pena de ir contra a Constituição, o tipo incriminador, selecionará entre os comportamentos humanos aqueles que resguardam real lesividade social. Assim, o Brasil como modelo de Estado Democrático de Direito, seu direito penal deverá ser democrático, legítimo e obediente aos princípios constitucionais. O critério na definição de crime passa a ter exigências formais de ordem formal e material (CAPEZ, 2012).

Quanto a produção de normas nos atuais Estados constitucionais de direito, Ferrajoli(2002):

O que acontece é que entre as normas acerca da produção de normas, o moderno Estado constitucional de direito tem introduzido múltiplos princípios ético-políticos ou de justiça que impõem valorações ético-políticas das normas produzidas e atuam como parâmetros ou critérios de legitimidade e ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas,

senão internos ou juspositivistas.[...]. A especificidade do moderno Estado constitucional de direito está precisamente no fato de que as condições de validade estabelecidas por suas leis fundamentais incorporam não só requisitos de regularidade formal, senão também condições de justiça material [...].

No âmbito penal, há um princípio regulador e orientador de todo o sistema, transformando-o em um direito penal democrático. Trata-se do princípio da dignidade humana, que deriva diretamente do modelo democrático de Estado adotado pelo Brasil, a partir do qual surgem vários outros princípios, que orientam o legislador na definição de condutas tidas como ilícitos penais (CAPEZ, 2012).

O princípio da dignidade humana norteia a formação do Direito Penal, sendo assim, qualquer construção legislativa que contrarie e afronte a dignidade humana, será materialmente inconstitucional e deverá ser expurgado do ordenamento jurídico. Cabe então ao operador do Direito verificar e aplicar o controle de constitucionalidade de todo tipo penal de acordo com o seu conteúdo (CAPEZ, 2012).

Aplicar a justiça plenamente implica em combinar ao ordenamento jurídico a interpretação evolutiva, respeitando os costumes e normas locais, estabelecidas por padrões morais, sociais e culturais de determinada sociedade. Desta forma, os princípios e garantias constitucionais estabelecidos devem atuar como baliza de interpretação e aplicação de normativos penais, não admitindo-se aplicação robotizada dos tipos incriminantes, adequando-se formalmente a Constituição Federal (CAPEZ, 2012).

Deve-se sempre levar em consideração a necessidade de defender um Direito Penal humano, legítimo por natureza ao respeitar os direitos e garantias individuais, mesmo quando haja frustrações na prática quando da falta de recurso ou má gestão na administração da Justiça (BITENCOURT, 2015).

5 DIREITO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As relações entre direito penal e direito constitucional são muito próximas, é na Constituição Federal que encontra-se as primeiras manifestações legais da política penal, e por isso deve a lei penal enquadrar-se nas prerrogativas da Constituição levando em conta a supremacia constitucional (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

A Constituição através do Direito Constitucional estabelece a estrutura político – administrativa do país, firma também série de princípios e garantias da liberdade do indivíduo em face do poder público, apresenta inúmeras disposições ligadas ao Direito Penal. O Código Penal embora elaborado na década de 1940 durante o regime militar – o Estado Novo – manteve a tradição democrática – liberal, e não apresenta contradições em relação a Constituição vigente (FRAGOSO, 2003).

Oportuno citar os ensinamentos do jurista português Souza e Brito (apud DOTTI, 2003):

O jurista português Souza e Brito ensina que o Direito Penal funda-se na Constituição, no sentido que as normas que constituem, ou são elas próprias normas constitucionais, ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. A Constituição não exhibe normas penais completas, isto é, cominando determinadas penas e medidas de segurança para a violação de seus preceitos, mas contém disposições de Direito Penal que determinam em parte, o conteúdo das normas penais (Estudos sobre a Constituição, pg. 197).

Para Dotti (2003) o sistema de leis penais deve manter harmonia com os direitos e garantias estabelecidos na Carta Magna. A inviolabilidade dos mesmos devem ser resguardadas por normas incriminadoras, as quais ditam os valores que o convívio em sociedade, que é tutelado pelo Direito Penal, protege. Percebe-se em várias passagens da Constituição essa relação complementar do direito penal, como quando criminaliza o racismo, a prática de tortura, da ação de grupos armados contra a ordem

constitucional e o Estado democrático e dos atentados contra o meio ambiente.

A afirmação de que se deve interpretar as normas penais a partir da Constituição não está restrito ao Art. 5º e os direitos ali enumerados, vai além disso, significa hierarquizar os valores que legitimem de um lado a intervenção penal e de outro sistematizem as mínimas obrigações do Direito Penal. Assim, depreende-se que é a Constituição quem deve ditar os bens jurídicos à serem protegidos penalmente, pois este não guarda esta autonomia. Determinar estes bens jurídicos constitucionais é de competência de matéria político – criminal, pois dá ao legislador algo de sua margem de intervenção, por conseguinte, a norma que não apresentar claramente a tutela de um bem jurídico enunciado não será legítima (RODRIGUEZ, 2010).

Além de fixar quais bens serão tutelados penalmente, a Carta Magna obriga a criminalização, isto é, elenca os bens jurídicos e que alguns deles devem ter proteção penal mais grave. O texto constitucional obriga o legislador a tipificar e a suprimir algumas garantias penais em nome da proteção ali enunciada. Proteção que pode ser efetivada por meio de maior constrição penal, sendo assim fruto direto do texto constitucional (RODRIGUEZ, 2010).

A Constituição Federal deve ser observada como indicador dos bens jurídicos que serão penalmente protegidos, sendo para o Direito Penal seu maior índice de legitimidade. É lícito então ao poder constituinte exigir a expansão penal, limitado às garantias individuais (RODRIGUEZ, 2010).

É importante ressaltar que o Direito Penal não se exaure no constitucional, deve-se entender que muitos são os bons efeitos da constitucionalização do Direito, mas a Constituição não deve ser vista como condensação da legislação penal. Isto porque as garantias, principalmente as do art. 5º da Carta Magna, não engloba conceitos e teorias que se encontram no Código Penal. A que se reconhecer que para interpretar o texto constitucional como fonte única de direitos e garantias, ele é poroso e incompleto. Além do efeito simbólico da Constituição

colaborar para expansão penal, o seu texto é altamente criminalizador (RODRIGUEZ, 2010).

Tais entendimentos não implica em minimizar a relevância de pressupostos constitucionais em relação ao Direito Penal. Aqueles que trabalham com o Direito Penal devem ter conhecimento sobre as normas constitucionais porque é nela que há previsões de ordem fundamental, com autoridade e aplicabilidade (RODRIGUEZ, 2010).

O professor Bitencourt (2015) ensina ainda que nos dias atuais percebe-se no Brasil um apego claro aos Direitos Humanos, exemplo disso é o acréscimo do parágrafo 3º ao Art. 5º da Carta Magna, inserida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, concebido junto ao caminho em prol da efetividade material dos direitos e garantias individuais, isto é, alenta para uma visão de um futuro em que o Direito Penal seja concebido de forma menos cruel. Este caminho deverá estar direcionado pelo pluralismo jurídico, sem esquecer que a legitimidade do Direito e de seu sistema repressor deve estar ligado de forma intrínseca a consolidação da democracia como reflexo de uma convivência social em matéria de igualdade.

6. PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO PENAL

Nos Estados democráticos atuais, o Direito Penal é englobado por diversos princípios constitucionais que versam sobre crimes, penas e medidas de segurança, nos diversos níveis de criminalização, com objetivo de garantir ao indivíduo proteção ao poder arbitrário punitivo estatal. As normas de todo ordenamento jurídico embarcam regras e princípios jurídicos - este entendido como normas de otimização da possível aplicação do direito no mundo real, e aquele como normas de condutas realizadas ou não realizadas pelos seres humanos – componentes de elementares que iram nortear a criação e aplicação das normas adequando-as ao que deverá ser aplicado no mundo real. (SANTOS, 2012).

Dentre os princípios limitadores do direito penal existentes no ordenamento jurídico brasileiro serão discorridos nos próximos tópicos aqueles de maior relevância e que melhor se compreendem em relação ao

tema proposto e a finalidade deste estudo, sendo então de forma breve e objetiva definidos: o princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da ofensividade e o princípio da humanidade.

6.1 PRINCIPIO DA LEGALIDADE

Contra o uso indiscriminado e arbitrário do poder de punir do Estado, levando em consideração a forma e a gravidade dos meios que este dispõe para ser empregado na repressão dos delitos, urge necessário em um estado sob regime democrático de direito, tendo como premissa o caráter de última ratio que a intervenção estatal deve ter no combate ao crime, um princípio que controle e delimite o poder punitivo e que exclua todo tipo de arbitrariedade e excesso de poder. (BITENCOURT, 2105).

É o princípio da legalidade forma efetiva de limitar o poder punitivo do Estado, pode ser compreendido como um imperativo, ou seja, não admite interpretações extensivas ou desvios de sua finalidade, é uma conquista jurídica das sociedades democráticas de direito contemporâneas que busca formas legais para aplicação e normatização da justiça, formas estas negadas e repudiadas por regimes políticos totalitaristas (BITENCOURT, 2015).

Depreende-se deste princípio, consagrado no Art. 5º XXXIX da CRFB/1998, que ninguém será incriminado por prática de qualquer conduta se a mesma não estiver prevista em lei como crime, ou seja, elaborar normas incriminadoras é papel único e exclusivo da lei, assim se não estiver prevista a conduta na ordem jurídica como crime e sendo-lhe cominado uma sanção penal por sua infringência, antes de ser realizado o fato dito ilícito, não poderá ninguém ser condenado ou considerado culpado por sua prática (BITENCOURT, 2015).

6.2 PRINCIPIO DA CULPABILIDADE

Partindo-se da leitura de Bitencourt (2015) o princípio da culpabilidade configura-se pela expressão “não há crime sem culpabilidade”. Quando trata-se de matéria de Direito Penal o princípio em

comento possui triplo sentido. Em primeiro lugar a culpabilidade como fundamento da pena, onde significa um juízo de valor responsabilizando um agente pela prática de um fato típico e antijurídico, cominando em uma pena, desde que estejam presentes os requisitos de capacidade da culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta. Em segundo lugar, culpabilidade como elemento de determinação da pena, neste caso não se trata de fundamento mas sim de limite da pena, de acordo com a gravidade do ilícito praticado. E por fim, em terceiro lugar, culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva, aqui o princípio visa impedir que alguém seja responsabilizado por um resultado totalmente imprevisível se não houver obrado, no mínimo, com dolo ou culpa.

Cabe ainda anotar, de acordo com Santos (2012), o princípio da culpabilidade funda-se no conhecimento do tipo injusto, logo contém em si o princípio da legalidade, como definição escrita e certa do tipo de injusto. A importância do princípio da culpabilidade, consagrado na fórmula *nulla poena sine culpa*, reside em proibir pessoas que não possuam os requisitos do juízo de reprovação: os inimputáveis, os que estão em erro de proibição inevitável e os imputáveis que se encontram em situações anormais em que, mesmo sabendo da ilicitude do fato, não podem ou não tem poder de deixar de fazer.

Assim o princípio da culpabilidade não permite a aplicação de penas às pessoas inimputáveis, pelo justo fato se serem incapazes de compreender as normas jurídicas, porém possibilita à aplicação de medidas de segurança com fulcro na periculosidade de agentes inimputáveis de fatos puníveis. O princípio da culpabilidade também proibi punir aqueles que estão em desconhecimento inevitável da proibição do fato, isto porque a norma exclui a possibilidade de motivação nestes casos. E, por fim, o princípio proíbe punir aqueles que, embora sejam imputáveis e cientes da ilicitude da conduta, em situações anormais não podem deixar de fazer ou realizar comportamento diverso (SANTOS, 2012).

6.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, conforme Santos (2012), em matéria penal coincide com a Criminologia Crítica, estudando a adequação e necessidade das medidas penalizantes com fim de proteger os bens jurídicos, levando em conta a visão dos princípios jurídicos punitivos. Desta forma compreende-se que este princípio proíbe penas excessivas e desproporcionais em face do prejuízo ou desvalor provocado pela conduta considerada ilícita passível de sanção penal.

Nos entendimentos do autor citado, o princípio da proporcionalidade desdobra-se em duas dimensões e cada uma com suas próprias consequências, a saber: a primeira é a dimensão abstrata, dirigida ao legislador, onde exclui lesões insignificantes de bens jurídicos e delimita a aplicação de penas conforme a extensão e natureza do dano causado a sociedade. A segunda dimensão, princípio da proporcionalidade concreta, dirigida ao juiz, permitido calcular os custos individuais e sociais da criminalização em relação a aplicação e execução da pena. Assim a aplicação e execução da sanção penal revelam as disparidades entre custo e benefício, e também, entre crime e pena.

6.4 PRINCIPIO DA OFENSIVIDADE

Para que uma conduta seja enquadrada com crime, em sentido material, tem que existir ao menos a expectativa real de perigo ao bem tutelado penalmente. Assim observa-se que apenas poderá o Estado interferir penalmente quando houver um concreto perigo aos bens jurídicos de relevante valor social, sendo então inconstitucional os chamados crimes de perigo abstrato, pois somente admite-se a existência de infração penal se realmente houver perigo concreto de lesão um determinado bem jurídico (BITENCOURT, 2015).

Para Bitencourt (2015) o princípio da ofensividade em termos penais têm como pretensão que seus efeitos reflitam em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade de criar leis, fornecendo matérias primas político – jurídico para que norteiem o legislador na elaboração do tipo penal, de forma a determinar ilícitas condutas que realmente causem ou ameacem bens jurídicos de relevo social. No segundo plano, servir de

critério interpretativo, assim o intérprete legal deverá buscar nos casos em análise a indispensável lesão aqueles bens jurídicos tutelados.

Ainda conforme Bitencourt (2015) o princípio da ofensividade não se confunde com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, neste há limitações aos interesses que podem ou não receber a proteção do Direito Penal, naquele somente se admite que uma conduta seja considerada ilícito penal quando o interesse pré-selecionado sofre um ataque fático, formatado por um perigo concreto ou dano.

6.5 PRINCIPIO DA HUMANIDADE

O princípio da humanidade dentro do Direito Penal é a maior barreira existente para adoção de penas capitais e prisões de caráter perpétuo. O poder estatal não pode aplicar medidas penalizantes que cheguem a ultrapassar a dignidade humana ou a que ocasionem lesões à estrutura físico – psíquico dos condenados. Assim o Estado deve abster-se de criar penas cruéis, coibir a prática de tortura em interrogatórios e também de adotar uma infraestrutura em seus presídios e instituições carcerárias de recursos que impeçam a degradação e dessocialização dos presos. (BITENCOURT, 2015)

O princípio da humanidade, segundo Cirino (2012), fundamento do Estado democrático de Direito, é adotado como garantia da integridade física e moral dos presos em cadeias e penitenciárias públicas. Porém não é objetivo único deste princípio a penas cruéis, mas também proíbe a execução cruel das penas legais ao cidadão condenado, a respeito o cumprimento de forma desumana e degradante na maioria absoluta da realidade carcerária brasileira.

CONCLUSÃO

Partindo do conceito de democracia como processo afirmativo dos direitos fundamentais conquistados pelo povo com o passar dos anos e aceitando-a como processo de convívio social em que poder emana da vontade soberana do povo. Concluir-se que a liberdade é a expressão mais importante da realização concreta dos direitos do indivíduo sendo sua realização garantida somente pelas vias democráticas.

Entende-se que o papel primordial do Direito Penal está em tutelar os bens jurídicos conquistados pela sociedade democrática. Deve-se impor sanções penais somente quando meios menos incisivos não bastam para proteção eficiente destes bens sociais. Desta forma, no momento em que o Direito Penal positiva penalidades a determinadas condutas, exerce seu dever em tutelar determinados bens jurídicos do indivíduo, de forma paralela, também, cria na consciência da sociedade uma visão valorativa daqueles institutos jurídicos, dando maior força as normas que os protegem.

Cabe, desta forma, ao Direito Penal tutelar e proteger os direitos dos indivíduos e da sociedade. Ele dispõe das mais graves sanções, sendo então, a maior força de tutela jurídica do ordenamento pátrio. Por isso, tem então o dever à preservação dos bens jurídicos de maior significado e importância social, como por exemplo a vida, a liberdade, direitos de ir e vir, a paz e a segurança pública.

No Estado Democrático de Direito é também instrumento de controle social legitimado e limitado pelo consenso entre os cidadãos do grupo social a que é englobado por sua tutela jurídica. Deve ser utilizado a serviço da sociedade e da proteção de seus bens jurídicos fundamentais em busca de uma justiça equitativa.

O Direito Penal, enfim, é ciência de garantia para efetivação dos princípios previstos na Constituição Federal, sendo que o mesmo somente intervirá quando um bem jurídico de relevante valor social estiver sujeito a sofrer riscos. Dentre eles, senão o de maior relevância dentro da sociedade brasileira, é o princípio da dignidade humana, pois ele deriva diretamente do modelo de Estado Democrático de Direito. Portanto, deve ser ele objeto de orientação para o legislador na definição de condutas tidas como ilícitas. Toda construção legislativa, principalmente as de âmbito penal, que forem contra este princípio deve ser declarado inconstitucional e ser expurgado do ordenamento pátrio.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, vol. 1, parte geral: (art. 1 a 120)*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, volume 1: parte geral*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Atlas, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. *Direito penal – parte geral*. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1 – parte geral*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA COMO DIRETRIZ: BREVE REVISÃO DE LITERATURA SOBRE A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

VALQUÍRIA MARIA NOVAES MENEZES:
advogada, graduada pela UFPE. Segundo lugar no Prêmio IBDP Marília Muricy.

1. A visão da empresa no Direito brasileiro: da punição do devedor à preservação da atividade empresarial

O Direito Empresarial se debruçou, desde suas origens, sobre o estudo da atividade econômica produtiva, tendo muito percorrido até chegar à definição de seu objeto como hoje se conhece. É oriundo de um olhar comercial, quando suas análises se pautavam nas relações entre sujeitos que desempenhassem a circulação de mercadorias e serviços com habitualidade e intuito de lucro.^[1]

Evoluiu deste critério subjetivo para outro objetivo, já relativo à noção de empresa. Em detrimento da ideia de intermediação antes predominante, a empresa, como forma de organização da economia moderna, passa a ser o centro de gravidade das relações, a atrair a aplicação deste campo específico do Direito. Este conceito, marcadamente influenciado pelo contexto fascista nos idos de 1942, terminava por tornar a empresa um instrumento de intervenção estatal, como convergência de interesses gerais e particulares, propícia para as determinações da ordem pública.^[2]

Foi, então, abandonado pelas suas distorções políticas e também em razão da própria evolução econômica, que inevitavelmente encaminhou o Direito à compreensão da empresa inserida no mercado. Passa a examinar-se a empresa em relação às demais empresas, compreendendo-as todas como inseridas num ambiente institucional que as condiciona e, como bem coloca Forgioni, é também por elas condicionado.^[3] É a empresa, este ente controverso e relevante, o objeto deste trabalho, e em sua fase mais delicada. As necessidades das empresas diante de um colapso econômico, financeiro ou patrimonial, em confronto com a legislação, desafiam diariamente a jurisprudência:

“A crise econômica se traduz na insuficiência das vendas em proporção que inviabilize a atividade; por outro lado, pode haver crise financeira quando não há numerário para que a empresa arque com suas obrigações; pode manifestar-se a crise ainda como patrimonial, quando o ativo é menor do que o passivo.” [4]

Em um esboço histórico, é possível entrever como a humanidade tratou a crise na atividade comercial – posteriormente empresarial – e extrair de toda essa trajetória a maneira como se entende atualmente a empresa em dificuldades.

Na Antiguidade, do Egito à Índia, a insolvência se vinculava à pessoa do devedor, de forma tal que o corpo respondia como garantia das dívidas. Como reflexo, eram providências tomadas diante do falido a sua escravização e mesmo penas corporais, até a morte. Roma, quando do direito quiritário, também determinava a execução pessoal, inclusive o esquiteamento, em caso de pluralidade de credores. No entanto, para evitar violação aos costumes públicos, era de praxe vender o indivíduo como escravo, para além do Tibre. [5] Era a justiça feita pelos próprios credores, ausente o Estado. [6]

Foi assim até o advento da Lex Poetelia Papiria, responsável por abolir a manus iniectio; os bens se tornaram a garantia das dívidas. O credor deveriam esperar a declaração oficial da insolvência para apossar-se dos bens do devedor (missio in possessionem). Ainda se manifestava a face punitiva do direito falimentar. [7] O caráter pessoal da execução prevalecia, pois os romanos somente compreendiam as obrigações em seu viés pessoal. [8]

Posteriormente, a Lex Julia previu a possibilidade da cessio bonorum. Era o abandono dos bens do devedor, a fim de que servissem para saldar as dívidas, ressalvando-se a prova de que tal procedimento não se daria em detrimento dos credores, isto é, com equanimidade em relação a todos. Havia, na venditio bonorum, a declaração de infâmia do devedor, até que

todos os credores fosse pagos.^[9] Na última fase do direito romano, já era possível identificar conceitos importantes, como administração da massa falida, assembleia de credores, classificação dos créditos, revogação dos atos fraudulentos do devedor e, enfim, a par condicio creditorum.^[10]

Na Idade Média, o Estado surge como sede da relação entre devedor e credores. Neste período, quando começa a se delinear a distinção das atividades comerciais e civis, existia falência para ambas as situações. O devedor ainda era visto como um fraudador, suscetível de sanções penais e perda de seu patrimônio, pois a falência era tida como delito^[11].

O direito moderno, também marcadamente punitivo, mantém o Estado como figura principal na resolução do dilema entre credores e devedores. O Código Comercial de Napoleão separou a falência comercial, mas mantinha o falido como criminoso e, apenas pela influência iluminista, foi o tratamento aliviado em 1832, por lei superveniente.^[12]

“Entretanto, percebe-se que se manteve durante todo esse tempo o caráter repressivo do direito falimentar, que tinha como finalidade principal a punição do devedor, sob a perspectiva penal e de exclusão da atividade empresarial, e não a satisfação dos interesses de seus credores.”^[13]

O século XX enfrenta um cenário muito diferente daquele analisado pelo direito anterior. Os antes “atos de comércio” agora assumem organização mais elaborada e papel decisivo na sociedade. A pujança econômica de um país não mais se vincula à mera dominação territorial, mas depende da atuação produtiva e de seu mercado. Há, então, um maior interesse estatal em acelerar o processo de resolução da crise da empresa e, para evitar desequilíbrios econômicos, procura-se conciliar os interesses creditícios com a preservação da empresa. A nova perspectiva é visível nas legislações^[14] e aponta para a tentativa de reorganizar a atividade empresarial, sem menoscabar os interesses dos credores, ainda que não sem sacrifício destes.

No Brasil, as fases históricas foram vivenciadas até alcançar o tratamento atual da crise da empresa. Nas Ordenações, vislumbra-se a ideia de punição ao devedor falido, através de morte, degredo e prisão, conforme houvesse ou não culpa. Com o Império, em 1823, a Lei da Boa Razão transplantou ao Brasil a legislação francesa sobre o assunto, o que permaneceu durante a vigência do Código Comercial, desde 1850, até o surgimento da República.^[15] Neste último, a quebra se configurava com a cessação de pagamentos, tendo como saída a moratória e a concordata, inteiramente condicionada à aprovação dos credores, em reuniões que vinculavam os ausentes.^[16]

“Durante os quarenta anos em que vigorou a legislação falimentar do Código, cujo processo, por demasiado lento, oneroso, não satisfazia aos interesses do comércio, não defendia suficientemente o crédito, críticas e projetos de reforma não faltaram. Os defeitos não seriam tanto da lei, mas do modo por que era executada, falseada, como em regra toda a lei de falência, por aqueles mesmos a quem ela procura proteger.”^[17]

Posteriormente, sobreveio o Decreto Republicano n. 917, o qual arrolava hipóteses específicas para determinação da falência, extinguindo a concordata negociada, em razão das muitas fraudes que ensejava. A falência constituiu, a partir de então, uma concessão judicial unilateral, ao invés da anterior concessão de credores. Tentou-se corrigir o decreto com a Lei n. 859/1902 e com o Decreto regulamentador 4.855/1903, mas o aprimoramento do sistema só veio com a Lei 2.024, que simplificou o procedimento, intentando resolver as fraudes que existiam na prática, no que, entretanto, foi frustrado.^[18]

O diploma normativo que veio substituir esse sistema foi o Decreto-lei 7.661/1945 que aplicava a ideia vigente na época, de centralismo estatal. A falência se caracterizava, então, pelo inadimplemento quando do vencimento de obrigação líquida, com título exequível, sem razão de direito que o justifique.^[19] Não exigia pluralidade de credores ou valor específico.

Não contemplava a possibilidade de recuperação da empresa, mas apenas a concordata, obstando perspectivas mais promissoras para a crise empresarial. Com efeito, embora a legislação precedente tenha judicializado a falência e a concordata, diminuindo a influência dos credores sobre tal processo, ela não viu na empresa o ente gerador de riquezas, empregos e tributos, que ela efetivamente representa.

Na sistemática pretérita, a concordata poderia assumir duas modalidades: preventiva, cujo objetivo consistia em evitar a decretação da falência; e suspensiva, que, posteriormente à abertura da falência, ensejava a suspensão da mesma, com a retomada das atividades empresariais por determinado período. Esta dinâmica ocasionava somente um retardamento do pedido de falência, com o término das atividades empresariais e carregando uma espécie de penalização ao empresário, decorrente da pessoalidade evidenciada na atividade empresarial.^[20]

A legislação falimentar brasileira foi marcada pelas fraudes entre credores e devedores, driblando os direitos que mereciam guarida e demonstrando a insuficiência da regulamentação, diante da realidade social. Por outro lado, a tendência de preservação da empresa, em prol da economia e da sociedade, não se coadunava com tal estrutura legislativa, eminentemente liquidatória. Atendendo aos anseios econômicos, procedeu-se à reforma legislativa do Direito falimentar brasileiro de sorte que hoje se pode falar em Direito falimentar e recuperacional do país. O escopo de reorganização da empresa é fundamental para a realidade econômica;^[21] a liquidação da empresa não responde à sociedade da melhor maneira. Perdem-se empregos, comprometem-se os créditos e o mercado sofre as consequências da bancarrota. Já era tempo de abandonar a herança romana de punição ao devedor e assumir a posição demandada pelas condições sociais de preservação da empresa.

2. A estrutura da recuperação judicial como nova fuga à crise da empresa

O advento da Lei 11.101/2005 consolidou na legislação aquilo que já se apregoava na doutrina da empresa. Ultrapassou esta a noção de figura econômica para assumir a posição de ente social relevante, gerador de riquezas, empregos e de dinamização para o mercado. Não era mais possível ignorar a visão da empresa no bojo da sociedade, a intrincar relações trabalhistas, movimentar tributos e influenciar no mercado econômico. Antes a doutrina, e agora também a lei, não consideram mais que a dimensão da empresa seja reduzida às suas portas; pelo contrário, é forçoso enxergá-la como relevante peça no contexto social.^[22] A empresa é percebida, antes de mais nada, como bem social que é.

A crise da empresa, diante dessa nova perspectiva, é objeto de tratamento radicalmente diverso daquele que antes lhe era concedido. Com o advento da legislação de regência, precedida pelo Código Civil de 2002, que finalmente separou os conceitos de empresário e empresa, a proteção à atividade empresarial, conforme já mencionado, ganhou novo e verdadeiro fôlego. Intenta-se viabilizar a perpetuação da atividade empresarial ameaçada, como orienta o art. 47, baluarte da referida lei.^[23] E o instrumento para tal finalidade é a chamada recuperação judicial.

O instituto foi pensado para que haja verdadeira negociação em prol do atendimento do interesse dos credores e, ao mesmo tempo, para garantir a continuidade da empresa viável, seguindo um plano de reorganização a ser aprovado por uma assembleia constituída pelos credores, inspirado no modelo de barganha norteamericano, no Capítulo 11 daquela legislação^[24]. Não se aplica, pois, a qualquer objeto. É necessário, antes, tratar-se de empresa^[25] – empresário individual ou sociedade empresária – e a legislação exige sua viabilidade. Seria esforço estatal vão e sacrifício desmesurado dos credores movimentar a máquina judiciária e modificar as condições creditícias da empresa sem que ela pudesse cumprir o plano de recuperação. Ademais, colocaria em risco a

saúde econômica daqueles que tinham relações com a empresa inviável.[\[26\]](#)

Para evitar acordos inalcançáveis, empresas arruinadas e sem saída, há certos requisitos a serem atendidos para que efetivamente ocorra a recuperação judicial. Não vale a pena tamanho esforço para uma empresa sem perspectiva. A recuperação implica fazer a sociedade – não apenas os credores, mas sobretudo e diretamente estes – sacrificar-se para reorganizar aquela atividade, compreendida como relevante ao contexto social. É imprescindível, pois, que haja viabilidade – conceito que, para Fábio Ulhoa Coelho, se consubstancia em importância social, compasso entre mão de obra e tecnologia, ativo e passivo demonstrados e passíveis de solução, tempo de existência e funcionamento da empresa e porte econômico.[\[27\]](#)

O aludido plano de recuperação judicial deve discriminar as medidas pensadas para solucionar as dificuldades que enfrenta; a lei sugere, em seu art. 50, algumas iniciativas, mas abre espaço à autonomia da empresa para que considere outras possibilidades[\[28\]](#). O plano deve demonstrar a viabilidade econômica da requerente e deve ser acompanhado de laudos econômico-financeiro e de avaliação dos ativos da empresa, executados por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Obedece ainda a algumas restrições estabelecidas em lei. Créditos trabalhistas vencidos quando do pedido de recuperação devem ser pagos no prazo máximo de um ano e, em 30 dias, os salários atrasados. A alienação de bens onerados e a modificação de garantias reais exigem aprovação expressa do credor respectivo. Assim também a conversão de créditos em moeda estrangeira para a moeda nacional, para evitar que os estrangeiros tenham receios das empresas em recuperação[\[29\]](#).

O plano de recuperação judicial pode conter medidas como a revisão das condições contratadas, seja para ampliar prazo de pagamento, remir certas obrigações ou mesmo fazer ambas as coisas. É também possível estabelecer a substituição de garantias. Importante meio de soerguimento é a realização de operações societárias, como cisão, fusão, transformação; a incorporação é listada por alguns doutrinadores, mas não implicaria

avanço para a recuperanda. Neste caso, é necessário demonstrar a viabilidade destas intervenções, mesmo que ainda não se tenha o conhecimento da outra parte a integrar a relação. Pode haver a constituição de subsidiária integral, mantendo-a com o setor rentável da empresa, a fim de gerar divisas para sua controladora principal. Fala-se também em venda de quotas ou ações; mudança no controle societário, total ou parcialmente, acompanhado de outras medidas; re-estruturação administrativa, a menos que o fundamento da crise seja a situação externa a esta; concessão de direitos societários extrapatrimoniais; re-estruturação do capital; trespasse; renegociação trabalhista, contrato coletivo; dação em pagamento, novação; sociedade de credores para explorar a empresa; venda de bens; realização parcial do ativo não essencial; equalização de encargos financeiros; usufruto da empresa; administração compartilhada entre credores e devedores; emissão de valores mobiliários; adjudicação de bens; criação de sociedade de propósito específico.

Não se pode olvidar que qualquer uma dessas medidas carece da inserção de capital novo no bojo da empresa recuperanda. Sem isso, mesmo as melhores medidas não serão eficazes contra a crise enfrentada.

O plano de recuperação judicial é aprovado pela obtenção da maioria simples, via de regra, em cada uma das três classes em que se subdivide a assembleia de credores. Em geral, configura maioria a concentração de mais da metade do passivo negociado na recuperação judicial. Apenas na classe trabalhista há paridade entre cabeça e voto; não há relação com o valor do crédito. A maioria se caracteriza, neste caso, pelo voto de mais da metade do número de credores.^[30]

Geralmente, integram tais reuniões os credores da devedora sujeitos à recuperação, presentes na lista de verificação elaborada pelo administrador judicial. É possível a impugnação deste rol àqueles credores não citados ali ou cujo crédito destoe da forma como foram dispostos. Se o fizerem, deverão participar plenamente da assembleia de credores, vez que ainda não vige certeza sobre a inadequação do seu crédito à recuperação judicial. Restam ainda sem poder de voto alguns credores, pois sua situação combina interesses conflitantes, listados pelo art. 43 da

LRF[31], e aqueles que, como se verá, não são sujeitos ao referido processo.

Pode haver a elaboração de planos alternativos por qualquer credor, em objeção àquele trazido pela devedora. Comitê e administrador judicial, adiante analisados, também podem fazê-lo.

Pode requerer a recuperação judicial a empresa que ameace falência. É uma providência preventiva cujo empreendimento não cabe a ninguém senão ao próprio titular da empresa. Não é possível conceder recuperação judicial a sociedades em comum, de economia mista, cooperativa ou simples, pois nunca decretarão falência; seria, pois, ilógico conduzi-las à recuperação judicial. Por outro lado, estão excluídas da aplicação deste instituto também as empresas públicas, além das instituições financeiras, integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais, corretoras de câmbio, seguradoras e operadoras de planos privados de assistência à saúde, para assegurar a devida regulação econômica.[32]

Sendo a recuperação um mecanismo preventivo da falência, é incompatível com a situação em que a empresa já está falida. Atente-se para o fato de que não basta a existência de requerimento de falência para impossibilitar a recuperação, mas sua decretação. É exigido ainda para conceder a recuperação, um interregno mínimo de atividade econômica, como meio de aferição da importância econômica da empresa. Antes disso, sua relevância social não se consolidou, na ótica da lei:

“O prazo de dois anos de regular exercício da atividade, que se demonstra mediante a apresentação de certidão do Registro Público de Empresa, tem como função evitar oportunismos [...] Pode-se presumir que o prazo mínimo quanto ao exercício regular da atividade tenha que ver com análise empírica da realidade. A taxa de ‘mortalidade’ de empresas costuma ficar ao redor de 12 meses contados da data de início da atividade [...]”.[33]

Por outro lado, é vedada a recuperação judicial àqueles que a obtiveram há menos de cinco anos. Tal condição infunde em quem observa uma impressão da inviabilidade ou, pelo menos, da incompetência da condução da atividade. Esse prazo é elástico em face de microempresas e empresas de pequeno porte, as quais só podem recorrer a nova recuperação judicial oito anos após a obtenção da primeira. Fica impossibilitada a recuperação ainda quando um dos administradores ou sócio controlador tiver sido condenado por crime falimentar, salvo, atente-se, haja sua reabilitação.[\[34\]](#)

Há requisitos próprios para o empresário individual, por sua condição igualmente peculiar. Pode até ter falido anteriormente, mas desde que, quando do requerimento da recuperação, tenha a declaração de extinção de suas responsabilidades. Também está proibido de obter o benefício se o fez há menos de cinco anos, sem cumprir a recuperação. Sobrevindo falecimento, pode ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros ou inventariante. Também poderá, no caso de sociedade empresária, fazê-lo o sócio remanescente, no caso de impossibilidade dos demais. [\[35\]](#)

Quando da recuperação judicial, a Lei 11.101/2005 fez um recorte quanto ao passivo da empresa recuperanda. Definiu, no seu art. 49[\[36\]](#), créditos sujeitos e não sujeitos à recuperação judicial. Como regra, submetem-se ao juízo recuperacional os créditos existentes quando do pedido de recuperação judicial, mesmo aqueles não vencidos. A primeira exceção ao instituto consiste, por sua vez, nos créditos que são posteriores a tal marco – indevidamente chamados “extraconcursais”, vez que na recuperação judicial não se configura concurso de credores.

A legislação supracitada excetua ainda, em seu art. 49, § 3º, um rol de situações imunes aos efeitos da recuperação judicial. Configuram-se quando o credor é proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, quando se trata de um arrendamento mercantil, sendo o credor proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, até mesmo em incorporações imobiliárias, ou ainda quando o credor seja o proprietário na conjuntura de uma compra e venda com reserva de domínio.

O Código Tributário Nacional (CTN), por sua vez, consolida a ressalva de créditos mais relevante para este trabalho, conforme indicado na introdução e ainda como será desenvolvido adiante. O crédito fiscal não se submete à recuperação judicial, por força do art. 187 do CTN, em redação conferida pela Lei Complementar 118/2005.[\[37\]](#)

A nova percepção da crise da empresa não é insular, como se pode ver. A preservação da atividade empresarial enfrenta problemas reais e precisa estar conectada a cada um deles, através do tratamento que legislação lhes concede. É o caso das relações fiscais da requerente de recuperação judicial. O art. 191-A do CTN estabelece o nexo entre o processo de soerguimento da empresa e a sua situação com o Fisco: “a concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta lei.” Ou seja, afora créditos fiscais cuja exigibilidade esteja suspensa, é incompatível com a concessão da recuperação judicial a existência de passivo fiscal insolvente. A jurisprudência, entretanto, tem mitigado esta exigência, acompanhada pela doutrina:

“Embora a nova lei prestigie a legislação tributária ao exigir a comprovação de quitação do crédito tributário pelo devedor, entendemos que, em sede de recuperação judicial, a exigência das certidões negativas fiscais é de todo descabida, podendo, inclusive, inviabilizar a concessão da recuperação de inúmeras empresas em situação de crise econômico-financeira, o que mitiga o objetivo maior do instituto que é a preservação da atividade econômica.” [\[38\]](#)

A legislação recuperacional faz exigências específicas também no que tange aos requisitos da petição inicial da demanda. A princípio, pode haver oportunidade de emenda, se faltar algo ao texto apresentado, mas, delineado comportamento procrastinatório, o juiz deve determinar categoricamente um prazo, o qual, desobedecido ou cumprido de maneira incompleta, desemboca na decretação de falência. É imprescindível que

seja esclarecida essa possibilidade, dando à recuperanda a faculdade de desistir ou de cumprir os requisitos legais.

Deve conter uma explanação sobre as razões da crise, especificamente, e de sorte que, posteriormente, o plano de recuperação atenda de maneira precisa à resolução dos problemas ora mencionados. Neste momento, o juiz não delibera sobre o mérito dos fundamentos da crise, pois essa percepção só se faz possível durante o processo, mas o oferecimento desta explicação é formalidade essencial da Lei 11.101/2005.

É necessária ainda a apresentação de demonstrações contábeis e relatórios para a compreensão das condições financeiras atuais da empresa em crise e a viabilidade da recuperação. Também deve ser colacionada a relação dos empregados, consignando os créditos trabalhistas respectivos. Indispensável também a juntada dos atos constitutivos da empresa e atos societários de eleição dos administradores atuais[39].

A lei impõe ainda a relação de bens de sócio ou acionista controlador e administradores. No entanto, contrapõe-se a isso a privacidade garantida constitucionalmente no art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” [grifo nosso]. Diante da controvérsia, é possível requerer a recuperação judicial sem o rol em questão, mas deve ser apresentada declaração de exercício do direito constitucional à privacidade.[40]

Determina-se ainda a apresentação do saldo credor e devedor nas instituições financeiras, a fim de fornecer um quadro inicial dos ativos financeiros. É mais um indicativo da potencialidade de re-estruturação da empresa em crise. Ajuntam-se ainda as certidões de protesto existentes nas comarcas da sede e das filiais, sejam elas positivas ou negativas. Sua finalidade não é de determinar ou não o deferimento do processamento da recuperação, mas igualmente de esboçar uma noção da capacidade de soerguimento da empresa.

Cabe ainda instruir a inicial com um arrolamento das ações judiciais em curso, também como indício das perspectivas de recuperação. A escrituração mercantil, por seu turno, não carece de ser juntada aos autos, mas deve estar à disposição do juízo e do administrador judicial, além de suscetível à consulta de qualquer interessado com autorização do magistrado.

Tendo em vista a disposição de todas essas informações nos autos, é necessário que o juiz zele pela preservação de seus dados estratégicos. Assim, evita que seja este mais um problema a enfrentar contra a concorrência, além da crise já configurada.

A distribuição do pedido de recuperação judicial suspende qualquer ação de falência em curso. Fábio Ulhoa Coelho questiona tal consequência, pois pode levar a pedidos inescrupulosos de recuperação judicial, apenas como subterfúgio para retardar o andamento do processo de falência.[\[41\]](#)

Diante da petição inicial revestida de todos os documentos referidos, e preenchidos os requisitos formais do art. 48 da Lei 11.101/2005, o juiz afere a possibilidade de deferir o processamento da recuperação judicial. Verifica-se a viabilidade da empresa, ainda que sumariamente, para garantir um arcabouço seguro ao sacrifício empreendido pelos credores e por toda a sociedade. Este primeiro provimento judicial na recuperação significa que a requerente está apta a apresentar um plano de recuperação aos seus credores. Não fornece a certeza de sua aceitação pelos credores ou da futura homologação judicial. É apenas um “sinal verde” para que se processe a recuperação. É nesta decisão preliminar que se situa o foco do presente trabalho: reflete-se em efeitos que merecem atenção.[\[42\]](#)

Neste despacho inicial, fica definido o administrador judicial, para auxiliar o Judiciário. É pessoa idônea, da confiança do magistrado e atua sob sua supervisão. A lei estabelece preferência para advogados, economistas, administradores de empresas, contadores ou pessoa jurídica especializada. Há uma série de impedimentos listada, recaindo sobre aquele que tenha vínculo de parentesco com representantes legais da recuperanda, seja seu amigo ou inimigo; que não exerceu a função

devidamente em momento anterior, quem fora destituído de tal métier ou do comitê de falência ou recuperação judicial antecedente; e ainda se não prestou contas ou se o fez sem aprovação.^[43] Sobre o comitê:

“Órgão facultativo, composto por integrantes das diferentes classes. Serve, em linhas gerais, à fiscalização do processo através da emissão de pareceres, com a apuração dos fatos e comunicação imediata com o juiz responsável e pode ainda convocar a assembleia de credores. Pela sua maior complexidade, é típico de recuperações judiciais igualmente mais complexas.” ^[44]

Incumbe-lhe o procedimento da verificação de crédito proceder à verificação dos créditos arrolados pela devedora. Assim, certificam-se os credores legitimados à participação da assembleia – lembrando que resta ainda a possibilidade, para aqueles que não constaram na lista trazida pela recuperanda, de habilitação em juízo, a fim de integrar o processo. Ainda assume, na ausência de comitê, a administração da recuperanda quando houver determinação judicial de afastamento dos responsáveis por tal posição na empresa em crise. Será remunerado pela requerente, obedecendo o parâmetro máximo de 5% do passivo, a ser mensurado individualmente pelo juiz.

Também se dá, com o deferimento do processamento da recuperação judicial, a dispensa de exibição de certidões negativas para o desenvolvimento das atividades econômicas pela recuperanda. Ressalva-se apenas a contratação com a Administração Pública, que continua a exigir tais certidões, inclusive para garantir benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A partir desse despacho, a recuperanda fica obrigada à apresentação de demonstrativos mensais de suas contas. A lei assim prescreve com vistas à aferição do cumprimento ou não do plano de recuperação e as condições de re-estruturação da empresa. Vincula também o processo à

intimação do Ministério Público e comunicação às Fazendas Públicas federal, estadual e municipal.

O efeito mais significativo do deferimento do processamento da recuperação é a suspensão das ações e execuções contra o devedor. Trata-se de suspensão por prazo determinado – 180 dias, cuja ampliação vem sendo ponderada pela jurisprudência.^[45] É o chamado stay period, blindagem conferida à empresa em crise até que se apresente o plano de recuperação judicial. Pode se encerrar antes, caso a apresentação do plano preceda o término do prazo legal.

Não se suspendem todas as ações e execuções, contudo. Prosseguem as ações cujo objeto seja quantia ilíquida e as reclamações trabalhistas. E há ainda as ações e execuções referentes aos créditos não sujeitos à recuperação judicial, inclusive aqueles referenciados no art. 49, § 3º; ora, se não se submetem aos efeitos de tal processo, não se sujeitam igualmente a tal trava imposta pela Lei 11.101/2005. Também as execuções fiscais, alheias a esse processo, não cessarão sua marcha.

3. Conclusão: a necessidade de produção da empresa recuperanda:

uma ampliação do suporte fático da norma através de interpretação sistemática

A análise de uma retrospectiva do tratamento conferido à crise da empresa no Direito brasileiro proporcionou a este trabalho importantes subsídios, característicos da contribuição da História também no Direito. O exame do passado ensejou compreensão melhor inserida no presente e capacidade de vislumbrar perspectivas para adiante, no disciplinamento e solução das adversidades empresariais, a partir da preservação da empresa.

Somou-se ao aporte histórico a necessidade de trazer à tona o modelo hoje estruturado de recuperação judicial. Afinal, o objeto de pesquisa é parte deste arcabouço e permeado por conceitos que lhe são

próprios. Após esclarecer tal campo semântico, foi possível revisar este que é um dos procedimentos mais complexos do ordenamento atual.

Entretanto, o intento social do atendimento dos credores não se esgota na empresa devedora e no cumprimento de suas obrigações, embora seja este perfeitamente justo. Para alcançar o desenvolvimento, é a própria sociedade que carece de empresas em pleno funcionamento; o procedimento não existe a fim de fechar-lhes as portas. Ademais, já é de rigor que o espírito preservacionista da Lei 11.101/2005 veio para transformar a visão do ente empresarial, com base na própria Constituição Federal, e na proteção que estabelece à livre iniciativa, à propriedade e à função social desta. Não há, pois, motivo para conceber uma execução predatória, a cobrança pela cobrança, sem conciliar a satisfação dos créditos com a possibilidade de reorganização da empresa.

De fato, se torna prioritária, inclusive para o bem da sociedade, a reestruturação da atividade empresarial. Encontra-se, no art. 47 da Lei 11.101/2005, a impregnar-lhe de sentido, a diretriz principal do tratamento da crise da empresa. É a partir deste argumento, para a manutenção do ente social que é ela, que se defende, após intensa pesquisa, a importância da edificação jurídica da recuperação judicial. O trabalho serviu de mote e inspiração a uma visão mais crítica dos problemas empresariais e a uma releitura da empresa inserida na sociedade.

4. REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências : comentada : Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 : comentário artigo por artigo. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, fev 2005.

_____. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF, out 1966.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. Falência e recuperação – Belo Horizonte : Del Rey, 2007. Disponível em: . Acesso em 2015-11-18.

CAVALLI, Cássio. A norma de configuração do papel social do empresário no direito brasileiro. Disponível em: . Acesso: 2015-11-11.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas – 7. ed. rev. – São Paulo : Saraiva, 2010.

_____. Curso de direito comercial, vol. 3 : direito de empresa – 11. ed. – São Paulo : 2010.

FAZZIO JR., Waldo. A nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo : Atlas, 2005, p. 22-1. Apud: Filardi, Rosemarie Adalardo. Specific agencies of bankruptcy administration and judicial recovery of companies. 2008. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

Filardi, Rosemarie Adalardo. Specific agencies of bankruptcy administration and judicial recovery of companies. 2008. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

FORGIONI, Paula A. A evolução do direito comercial brasileiro : da mercancia ao mercado. Saraiva : 2011.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. A falência e a preservação da empresa : compatibilidade? (Tese de Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <
<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-19022013-102050/pt-br.php>>. Acesso em: 2015-11-17.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. Do despacho de processamento da recuperação judicial de empresas na nova lei 11.101/2005. Cabe recurso? In: Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 53, jul./dez. 2008.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro : falência e recuperação de empresas, v. 4 – 6. ed. – São Paulo, Atlas.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Breve notícia histórica da falência. Falência e meios preventivos de sua declaração, no direito anterior. In: Comentários à lei de recuperação de empresas e falência : Lei 11.101/2005 coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio de A. Moraes Pitombo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SALOMÃO, Luis Felipe. Recuperação judicial, extrajudicial e falência : teoria e prática. – Rio de Janeiro : Forense, 2012.

SANTOS, Jonábio Barbosa dos; Sousa, Nathália Guerra de. Falência e recuperação de empresas : contribuição para a materialização da função social. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN, v. 17, n. 2, maio/ago. 2015. Quadrimestral. Disponível em: Acesso em: 2015-12-06.

SILVA, José Américo Oliveira da. Uma análise multidisciplinar da preservação da empresa como objetivo da nova lei de falências e de recuperação das empresas : o caso da recuperação judicial da Shellmar. (Tese de Mestrado em Economia). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo : 2011, p. 77-81. Disponível em: < <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/9162>>. Acesso em 12 jan 2018.

SZTAJN, Rachel. Da recuperação judicial : disposições gerais. In: Comentários à lei de recuperação de empresas e falência : Lei 11.101/2005 coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio de A. Moraes Pitombo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências : decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, v. I – 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1955.

VASCONCELOS, Ronaldo. Princípios processuais da recuperação judicial. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: . Acesso em: 2015-11-10.

NOTAS:

[1] TRF5 - AMS 93240 PE 0013598-69.2003.4.05.8300 – Relator Desembargador Federal Francisco Barros Dias – Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, DJe 08/10/2009.

[2] FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro : da mercancia ao mercado.** – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 58-62.

[3] FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro : da mercancia ao mercado.** – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 82-83.

[4] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 3 : direito de empresa – 11. ed. – São Paulo : 2010, p. 232.

[5] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências** : comentada : Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 : comentário artigo por artigo. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008. pp. 37-38.

[6] Filardi, Rosemarie Adalardo. **Specific agencies of bankruptcy administration and judicial recovery of companies.** 2008. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.p. 14.

[7] MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro** : falência e recuperação de empresas, v. 4 – 6. ed. – São Paulo, Atlas, pp. 9-10.

[8] VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências** : decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, v. I – 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1955. p. 7.

[9] MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro** : falência e recuperação de empresas, v. 4 – 6. ed. – São Paulo, Atlas, pp. 9-10.

[10] FAZZIO JR., Waldo. **A nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo : Atlas, 2005, p. 22-1. Apud: Filardi, Rosemarie Adalardo. Specific agencies of bankruptcy administration and judicial recovery of companies. 2008. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.p. 17.

[11] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências** : comentada : Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 : comentário artigo por artigo. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008. pp. 39; VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**, : decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, v. I – 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1955. p. 7.

[12] Filardi, Rosemarie Adalardo. **Specific agencies of bankruptcy administration and judicial recovery of companies**. 2008. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, pp. 19.

[13] SANTOS, Jonábio Barbosa dos; Sousa, Nathália Guerra de. Falência e recuperação de empresas : contribuição para a materialização da função social. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN**, v. 17, n. 2, p. 88, maio/ago. 2015. Quadrimestral. Disponível em: Acesso em: 2015-12-06.

[14] Filardi, Rosemarie Adalardo. **Specific agencies of bankruptcy administration and judicial recovery of companies**. 2008. 201 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.pp. 21-23.

[15] VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**, : decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, v. I – 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1955, p. 15.

[16] PENTEADO, Mauro Rodrigues. Breve notícia histórica da falência. Falência e meios preventivos de sua declaração, no direito anterior. In: **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência** : Lei 11.101/2005 coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio de A. Moraes Pitombo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. pp. 63 e ss.

[17] VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**, : decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, v. I – 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1955, p. 16.

[18] VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**, : decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, v. I – 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1955, p. 16-17.

[19] CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação** – Belo Horizonte : Del Rey, 2007, pp. 14-18. Disponível em: . Acesso em 2015-11-18.

[20] SANTOS, Jonábio Barbosa dos; Sousa, Nathália Guerra de. Falência e recuperação de empresas : contribuição para a materialização da função social. **Revista Direito e Liberdade – RDL** – ESMARN, v. 17, n. 2, p. 94, maio/ago. 2015. Quadrimestral. Disponível em: < http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/759/657> Acesso em: 12 jan 2018.

[21] SILVA, José Américo Oliveira da. **Uma análise multidisciplinar da preservação da empresa como objetivo da nova lei de falências e de recuperação das empresas** : o caso da recuperação judicial da Shellmar. (Tese de Mestrado em Economia). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo : 2011, p. 77-81. Disponível em: < <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/9162>>. Acesso em 12 jan 2018.

[22] GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A falência e a preservação da empresa** : compatibilidade? (Tese de Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2012. pp. 8-9. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-19022013-102050/pt-br.php>>. Acesso em: 2015-11-17.

[23] SALOMÃO, Luis Felipe. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência** : teoria e prática. – Rio de Janeiro : Forense, 2012, pp. 7, 14-17.

[24] SILVA, José Américo Oliveira da. **Uma análise multidisciplinar da preservação da empresa como objetivo da nova lei de falências e de recuperação das empresas** : o caso da recuperação judicial da Shellmar. (Tese de Mestrado em Economia). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo : 2011, p. 32. Disponível em: < <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/9162>>. Acesso em 12 jan 2018.

[25] “Conforme configurados pelo Código Civil de 2002, em seu art. 966: com atividade, profissionalidade, economicidade e organização.” CAVALLI, Cássio. **A norma de configuração do papel social do empresário no direito brasileiro**. p. 3. Disponível em: . Acesso: 2015-11-11.

[26] VASCONCELOS, Ronaldo. **Princípios processuais da recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: . Acesso em: 2015-11-10. pp. 29, 74-76.

[27] COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas** – 7. ed. rev. – São Paulo : Saraiva, 2010, pp. 144-145.

[28] SZTAJN, Rachel. Da recuperação judicial : disposições gerais. In: **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência** : Lei 11.101/2005 coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio de A. Moraes Pitombo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 231.

[29] SZTAJN, Rachel. Da recuperação judicial : disposições gerais. In: **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência** : Lei 11.101/2005 coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio de A. Moraes Pitombo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 246.

[30] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 3 : direito de empresa – 11. ed. – São Paulo : 2010, p. 398-400.

[31] Art. 43. Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembleia-geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação. Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica ao cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o 2º (segundo) grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções. BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, fev 2005.

[32] Art. 2º. BRASIL. Lei 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, fev 2005.

[33] SZTAJN, Rachel. Da recuperação judicial : disposições gerais. In: **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência** : Lei 11.101/2005 coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio de A. Moraes Pitombo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 223-224.

[34] COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas** – 7. ed. rev. – São Paulo : Saraiva, 2010, p. 138.

[35] SZTAJN, Rachel. Da recuperação judicial : disposições gerais. In: **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência : Lei 11.101/2005** coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio de A. Moraes Pitombo. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 225.

[36] Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1o Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2o As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

§ 3o Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4o do art. 6o desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4o Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

§ 5o Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4o do art. 6o desta Lei. BRASIL, Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, fev 2005.

[37] Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF, out 1966.

[38] GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Do despacho de processamento da recuperação judicial de empresas na nova lei 11.101/2005. Cabe recurso? In: **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, p.279, jul./dez. 2008.

[39] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências** : comentada : Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 : comentário artigo por artigo. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008. pp. 158-164.

[40] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 3 : direito de empresa – 11. ed. – São Paulo : 2010, p. 413-414.

[41] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 3 : direito de empresa – 11. ed. – São Paulo : 2010, p. 416; COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas** – 7. ed. rev. – São Paulo : Saraiva, 2010, p. 181.

[42] GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Do despacho de processamento da recuperação judicial de empresas na nova lei n. 11.101/2005. Cabe recurso? In: **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, jul./dez. 2008, p. 272.

[43] Arts. 21 e 30. BRASIL, Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, fev 2005.

[44] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências** : comentada : Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 : comentário artigo por artigo. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008. pp. 111-114.

[45] STJ, AgRg no CC 136.844/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015. (2015)

POSSIBILIDADE DE DIVULGAÇÃO DOS RENDIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS EM SÍTIOS ELETRÔNICOS

JÚLIA SÓRIA: Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Brasília - UNB.

Resumo: O presente trabalho busca abordar o Conflito entre o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da CF) e o princípio administrativo da publicidade (art. 37, caput, da CF4), em sua vertente do direito de acesso à informação (art. 5º, XXXIII, da CF5). Solução através da aplicação do princípio da proporcionalidade/razoabilidade e da técnica da ponderação.

Palavras chave: princípio da publicidade, inviolabilidade da intimidade e vida privada.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O conflito entre o princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada com o princípio da publicidade e do acesso à informação – 2.1. A prevalência do interesse público sobre o privado – 2.2. Posicionamento do supremo tribunal federal – 3. Conclusão – 4. Referências Bibliográficas.

1 – INTRODUÇÃO

Atualmente, está disponível nos sítios de órgão públicos o Portal da Transparência, ferramenta de busca de informações sobre cargo, função, situação funcional e remuneração dos agentes públicos do Poder Executivo Federal.

Muito se discute se publicação das referidas informações na internet violaria o disposto no art. 5º, X, da CF/19881, bem como o disposto nos arts. 4º, IV2, e 31 e § 1º da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), que afirmam, em geral, que o tratamento das informações pessoais deve ser feito com respeito à intimidade e à vida privada das pessoas, devendo ter seu acesso restrito.

2 – O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA COM O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E DO ACESSO À INFORMAÇÃO.

A Constituição Federal Brasileira dispõe, em seu Art. 5º, acerca da inviolabilidade da intimidade e da vida privada de seus cidadãos. Desse modo, CELSO RIBEIRO BASTOS ensina que o mencionado artigo:

Oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste ainda na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhe o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

O direito à intimidade diz respeito ao comportamento do sujeito que em nada afeta a esfera da comunidade, ou seja, prevalece tal direito quando não há qualquer lesão ao interesse da sociedade. O direito à vida privada, portanto, deve ser analisado em conjunto com outros princípios constitucionais de grande relevância, como o da publicidade e transparência dos atos administrativos, bem como o dever estatal de prestar contas aos seus cidadãos.

O princípio da publicidade, de acordo com a Carta Magna, é o dever do Estado de divulgar os atos públicos a todos os cidadãos, tendo em vista que a gestão estatal é “coisa pública”, logo é de interesse coletivo. A Constituição garante, ainda, que “ todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade”.

Um estado republicano, como é o caso do brasileiro, deve-se pautar pela total transparência no acesso aos documentos públicos pela sua população, a fim de garantir o controle da atividade estatal como defesa dos cidadãos contra eventuais atos ilícitos cometidos pelo próprio Estado.

Com vistas a garantir a concreção dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, como o da publicidade, transparência e prestação de contas, foi editada em 2011 a Lei Federal de Acesso à Informação, nº 12.527, que dispõe em seu Art. 3º sobre como se dará tal acesso, abaixo transcrito:

Art. 3º. Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

Em 2012, foi então promulgado o Decreto nº 7.724 a fim de regulamentar a aplicação da lei supracitada. Nessa senda, vale destacar o disposto no Art. 7º do Decreto em questão, in verbis:

Art. 7º É dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 12.527, de 2011.

§ 1o Os órgãos e entidades deverão implementar em seus sítios na Internet seção específica para a divulgação das informações de que trata o caput.

(...)

§ 3o Deverão ser divulgadas, na seção específica de que trata o § 1o, informações sobre:

(...)

VI - remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; (grifo nosso)

A lei é clara ao estabelecer, desse modo, a necessidade de divulgação dos salários, bem como outras informações dos servidores públicos em meio eletrônico. Ora, diferente não poderia ser a postura do legislador, dado que os rendimentos dos servidores estatais são pagos pelos cofres do Estado, logo, possuem natureza pública e integram o orçamento governamental, de modo que sua divulgação é medida que se impõe a fim de garantir a devida prestação de contas para com o contribuinte/cidadão.

A Constituição de 88 estabelece a possibilidade de exceções à regra de transparência dos atos públicos, contudo, somente para situações em que o sigilo é imprescindível à segurando do Estado e/ou da sociedade. Ocorre que o compartilhamento dos proventos de servidores estatais no meio online em nada ameaça a estabilidade da nação, de modo que não se configura como exceção à necessidade de respeito ao princípio da publicidade.

Além disso, não há o que se falar em violação ao princípio da intimidade, porquanto os dados divulgados dizem respeito a agentes públicos na qualidade de agentes públicos. A proteção à vida privada fica extremamente mitigada quando se trata de agente público, isto é, um servidor público não pode almejar à mesma privacidade que possui um cidadão comum enquanto servidor estatal. O Ministro Gilmar Mendes entende que este é “o preço que se paga pela opção de carreira pública em um Estado Democrático de Direito”. Destaque-se que informações personalíssimas, como CPF e endereço, não são divulgadas nos portais de transparência, como medida protetiva.

2.1 – A PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO:

A expressão “interesse público” ainda não possui definição única, é uma expressão polissêmica, permeada de carga valorativa e está diretamente relacionada com a realidade cambiante da sociedade atual. O interesse público, portanto, não é um interesse autônomo, mas encontra-se completamente vinculado ao interesse de cada uma das partes que compõe o todo.

A ideia de supremacia do interesse público sobre o privado surge com o advento do Estado Social e os direitos a ele inerentes. Tal supremacia, todavia, não é absoluta, pois só se pode depreender a prioridade de um interesse sobre outro a partir de uma análise detalhada do caso concreto, em que todas as possíveis consequências devem ser apreciadas, de modo que a solução escolhida deve ser aquela menos gravosa aos direitos fundamentais.

No caso em questão, tem-se o conflito entre o interesse privado dos servidores, que não querem ter seus rendimentos expostos em sítio eletrônico disponível a toda população, e o interesse coletivo da sociedade, que possui o direito constitucional de ter acesso aos gastos públicos a fim de controlar e fiscalizar os atos da Administração.

Em casos de difícil solução, como o aqui apresentado, utiliza-se do princípio da racionalidade para garantir o equilíbrio e a justiça no caso concreto a partir da escolha da solução mais adequada e de menos

impacto a direitos essenciais, princípio este que se ramifica em três subprincípios: o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade. Nesse contexto, cita-se os ensinamentos de RAQUEL DENIZEE STUMM:

O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. Em outras palavras, os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida, **impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos** (Canotilho & Moreira, 1993, p. 152). Decorre da natureza dos comandos dos princípios válidos a otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação. **Otimizar implica em relativizar as possibilidades jurídicas de um determinado princípio, tendo em vista o peso do princípio colidente num caso concreto. A decisão de um conflito exige, então, a ponderação a partir do momento em que ele se verificar. (grifo nosso)**

Ora, como exposto acima, o princípio da razoabilidade pode ser traduzido como o juízo de ponderação entre as possíveis soluções de um caso concreto, em que se leva em conta qual delas será ao mesmo tempo mais eficiente e benéfica para todos aqueles possivelmente interessados. Nas palavras de VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, “o princípio da proporcionalidade é aquele que orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma”.

À luz do princípio da razoabilidade, verifica-se que o direito do cidadão de receber informações dos órgãos estatais – informações estas de interesse coletivo – não pode ser obstado pelo direito à preservação da intimidade, visto que não se trata de informação imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O governo possui para com seus cidadãos contribuintes o dever de prestar contas sobre todos seus gastos, e manter com eles relação de total transparência, assegurando assim o efetivo controle social sobre o orçamento estatal e, conseqüentemente, maior eficiência e legitimidade em seus atos. Por integrar o rol de despesas públicas, a remuneração dos servidores deve sim estar inclusa na prestação de contas governamental.

Além disso, a remuneração dos servidores é vinculada ao princípio da legalidade, ou seja, o salário de cada servidor deve guardar correspondência com a previsão legal do teto remuneratório do serviço público e com as metas de responsabilidade fiscal do Estado. O compartilhamento dos proventos, desse modo, é medida que assegura aos cidadãos o controle do respeito ao princípio da legalidade por parte da Administração.

A supressão da divulgação de qualquer gasto que não seja imprescindível à manutenção da segurança do Estado representa grave lesão à ordem pública e a direitos fundamentais, como o direito ao acesso à informação e a publicidade dos atos da Administração.

Resta claro, desse modo, a necessária prevalência do interesse coletivo/público sobre o privado no caso em questão; ora, do contrário maior seria o prejuízo causado à população, o que acarretaria insulto a princípios fundamentais que regem o Estado Democrático, bem como ao supramencionado princípio da razoabilidade, visto que a solução escolhida seria aquela mais gravosa a direitos essenciais.

2.2 – POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O assunto já foi por diversas vezes levado ao conhecimento da Suprema Corte Brasileira, esta, contudo, já possui entendimento firmado no sentido da legalidade da divulgação dos rendimentos dos servidores públicos em sítios eletrônicos. Segundo o Ministro Luiz Fux:

Esta Corte entendeu que o cidadão que decide ingressar no serviço público adere ao regime jurídico próprio da Administração Pública, que prevê a publicidade de todas as informações de interesse da coletividade,

dentre elas o valor pago a título de remuneração aos seus servidores. Desse modo, não há falar em violação ao direito líquido e certo do servidor de ter asseguradas a intimidade e a privacidade. (AgRg na Suspensão de Segurança n. 3902)

Os Ministros da Corte têm adotado sempre posição unânime a favor do compartilhamento de dados dos servidores federais em via eletrônica, em vistas da necessidade de se proteger o acesso à informação dos cidadãos brasileiros. Cabe destacar que os salários dos Magistrados estão também disponíveis nos portais de transparência dos órgãos públicos, conforme afirma o Ministro Ayres Britto “nossa Corte decidiu divulgar, de forma ativa e irrestrita, os subsídios dos ministros e a Remuneração dos servidores do quadro de pessoal do Supremo Tribunal Federal, assim como os proventos dos ministros aposentados, dos servidores inativos e dos pensionistas”

Nessa senda, destaca-se a Ementa da SS 3.902-AgR, que acompanha a linha de raciocínio do presente trabalho, abaixo transcrita:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º

da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. **Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.**

2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano.

3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento

conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.

4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.

5. Agravos Regimentais desprovidos. (grifo nosso)

A prevalência do interesse público, bem como do princípio da publicidade, sobre o interesse privado no presente caso possui o apoio tanto da legislação ordinária e constitucional, como da jurisprudência pacífica da mais alta instância do poder judiciário brasileiro. Desse modo, outra postura não pode ser tomada pela Administração, a não ser a manutenção da publicação dos rendimentos dos servidores públicos nos sítios eletrônicos de cada órgão, através de portais de transparência, a fim de garantir aos cidadãos o exercício de seu direito constitucional, de participação e controle da vida política e administrativa de seu Estado.

3 – CONCLUSÃO

Hoje, admite-se importância da participação da população na tomada de decisões da Administração, bem como na fiscalização e controle de seus atos. Desse modo, a cultura de transparência da ação estatal deve ser incentivada em todos os seus possíveis âmbitos, de forma a preservar os institutos da democracia e da república nacionais, bem como garantir uma atuação mais eficiente do governo, com maior grau de aceitação popular e, conseqüentemente, legitimidade.

Diante todo o exposto, fica evidente que não é inconstitucional e não padece de qualquer ilegitimidade a divulgação, via internet, de informações dos servidores públicos – enquanto agentes públicos – como nome completo, cargo e/ou função e valores dos correspondentes vencimentos brutos e de outras vantagens pecuniárias.

4 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Bastos Celso. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2000.

STUMM, Raquel Denise. Princípio da proporcionalidade no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1985.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. ARAUJO, Luiz Alberto David. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AGRÁRIO BRASILEIRO

ANDRÉ LUIZ PRIETO: Professor, pós-graduado em Ciências Criminais e Advogado Criminalista em Mato Grosso.

Coautor: **RAFAEL KRZYZANSKI,** Advogado em Sorriso-MT.

De início, cabe ressaltar que o direito agrário não pode ser confundido com o direito fundiário, embora este possa fazer parte daquele. Entretanto, o âmbito daquele é muito maior, uma vez que este se reduz a regulação de posse e propriedade. Já o direito agrário trata de todas as relações jurídicas que envolvem a exploração da atividade agrícola e pecuária.

O direito agrário surge, segundo alguns autores, na antiguidade, quando constatamos a existência de leis como o Código de Hamurabi, na Babilônia, e o Pentateuco, na civilização hebraica. Não obstante a isso, temos que o surgimento como ciência jurídica, se dá na modernidade, na Europa, na década de 20, e no Brasil, na década de 60, quando da entrada em vigor da Lei Federal n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, o nosso Estatuto da Terra.

Temos nessa legislação específica, uma ruptura com as normas do direito privado, mais precisamente com o então Código Civil Brasileiro, que era de 1916, na parte que tratava do direito de propriedade e das obrigações, que eram utilizadas para regular os negócios jurídicos que envolviam a exploração agrária. Passou-se, a partir de então, a se analisar tais relações sob a ótica do “bem comum” da sociedade, e não mais da propriedade individual como um direito absoluto, com muito pouca relativização. E esse “bem comum” está ligado diretamente à produção de alimentos e matéria-prima para a indústria, que é, sem dúvida, a vocação do produtor rural.

Podemos assim afirmar, que o direito agrário surge como um ramo autônomo no nosso país com esse importante Diploma Legal, sucedendo, inclusive, uma Emenda Constitucional promulgada naquele mesmo ano de

1964, a EC n. 10, que outorgou a União à competência para legislar sobre essa matéria. E, passados mais de meio século, ainda se mostra hábil para regular as relações agrárias, especialmente porque foi inteiramente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que apenas lhe deu uma nova roupagem, redefinindo seus contornos e fundamentos.

Sem dúvida, a produtividade foi o principal mote para o surgimento do Estatuto da Terra, uma vez que, naquele momento social, havia uma preocupação com as transformações que a sociedade estava atravessando, pois com a mutação de uma sociedade rural para urbana em razão do êxodo no campo, aliado ao aumento da demanda pelos seus produtos, o Estado precisava dar uma resposta. Outro fator de somenos importância fora o avanço das ideias comunistas e socialistas naquela década na América latina que visava extinguir a propriedade individual por meio de uma reforma agrária.

Assim, o Estatuto da Terra acabou visando precipuamente regular a reforma agrária que se pretendia fazer, bem como definir uma política agrícola para o país. A então nova lei tinha a finalidade de facilitar o surgimento de novos proprietários de terras, resolvendo o problema que estava sendo gerado pela improdutividade dos latifúndios, minifúndios e terras devolutas. A intenção era de que os latifúndios se tornassem empresas rurais, e não mero objeto de especulação imobiliária, e os minifúndios se tornassem propriedades familiares capazes de assegurar a subsistência de seus membros, com forte incentivo para o cooperativismo. Assim, a ideia principiológica de “função social” da propriedade seria atingida, mantendo-se níveis satisfatórios de produtividade da terra e conservação dos recursos naturais.

Essa lei mostrou-se bastante avançada, completa e inovadora, pois acabou criando diversos institutos e novidades até então inexistentes, como o módulo rural, critérios de definição de propriedade familiar, latifúndio e minifúndio, o Incra, o cadastramento de imóveis rurais, o processo de discriminação de terras devolutas, ITR progressivo, regulação jurídica de contratos agrários como o de arrendamento e parceria rural, a desapropriação para fins de reforma agrária com indenização por meio de TDA, entre outras.

O Estatuto da Terra sofreu pouquíssimas alterações até hoje, e continua servindo como parâmetro para a edição de outras leis, decretos e normas administrativas de natureza instrutória e regulamentatória. Não podemos esquecer que ainda no contexto de 1988, quando da elaboração da nossa Lei Maior, esse Diploma foi considerado mais avançado que a própria Constituição, daí a sua permanência e atualidade até os dias atuais.

Não obstante a isso, não podemos renegar que o conteúdo do nosso direito agrário é bastante amplo dado às especificidades dos problemas que nosso país ainda enfrenta e que o setor agrícola vive em constante evolução, razão pela qual têm surgido situações de toda a ordem que merecem regulação e interpretação. Temas que envolvem meio ambiente, financiamento rural, contratos de comercialização de produtos, produção orgânica e geneticamente modificadas, segurança alimentar, e outros mais, têm contribuído para a ampliação do objeto de seu estudo.

Em razão disso, cremos que o nosso direito agrário, a semelhança do que ocorrera na Europa, caminha no sentido adotar como ênfase o empresário rural ou sua empresa rural, deixando um pouco de lado as questões relativas à propriedade e posse, que gradualmente vão se consolidando com o tempo. Entretanto, até que isso não ocorra questões como sobreposição de títulos e áreas indígenas precisam de uma atenção especial, pois geram instabilidade e impedem o avanço nas questões mais atuais.

Tudo isso, por certo, exige uma preparação e adequada especialização de todos aqueles que militam nesse ramo, uma vez que certamente serão convocados pelos produtores e empresas rurais em qualquer fase da cadeia produtiva - “antes da porteira”, “dentro da porteira” ou “depois da porteira” - para uma consultoria ou mesmo adoção de medidas administrativas e até judiciais.

“Antes da porteira”, que é a fase preparatória da cadeia produtiva, uma atuação firme pode ser de grande utilidade na análise dos contratos de crédito que financiarão a atividade agrária, dos títulos de crédito, das garantias reais exigidas, dos contratos de arrendamento e parceria rural,

etc. “Dentro da porteira”, quando são aplicadas técnicas de produção, poderão surgir problemas de toda a ordem, que vão desde a não germinação de grãos, que exige uma colheita de provas antecipada, até aqueles de natureza previdenciária, trabalhista e ambiental. E “fora da porteira”, já na fase da comercialização e industrialização, inúmeros problemas contratuais e de pagamento poderão demandar uma intervenção rápida e oportuna, impedindo assim que o produtor não nade e morra na praia.

Portanto, para que a exploração agrária ocorra de forma sustentável, e seja viável economicamente e socialmente, não há como deixar de lado a preocupação e o cuidado com todas essas fases que envolvem a produção, pois as variáveis que regulam o setor são muitas e as exigências legais se avolumam a cada dia, fugindo muitas vezes do controle e do conhecimento até mesmo do produtor.

DE CESARE LOMBROSO A SIGMUND FREUD: MEDICINA, CRIMINOLOGIA E JUSTIÇA NO BRASIL OITOCENTISTA

EMERSON BENEDITO FERREIRA Doutorando em Educação pela Universidade Federal de São Carlos (Bolsista CNPq). Desenvolve investigações vinculadas à linha de pesquisa "Diferenças: relações étnico-raciais, de gênero e etária" e participa do grupo de estudos sobre a criança, a infância e a educação infantil: políticas e práticas da diferença vinculado à UFSCar. É também Advogado. O presente artigo é parte modificada de minha Dissertação de Mestrado.

RESUMO: Este artigo procura analisar quais correntes européias da Criminologia, da Medicina Legal e da Psiquiatria foram responsáveis pela construção da Medicina e do Direito no Brasil do final do século XIX.

PALAVRAS-CHAVE: Século XIX; Medicina Legal; Direito; Criminologia; Psiquiatria



1 Medicina, Criminologia e Direito

Disse certa vez Lombroso¹:

A prova mais segura é no desenvolvimento, na origem da doença. Tanto do delinquente nato como o demente moral datam quase sempre da infância e da puberdade. Livi escreveu: “os dementes morais nascem plasmados naturalmente para o mal”. Savage distingue, como Mendel e Kraft-Ebbing, uma forma de demência moral primária, que se manifesta frequentemente dos 5 aos 11 anos, com o furto, caráter excêntrico, com aversão aos costumes familiares, agitabilidade, incapacidade de educação, crueldade e cinismo extraordinário, sexualidade precoce devido á qual são masturbadores desde o início da vida (2010, p.212).

¹ Cesare Lombroso (1835/1909). Médico Italiano, especialista em psiquiatria, fundador da Antropologia Criminal. Fundou também a Escola Positiva de Direito Penal juntamente com Raffaele Galofaro (jurista - 1851/1934) e Henrico Ferri (socialista - 1856/1929). Os estudos de Cesare Lombroso anteciparam a formação da Psicologia Criminal. Sua obra-prima é “O Homem Delinquente” escrita em 1876 (LOMBROSO, 2010). Acima, capa da primeira edição datada de 1876.

No final do século XIX, medicina, criminologia e direito confundiam-se. O médico Cesare Lombroso criaria a laureada Escola Positiva de Direito Penal e inauguraria a Antropologia Criminal, que bem poderia ser classificada como uma ramificação da Medicina Legal, embora tida como ciência própria naquele período. Como bem sabido, o crime deixou de ser estudado, e o criminoso passou a ser o alvo das investigações. Características como peso, tamanho de crânio e fisionomia, somados a trejeitos familiares² faziam do indivíduo um criminoso nato (LOMBROSO, 2010), e a forma de interpretar este criminoso “veio a modificar o conceito de crime” (SCHWARCZ, 1993, p.216). Então, naquele contexto, tendo as ciências jurídicas certa dependência com a área médica, médicos e psiquiatras passaram a exigir do Estado os mesmos holofotes recebidos pelos juristas (DARMON, 1991; FOUCAULT, 2001).

Antes de fazer um breve apanhado desta interessante disputa, é importante sabermos que o direito (outro setor moralizador dos costumes) aportou em terras brasileiras e se valorizou em paralelo com a medicina. Foi também com a vinda da Família Real ao Brasil que o direito se modernizaria. Antes desta data, todas as manifestações jurídicas, seja normativa, sejam acadêmicas, advinham das Ordenações Filipinas. Após a dita data, “o Brasil é erigido à categoria de Reino Unido”, e desta classificação, advém diversos enunciados locais, nascedouro do direito tupiniquim. (PAULA, 2002, p.218). Neste sentido, era necessário provar “para fora e para dentro que o Brasil imperial era de fato independente, faltando para tanto não apenas novas leis, mas também uma nova consciência” (SCHWARCZ, 1993, p.185). Pelo espírito daquelas ideias, pretendia-se formar uma elite de juristas desprendidos da influência do direito aplicado na Europa, em especial, França e Portugal, escolas que ditavam o tom dos enunciados legislativos e decisões jurisprudenciais daquele Brasil (SCHWARCZ, 1993). Assim, após a Proclamação da Independência, somente continuaram nos ordenamentos jurídicos da época, leis portuguesas que não confrontassem com a soberania nacional.

² “Recordamos a demente moral, citada por Sameli-Pace, com mãe adúltera e pai criminoso; Catarina, citada por Bonvecchiato, com pai beberão; F.A., de G.B. Verga, com pai de caráter grosseiro, irmão pederasta, um outro ladrão, um outro epilético e irmã imbecil; a Maria, de Cantanaro, com irmão vagabundo e dois pacientes meus que tiveram mãe obscena e pai beberão” (LOMBROSO, 2010, p.213).

Para expansão das ideias jurisdicionais em terras brasileiras, criaram-se os cursos de Ciências Jurídicas e Sociais de Olinda e de São Paulo, como medida de independência intelectual (SCHWARCZ, 1993; PAULA, 2002). Com esta medida direcionada à independência intelectual das letras jurídicas, o direito dá um salto acadêmico e abre um campo novo para instituições representativas de classe emergir. Em sete de agosto de 1843, é fundada no Rio de Janeiro a Ordem dos Advogados do Brasil.

Neste ínterim, médicos e advogados já estavam entocados em todas as searas legislativas do País, contribuindo para a confecção das leis pós-independência. Com efeito, em 25 de março de 1824, o Brasil confecciona sua Carta Política. Nela já se decreta uma primeira modernização das instituições jurídicas existentes e aclaram determinações sobre o funcionamento e divisão de seus Tribunais Superiores (de Relação e Supremo Tribunal de Justiça), ambos no Rio de Janeiro.

Nesta Constituição, e pelas mínguas de um mínimo de cidadania naqueles idos, cabe aqui o registro de alguns avanços que fluíram na letra de lei em direção à população mais pobre do País, dentre os quais, a extinção das penas de açoite, tortura, marca de ferro e demais penas cruéis, bem como a separação de réus presos em cadeias por categoria para evitar o que era chamado de contaminação carcerária (PAULA, 2002).

No mais, a instituição do júri passa a ser valorizada e é criado um órgão que seria fundamental nas lidas jurídicas: a instituição do Ministério Público, que após 1838 passa a ser considerada em todo o país a instituição pública responsável pela fiscalização da lei, e após 1841, ao mesmo órgão é reforçada a incumbência de acusar os delinquentes (PAULA, 2002).

Na área da legislação penal, com forte base no sistema processual inglês (acusatório) e francês (inquisitório), é criado em 1830 o Código Criminal do Império, e em 1832, o Código de Processo Criminal. Este último instrumento teve grande importância, pois organizaria a instituição do júri e baniria o processo inquisitorial previsto nas Ordenações Filipinas, obrigando doravante o Ministério

Público a ser o porta-voz da acusação e inquirição, e neste sentido, provar correta sua acusação, sob pena da absolvição do réu (PAULA, 2002).

Sobre os nossos estudos, o Código Criminal do Império passa a legislar mais claramente sobre os crimes sexuais, certamente com aberta influência de médicos e bacharéis movendo pena e tinteiro neste sentido. Os dispositivos do estupro e defloramento³ são vislumbrados com maior cuidado pelo legislador do império, coibindo tais delitos de forma significativa, embora a importância maior na seara penal ainda versasse sobre crimes contra a propriedade, pois “um povo, entre o qual a riqueza é mal distribuída e o trabalho mal recompensado, tem quase por certa a constante repetição dos delictos contra a propriedade” (BARRETTO, 1892, p.66), ou seja, “a sociedade burguesa temia infinitamente mais o roubo e o homicídio do que as fantasias sexuais” (LANTERI-LAURA, 1994, p.54).

Não obstante esta valorização exarcebada de artigos do Código Criminal voltados à proteção e à defesa da propriedade, herança Colonial e das Ordenações Filipinas, uma forte corrente passa a ganhar voz em todo o mundo com o enobrecimento dos estudos da medicina forense. Deste marco em diante, estudos, artigos e trabalhos acadêmicos sobre procedimentos médico-legais passariam a ser observados em clínicas, em universidades e em processos judiciais por todo o mundo. No Brasil, tais estudos se fizeram, em princípio, com doutrinas de países estrangeiros, e depois, no quarto final do século XIX, ganha corpo pelas publicações dos bacharéis tupiniquins das ciências médicas e jurídicas que estavam se formando nas instituições de ensino do País.

Neste raciocínio, pode-se afirmar que o policiar e moldar dos costumes já teria sido realizado em primeiro momento pela medicina, e em sequência, teve na ordenação das leis o coadjuvante perfeito para dar seu devido seguimento. Para a família nuclear continuar com a ‘normalidade’ à que foi afeiçoada, tendo nestes parâmetros a mulher como representante do lar, o homem como provedor da família, a sexualidade servida apenas para procriação e o filho preparado para servir o Estado, os desajustados tinham de ser banidos de alguma forma, pois, “uns

³ A palavra ‘defloramento’ será amplamente usada neste trabalho. Para situar o leitor, preferimos o conceito de Viveiros de Castro: “Defloramento é a cópula completa ou incompleta com mulher virgem, de menor idade, tendo na grande maioria dos casos, como consequência o rompimento da membrana hymen, obtido o consentimento da mulher por meio de sedução, fraude ou engano” (1897, p.37).

precisam ser neutralizados, outros assistidos e outros, ainda, educados” (AGRA, 2012, p.443).

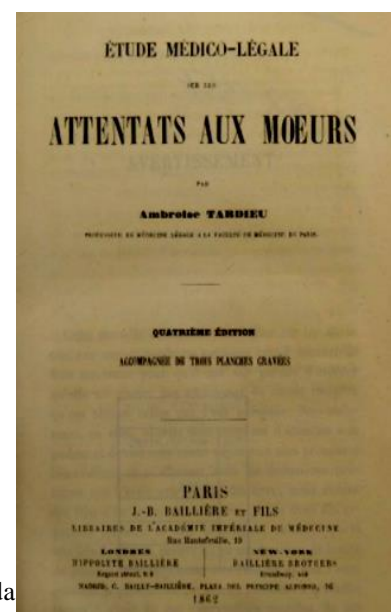
2 Ambroise Tardieu, Krafft-Ebing e os crimes sexuais contra crianças

Deste modo, enquanto o poder legislativo (criador de leis) da maioria dos países continuava a confeccionar suas normas mirando o comportamento social e fornecendo guarita ao ordenamento jurídico (aplicador de sanções), a medicina (normatizadora de condutas), por sua vez se, repartir-se-ia em especialidades. “Reconhecia-se o parentesco entre a medicina legal e a higiene (ou medicina social), ambas compondo aquilo que seria a ‘medicina política” (ANTUNES, 1999, p.32). Assim, e somente assim, conseguiria observar, medir e classificar a crescente infinidade de indivíduos que se apresentavam perante a sociedade com condutas consideradas anormais. Nestes termos, a medicina legal ficaria encarregada, em primeiro momento, de realizar os exames necessários para a elucidação de crimes, fazendo-os através de práticas periciais, a psiquiatria ficaria incumbida de desvendar os segredos da mente, estudando comportamentos de pessoas que deveriam ou não ser afastadas da sociedade, a higiene continuaria em campo com cuidados dirigidos à urbanização e saneamento (ANTUNES, 1999), enquanto a criminologia estudaria as condutas do próprio indivíduo, ou seja, o criminoso. Todas elas terão suas funções positivadas no final do século XIX, como veremos mais adiante.

No que diz respeito aos estudos da medicina legal voltados aos delitos sexuais, vamos encontrar em Ambroise Tardieu⁴ o primeiro trabalho dirigido especificamente para os crimes sexuais envolvendo crianças.

Na obra *Etude Médico-Légale sur les attentats aux mœurs*, o médico francês reuniu 339 casos de tentativas e consumação de estupro em crianças com idade inferior a onze anos de idade. O estudo constatou que a proximidade dos entes

4 Auguste Ambroise Tardieu (1818-1879). Acima, capa da edição Francesa da



familiares facilitaria a consumação dos crimes, pois os “laços de sangue, longe de opor uma barreira a essas culpáveis seduções, em geral só as favorecem, os pais abusam das filhas, os irmãos abusam das irmãs” (MAZET, 1997, p.203).

Até aquele momento, como já observado anteriormente, tínhamos os médicos higienistas combatendo com dureza o ato do onanismo, que era considerado o único tipo de perversão. Com Tardieu, tivemos um estudo dos excessos sexuais, que antes não apareciam como abusos. Agora, após os estudos deste médico francês, a pederastia e a sodomia (hoje classificados como homossexualidade e coito anal) seriam observados com maior cuidado (SALLES, CECCARELLI, 2010). Assim, as teorias advindas da obra de Tardieu seriam a passagem da antiga classificação unitária de perversão relacionada somente ao onanismo (classificação iluminista) para adentrar o período industrial com um novo tipo de depravação, a homossexualidade travestida do termo ‘pederastia’, embora Tardieu nunca tenha nominado tais conceitos, chamando os crimes que envolviam a pederastia e a sodomia de *namelles crimes*, ou seja, crimes sem nome (SALLES; CECCARELLI, 2010).

As obras de Tardieu retumbaram pelo mundo e aqui, no Brasil, influenciaram Viveiros de Castro no longínquo ano de 1894:

O livro de Tardieu, *Etude Médico-Légale sur les attentados aux moeurs*, tornou-se um desses livros clássicos que marcam época na ciência e immortalizam seu autor. Vem ali traçado um quadro completo, magistral das condições em que se exerce a pederastia em nossos dias, descriptos minuciosamente os signaes phisicos que a fazem reconhecer e discutidas as mais interessantes questões da medicina legal. (1934, p.217-218)

Após Tardieu, o jurista alemão K. H. Ulrichs⁶ publicaria, em 1860, um estudo sobre o homossexualismo⁷. O termo usado para denominar a atitude homossexual por Ulrichs foi ‘uranismo’, atitude da qual ele era o principal adepto. Os uranistas, segundo o autor, “tinham, congênita e irredutivelmente, uma alma de mulher num corpo de homem, e só podiam experimentar desejo e paixão por

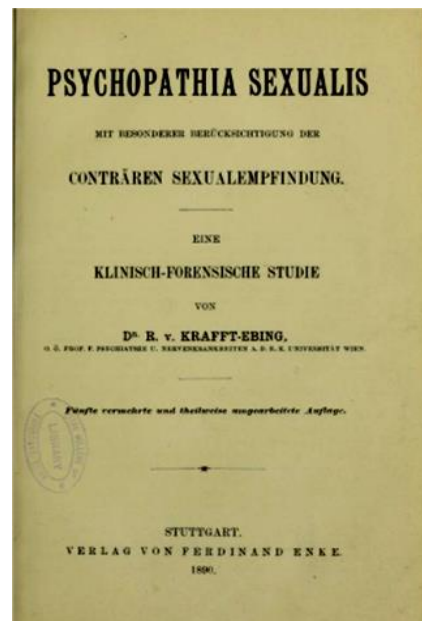
⁵ Trabalhamos com a terceira edição da obra (1934). A primeira edição foi publicada em 1894.

⁶ Karl Heinrich Ulrichs (1825-1895).

⁷ Embora o termo tenha aparecido pela primeira vez com a publicação de um panfleto em 1869 por Karl Maria Kertbeny e republicado por Magnus Hirschfeld e Havelock Ellis em 1905 (PRETES; VIANA, 2008), Ulrichs e Westphal possuem trabalhos mais completos sobre o tema.

homens viris” (LANTERI-LAURA, 1994, p.30). Assumido defensor do homossexualismo, Ulrichs foi uma flâmula verdejante em meio a um universo de moralistas acinzentados. Ele lutava para diferenciar o uranismo de atitudes de pederastia⁸, salientando que “os uranistas, (...) desejavam o homem enquanto totalmente masculino, inversamente aos pederastas, que desejavam o adolescente masculino na medida em que este ainda não era viril e comportava traços andróginos” (LANTERI-LAURA, 1994, p.30). Em outros termos, Ulrichs lutava para que a preferência sexual não fosse confundida com devassidão. Futuramente conseguiu o seu intento, pois em sua época, o homossexualismo era considerada ato criminoso, passando de delito a doença, e isentada desta pecha atualmente.

Em outra vertente, uma tipificação psiquiátrica desprezada no século XIX tornar-se-ia uma coqueluche no final do século XX. Filhote da pederastia, o termo ‘pedofilia’⁹ se transformaria no final do século citado na principal ferramenta de combate aos abusos sexuais contra crianças. Talvez pela valorização da infância durante todas as décadas do dito século, o termo passou a influenciar as áreas médicas e a ser o embrião de diversos dispositivos jurídicos que correram ao encontro da punição dos ditos ‘perversos’. No século XIX, sua primeira previsão foi por meio do psiquiatra alemão Krafft-Ebing¹⁰, que escreveria a tão comentada obra ‘*Psychopathia sexualis*’. Nesta obra, um verdadeiro inventário das perversões humanas, a



⁸ Parece que Ulrichs teve muita dificuldade em impor o seu pensamento pelo mundo em uma sociedade dominada pelo machismo e moralismo. Especificamente no Brasil, Viveiros de Castro o atacou fortemente. Embora reconhecendo o talento de Ulrichs, o jurista salientava que ele “era entretanto um pederasta passivo. Seus livros contém muitas considerações psicológicas de alto valor, muita observação exacta, muitos detalhes de costumes. Mas foi longe em suas conclusões. Chegou a pedir que o casamento entre os homens fosse permitido” (1934, p.218).

⁹ Prática sexual de adultos com crianças. Perversão que leva um adulto a sentir atração sexual por crianças (AULETE, 2004, p.603).

¹⁰ Richard Von Krafft-Ebing (1840-1902). Acima, capa da obra citada datada de 1890.

homossexualidade¹¹ mostrava-se como o fio condutor de todas as depravações. O restante, de forma sintética, era classificado da seguinte maneira: a)- ridículo (sadismo, masoquismo, fetichismo, exibicionismo); b)- monstruoso (pedofilia, gerontologia etc...) LANTERI-LAURA, 1994). A obra dividiria a sexualidade em ‘normal’ e ‘perversa’, despejando desta forma a já declarada preocupação com aqueles indivíduos que não se enquadram na sociedade. Krafft-Ebing acabaria fazendo com que seus escritos encravassem nos corpos e condutas dos indivíduos de maneira a classificá-lo, de maneira a medir sua inteligência e passa a constituí-lo “em razão de ser e ordem natural da desordem” (FOUCAULT, 1999, p.44).

Com efeito, enquanto no mundo a psiquiatria adentrava o campo das perversões, no Brasil, a preocupação ainda era com os internatos onde eram recolhidos dementes e insanos. Estes locais eram os temidos asilos¹², pois como dizia Magalhães na efervescência dos acontecimentos; “de todas as moléstias que afligem a humanidade, a loucura me parece a mais deplorável (...)” (1873 apud ANTUNES, 1999, p.88). Por aqui, os médicos de asilo eram representados por clínicos gerais e legistas, e não possuíam especialização em psiquiatria (PICCININI, 2002).

3 De Cesare Lombroso a Sigmund Freud

Após a proclamação da República, “o passado escravista, a imigração desordenada, os costumes ‘inadequados’ da maior parte da população (...) aparecem como perigos difusos e multiformes” no tocante à construção de uma nova sociedade amparada “em torno dos dispositivos jurídicos e políticos contratuais” (ALVAREZ, 2003, p.179). Neste contexto e no sentido de dar modernidade aos estatutos jurídicos e sociais, o Estado confecciona e contempla a

¹¹ Segundo Jurandir Freire Costa, “o homossexual era execrado porque sua existência negava diretamente a função paterna, supostamente universal na natureza do homem” (1978, p.247/248).

¹² Sobre os pioneiros da psiquiatria, temos: Phillipe Pinel (1745-1826), considerado por muitos o pai da psiquiatria. Jean Étienne Dominique Esquirol (1772-1840) trabalhou com Pinel e confeccionou importantes estudos sobre assistência aos insanos, criando para estes indivíduos o que denominaria de asilo. Foi um dos pioneiros em classificações mentais, criando termos empregados até hoje como idiotia, demência, alucinações, além de distinguir mania de monomanias. Jean Pierre Falret (1794-1870), deu continuidade aos estudos de Esquirol e Benedict August Morel (1809-1873), sofreria influência de Falret e se tornaria um dos pioneiros na Medicina Legal da França do século XIX (PICCININI, 2002).

sociedade brasileira com uma nova Constituição Federal, um novo Código Penal e um novo Código de Processo Penal. Na seara de crimes sexuais, a legislação penal passou do dispositivo previsto no Código Criminal Imperial “*dos Crimes contra a segurança da honra (artigos 218 a 228)*” para o dispositivo “*dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor (artigos 226 a 276)*”. Percebe-se na transição dos códigos uma preocupação maior com a honestidade das famílias e a preservação da honra da mulher honesta¹³. Também, crime e criminalidade passam a ser observados bem de perto, pois existia na elite do País um medo exacerbado de uma dissolução social. “Por isso a criminologia encontrou então uma recepção tão favorável, não apenas como instrumento de combate ao crime, mas principalmente de regeneração social” (ALVAREZ, 2003, p179).

Agora é o momento de voltarmos novamente nossos olhos a Cesare Lombroso. A Escola Positivista de Lombroso espalhava-se pelo mundo, tendo adeptos e contrários. A nova mentalidade que se mostrava como uma revolução científica acabou, naquele contexto histórico, por unir os ramos da medicina, a criminologia e a Escola Positivista recém-inaugurada, pois:

Partilham um mesmo quadro geral de referência (as degenerescências humanas), o mesmo ideal de ciência (o positivismo), os mesmos esquemas explicativos (hereditariedade, viabilidade, meio), os mesmos métodos (observação e experimentação), a mesma concepção de homem e de sociedade (naturalismo, evolucionismo, progresso) e as mesmas práticas: eliminação, neutralização, proteção, defesa, regeneração, profilaxia. É no seio desta matriz epistêmica, tronco comum pré-científico, de natureza antropológico-social, que a psiquiatria e a criminologia se positivam (no sentido das formações epistêmicas descritas por M. Foucault na *Arqueologia do Saber*, 1969). É a partir dele que bifurcam, como ramos disciplinares autônomos, em

¹³ Aqui cabe uma interessante ressalva. Tobias Barretto em sua obra “Menores e Loucos” faz duras críticas a incoerência de tratamento que a mulher vinha recebendo nos ordenamentos jurídicos da época. O jurista lembra que, na área Cível, a mulher não possuía direito algum, enquanto na Criminal, ela era condenada na mesma proporção que se condenava os homens. Diz o autor: “A mulher que na opinião de todos os cavalheiros de um baile, ou de todos os convivas de um banquete, inclusive legisladores e juristas, (...) a mulher que na opinião de todos estes, quando os sons de uma linda walsa convidam a dançar, ou o sabor dos licores desafia a musa do brinde, é a princesa dos salões e a estrela que mais brilha nas grandes solemnidades, volta a ser no dia seguinte, na opinião dos mesmos peritos, uma criança permanente, que não pôde ter completa autonomia, que não deve ser abandonada a si mesma (...). Se a mulher é naturalmente fraca (...) por que razão todas estas considerações não se estendem até os domínios do direito criminal?” (1926, p.19-20).

formações ascendentes, em busca do estatuto de “ciências” (AGRA, 2012, p.433).

Este encontro das ciências médicas com a criminologia teve influência no pensamento acadêmico brasileiro, seja no âmbito da medicina, seja nas lidas jurídicas. A escola positivista de Lombroso era amada e odiada. Elucidando o espírito daquele final de século, eis os ensinamentos de uma testemunha ocular dos acontecimentos:

Hoje, porém, que a direção dos espíritos é diversa. Hoje que a philosophia cedeu o passo às sciencias naturaes, de cujos triumphos a medicina é a melhor representante e mais apta vulgarizadora, aparece o reverso da medalha. Os penalistas pathologos e psycchiatras surgem aos grupos e tornam com as suas ideias pretendidas originaes, não poucos livros e revistas completamente illegiveis. É um defeito característico da actualidade. Todos os paizes cultos têm mais ou menos pago o sue tributo á essa tendência da época. Mas sobretudo a Italia é o phenomeno. Já vae tomando proporções de mania. Alli surgio nos últimos tempos uma nova escola, que agrupada em torno do professor Lombroso e outros médicos, somente médicos, exagerando por demais a pequena somma de verdades que a psychiatria pode fornecer á theoria do crime, tem chegado quase ao ponto de fazer do direito criminal um anachronismo, e do criminalista um órgão sem função, um órgão rudimentar da sciência jurídica (BARRETTO, 1892, p.58).

Lanteri-Laura salienta que a importância de Lombroso se dá pelo fato de que sua escola acabou por “eliminar toda a religiosidade maldita que cercava os delitos e crimes” (1994, p.53). É que a elite já não conseguia mais manter o povo reverenciado por meio da moral religiosa, e, assim, a concepção positivista veio ao encontro para cumprir a função que antes era ecumênica, “fornecendo à burguesia esclarecida um discurso simultaneamente proferido em nome da ciência, como progresso, e passível de ser efetivamente entendido” (LANTERI-LAURA, 1994, p.59). O autor ainda sustenta que a criminologia passou a ser distinta do direito penal na medida em que o exame clínico se mostrava contrário à própria instrução do processo. Foi neste momento que o crime deixou de ser a personagem principal e tornou-se coadjuvante processual (LANTERI-LAURA, 1994). Afinal, era o criminoso é que tinha de ser estudado. Sua vida, sua família, seus antecedentes, suas características hereditárias, enfim, todo um herbário de caracteres que moveria sua mão violenta e levá-lo-ia a ter praticado o crime e a ter nascido com o estigma de um criminoso nato.

Para alguns juristas renomados, a Escola Lombrosiana apresentava-se como uma panacéia para todos os males do País:

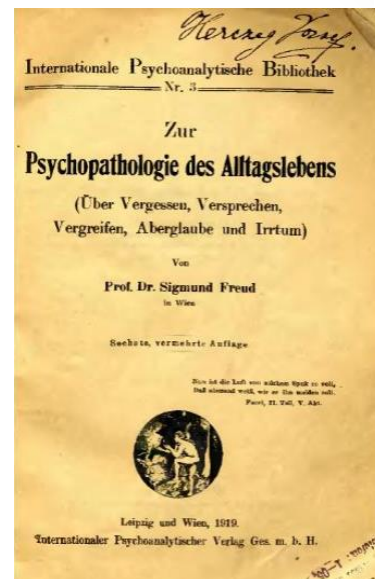
A nova escola penal, acusada pelos juristas de subordinar o direito á medicina considerando o delinquente um caso pathologico do domínio da psiquiatria, abriu entretanto vastos e novos horizontes ao direito penal, descortinou-lhe um mundo desconhecido, deu-lhe uma vida exuberante e rica. O direito penal se ergue ao nível da economia política de uma sciencia social. A economia política se occupa da actividade bemfazeja, da expansão industrial e commercial, regularizando as leis da offerta e da procura, procurando melhorar as condições materiaes, o bem-estar das classes desfavorecidas da fortuna. A anthropologia criminal se occupa da actividade malfazeja, que é também uma das fôrmas da luta pela vida, garantindo a defesa social. (...) É a investigação das causas que contribuem para o desenvolvimento ou diminuição da criminalidade. Os factores são phisicos, physiologicos, Moraes e sociaes. (...) (CASTRO, 1913, p.22-23).

No Brasil, com a instituição do novo Código Penal e a necessidade crescente de frear a pobreza e a delinquência que não paravam de florescer, os dispositivos da teoria lombrosiana acabaram por encontrar na elite intelectual um campo fértil. A Escola Positivista conquistava um enorme contingente de médicos legistas mundo afora, e ainda que discordassem de alguns pontos apregoados pela corrente, “eles nunca deixam de imolar à doutrina lombrosiana em seus relatórios sobre a personalidade dos assassinos examinados” (DARMON, 1991, p.174). O principal médico legista brasileiro a adotar os ensinamentos positivistas foi Nina Rodrigues¹⁴. Juntamente com o psiquiatra Franco da Rocha, Nina Rodrigues via na escola de Lombroso a oportunidade de a medicina estreitar relações com o direito (ALVAREZ, 1993).

Então, esta relação direito versus medicina tornou-se uma disputa pelo poder. A medicina, que já usava de seus conhecimentos no campo da psiquiatria para afrontar o direito, agora tinha no campo da criminalidade uma espécie de trampolim para alcançar o poder. Com efeito, “graças ao criminoso nato, o médico tornar-se-ia, com certeza, o senhor do tribunal” (DARMON, 1991, p.16).

¹⁴ Raimundo Nina Rodrigues (1862-1906) foi professor da Faculdade de Medicina da Bahia, considerado pela classe o pioneiro da Medicina Legal no Brasil (ALVAREZ, 2003).

Podemos dizer que a briga por território continuou até o advento da psicanálise. Sigmund Freud, com seus estudos, retira o fardo de perverso e delinquente daquele que era frequentemente estigmatizado como ser propenso à perversão, ao crime e à loucura, maldição esta que teria herdado ou que teria adquirido por seu mau comportamento, e passa a prescrever que é a normalidade que é frágil e precária (LANTERI-LAURA, 1994). Como vimos, a psiquiatria até então enquadrava todas as atitudes tidas por ela como anormais, como atitudes perversas. Sigmund Freud¹⁵ muda esta concepção e passa a conceituar melhor o termo '*perversidade*', retirando dele sua sombria concepção genérica e empregando um significado mais restrito ao termo. Com isso, acaba incomodando os moralistas, pois se a normalidade é que é precária, qualquer um, em qualquer momento, poderia sucumbir e tornar-se um anormal. Seria então esta eterna e incômoda linha tênue entre normalidade e loucura que incomodaria tanto a elite moralista da época e mudaria para sempre os rumos da psiquiatria.



4 Considerações Finais

Assim, a psicanálise vem como novo braço das ciências médicas, um novo controle. Um novo conceito médico para um novo mundo, como salienta Deleuze ao prefaciar a obra de Donzelot:

(...) foi o de fazer flutuar as normas públicas e os princípios privados, as perícias e as confissões, os testes e as lembranças, graças a todo um jogo de deslocamentos, condensações, simbolizações, ligado às margens parentais e às instâncias psíquicas que a psicanálise mobiliza. Tudo se passa como se as relações Público-Privado, Estado-Família, Direito-Medicina, etc., tivessem ficado muito tempo sob um regime de padrão, isto é, de lei que fixasse relações e paridades, mesmo com grandes margens de flexibilidade e de variação (...). A psicanálise pode muito bem falar da Lei, mas faz parte de outro regime (...). A psicanálise nada mais é do que um mecanismo entre muitos outros, e

¹⁵ Sigmund Freud (1856-1909). Acima, capa de um de seus livros “A psicopatologia da vida cotidiana” publicado originalmente em 1901.

não o mais poderoso; mas ela os impregnou a todos, mesmo devendo desaparecer ou fundir-se neles (1986, p.7-8).

A medicina conseguiria então adentrar com sucesso no campo do direito. Todas as leis que estavam sendo confeccionadas possuíam em seu ordenamento um arcabouço de dispositivos que agravavam ou atenuavam as penas. Todas estas traduções seriam realizadas pelos vários tentáculos da medicina. Querendo ou não, seus relatórios seriam fundamentais para o deslinde de qualquer processo no âmbito jurídico.

Percebem-se dois contedores destacados: de um lado o remédio, de outro a lei; o veneno previsto por uns, o antídoto na mão dos outros. Se para ‘os homens de direito’ a responsabilidade de conduzir a nação estava vinculada à elaboração de um código unificado, para os profissionais médicos somente de suas mãos saíam os diagnósticos e a cura dos males que assolavam a nação. Enquanto os pesquisadores médicos previam a degeneração, constataavam as doenças e propunham projetos higienistas e saneadores, bacharéis acreditavam encontrar no direito uma prática acima das diferenças sociais e raciais (SCHWARCZ, 1993, p.315-316).

A medicina sabia que, para manter viva a situação de tradutora “exclusiva do obscuro”, teria de inventar “cada vez mais fatos, distinções e classificações novas no corpo dos indivíduos e do sentimento da família” (COSTA, 1979, p.71).

Assim, temos no surgimento da psicanálise no início do século XX a completa e plena intervenção da medicina no ambiente familiar (CASTEL, 1991). Triunfante, a medicina finalmente conseguiria, em toda a sua integralidade, medicalizar condutas, corpos e almas.

5 Referências

AGRA, Cândido da. **A criminologia: um arquipélago interdisciplinar**. Porto: Universidade do Porto, 2012.

ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil**. São Paulo: Método, 2003.

ANTUNES, José Leopoldo Ferreira. **Medicina, leis e moral. Pensamento médico e comportamento no Brasil (1870-1930)**. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 1999.

AULETE, Caldas. **Minidicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

BARRETTO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892.

BARRETTO, Tobias. **Menores e Loucos**: fundamento do direito de punir. Sergipe: Edição do Estado de Sergipe, 1926.

CASTEL, Robert. **A ordem psiquiátrica**: a idade de ouro do alienismo. 2. ed. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1991.

COSTA, Jurandir Freire. **Ordem médica e norma familiar**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

DARMON, Pierre. **Médicos e assassinos na Belle Époque**: a medicalização do crime. Tradução de Regina Grisse de Agostino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**. Tradução de M. T. da Costa Albuquerque. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

FERREIRA, Emerson Benedito. Pequenos indesejáveis: crianças pobres e delinquentes em páginas de um periódico na Ribeirão Preto do início do século XX (1910-1918). **Derecho y Cambio Social**, nº 47, ano XIV, 2017. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista047/PEQUENOS_INDESEJAVEIS.pdf. Acesso em: 4 abr. 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. - Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**: Curso no Collège de France (1974-1975) – Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LANTERI-LAURA, Georges. **Leitura das Perversões**: história de sua apropriação médica. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2010.

MAZET, Philippe. Problemas exemplares para a psiquiatria da criança e do adolescente. In: GABEL, Marceline (org). **Crianças vítimas de abuso sexual**. 2. ed. Tradução de Sônia Goldfeder. São Paulo: Summus, 1997.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Brasileiro**: Das origens Lusas à Escola Crítica do Processo. Barueri – SP: Manole, 2002.

PICCININI, Walmor J. História da psiquiatria. Psiquiatria forense no Brasil a partir de suas publicações. **Psychiatry on line**. Maio de 2002, vol. 7, nº 5. Disponível em: <http://www.polbr.med.br/ano02/wal0502.php>. Acesso em 06 set. 2013.

PRETES, Érika Aparecida & VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vinhena Schayer Sabino, ABREU, João Francisco de. **Iniciação científica: destaques 2007**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2008.

SALLES, Ana Cristina da Costa; CECCARELLI, Paulo Roberto. **A invenção da sexualidade**. Reverso, Belo Horizonte, ano 32, nº 60, p.15-24, set. 2010.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. **Os delictos contra a honra da mulher. Adulterio. Defloramento. Estupro. A sedução no Direito Civil**. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha – Editor, 1897.

VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. **Attentados ao pudor. Estudos sobre as aberrações do Instinto Sexual**. 3. ed. Rio de Janeiro; Livraria Editora Freitas Bastos, 1934.

PRINCIPAIS INOVAÇÕES NAS INTERVENÇÕES DE TERCEIROS NO NOVO CPC

CARMELITA ANGELICA LACERDA BRITO DE OLIVEIRA: Advogada. Bacharel em Ciências Contábeis (2010); Bacharel em Direito (2011); Especialista em Direito Constitucional e Administrativo (2014); Especialista em Direito Processual Civil (2015); Mestranda em Direito pela UFC.

Resumo: O presente artigo busca analisar criticamente as principais inovações no tocante às modalidades de intervenção de terceiros no Novo Código de Processo Civil.

Abstract: This article aims to criticize, under a principled perspective, the main innovations third party intervention by of the new Brazilian Civil Procedure Code.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Intervenção de terceiros. Novo CPC. Assistência. Denúnciação à lide. Chamamento ao processo. Amicus curiae. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Sumário: Introdução. 1. Noção de terceiro 2.Assistência 3.Denúnciação à lide. 4.Chamamento ao processo 5. Amicus curiae. 6.Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A interferência processual de terceiro se justifica, além da economia processual, pelo desígnio de criar meios de evitar reflexos do processo sobre relações mantidas por alguma das partes com quem não esteja figurando na relação processual.

Assim, pode-se defender um direito à intervenção legitimado pelo interesse e reconhecido ao *extraneus*, consistente em evitar efeitos reflexos da sentença sobre relações interdependentes, ou seja, relações

que, embora não deduzidas no processo, dependam do resultado favorável do litígio em prol de um dos litigantes.

O Novo Código de Processo Civil – lei 13.105/15, dedica o Título III do Código inteiramente à regulação das espécies de intervenção de terceiros .

A opção da novel legislação em organizar as modalidades interventivas em título diverso do reservados às Partes Processuais fez com que a disciplina ganhasse maior rigor científico e clareza procedimental.

Embora nem todas as alterações previstas na Exposição de Motivos ao Ante Projeto^[1] tenham efetivamente prevalecido (à exemplo da unificação da denunciação à lide e o chamamento ao processo), claramente, o novo CPC, orientado pelos princípios da celeridade, da economia processual e da busca por um menor formalismo, simplificou a sistemática de intervenção de terceiro.

Com isso, extinguiu-se a nomeação à autoria e a oposição (que transmutou-se em procedimento especial), inclusive, em prol da necessária coerência e unidade da codificação. Por não serem mais formas de intervenção não serão abordadas nesse trabalho.

Serão analisadas as modalidades espontâneas, iniciando-se com assistência, em suas modalidades simples e qualificada, o chamamento ao processo e a denunciação à lide.

Por fim, serão tercidas considerações acerca das figuras da desconsideração da personalidade jurídica e do amicus curiae, inovações, que, embora já tivessem bastante aplicação prática, careciam de regulação específica, o que ocasionava, não raro, casuímos e dúvidas quanto a sua natureza jurídica e forma de utilização.

1. NOÇÃO DE TERCEIRO

A parte no processo pode ser entendida como aquele que demanda ou aquele que é demandado. Assim o conceito de parte envolve diretamente a relação jurídica estabelecida no bojo do processo, sendo o terceiro um extranho à essa relação.

Nesse sentido são as lições de Humberto Theodoro Junior^[2]:

“Pode-se, portanto, distinguir dois conceitos de parte: como sujeito da lide, tem-se a parte em sentido material, e como sujeito do processo, a parte em sentido processual. Como nem sempre o sujeito da lide se identifica com o que promove o processo, como se dá, por exemplo, nos casos de substituição processual, pode-se definir a parte para o direito processual como a pessoa que pede ou perante a qual se pede, em nome próprio, a tutela jurisdicional.

A que invoca a tutela jurídica do Estado e toma a posição ativa de instaurar a relação processual recebe a denominação de autor. A que fica na posição passiva e se sujeita à relação processual instaurada pelo autor, chama-se réu ou demandado. Mas, para que o processo se desenvolva até a efetiva solução da lide, não basta a presença das duas partes interessadas, é necessário que os sujeitos processuais sejam partes legítimas.

Por outro lado, uma vez que não apenas autor e réu intervêm no contraditório, que constitui a essência da atividade processual à procura do provimento jurisdicional, é preciso buscar um conceito de parte processual de tal dimensão que possa abranger também os terceiros intervenientes, os quais, sem dúvida, exercem direitos processuais e se sujeitam a

ônus e deveres no âmbito da relação dialética do processo.”

Aquele que intervém no processo de outrem, portanto, não é parte da relação jurídica processual, sua posição é de terceiro que tenta apenas auxiliar uma das partes a obter vitória processual.

O terceiro não objetiva com sua intervenção a tutela de direito próprio, mas de outrem, embora tenha um interesse próprio a proteger, ainda que indiretamente.

Por isso, não obstante se possa atribuir ao interveniente a qualidade de parte, no sentido puramente processual, o litígio pendente não será de sua titularidade, não lhe sendo facultado a alterar o objeto da demanda.

2. ASSISTÊNCIA

No novo Código de Processo Civil- Lei 13.105/15, a Assistência abre o capítulo das intervenções de terceiros. Trata-se de mudança (arts. 56 a 80 do CPC73) que veio a atender os reclames da doutrina e jurisprudência que não divergiam sobre a natureza jurídica do instituto como uma forma de intervenção, mesmo quando o assistente fosse considerado litisconsorte.

O assistente ingressa de ingressa espontaneamente em lide alheia para auxiliar uma das partes. O requisito autorizador da assistência é a demonstração de interesse jurídico, ou seja, pressupõe um vínculo jurídico entre uma das partes e o assistente, não se admitido o interesse moral econômico ou de qualquer outra natureza:

“Dessa forma, somente será admitido como assistente o terceiro que demonstrar estar sujeito a ser afetado juridicamente pela decisão a ser proferida em processo do qual não participa, sendo irrelevante a justificativa no sentido de que sofrerá eventual prejuízo de ordem econômica ou de qualquer outra natureza. A natureza desse interesse jurídico varia

conforme a natureza da assistência – simples ou litisconsorcial –, sendo analisada em outro momento.”[3].

Todavia, Humberto Theodoro Junior[4] defende que as partes podem negociar quanto a admissão de assistência sem a demonstração do interesse jurídico com fundamento na maior amplitude dos negócios jurídicos processuais (art. 190):

“Em razão, pois, dessas regras, é possível que o juiz admita a intervenção de sujeitos, mesmo sem a comprovação do interesse como necessária para a assistência, se houver concordância das partes, concretizando “a ideia de participação democrática no processo civil”. É a denominada intervenção atípica ou negociada.

Nada impede, outrossim, que as partes disciplinem de forma diversa uma intervenção típica. Isto é, as partes podem prever formas diferenciadas de atuação do assistente simples (assistência atípica), a fim de conformar o processo às especificidades do caso concreto. Assim, os sujeitos da lide poderiam negociar a manifestação do assistente sobre atos anteriores ao seu ingresso; a ampliação ou restrição de seus poderes etc.”

Outro requisito, diz respeito à sorte que uma das partes terá na sentença tem consequências ou reflexos sobre outras relações jurídicas existentes entre a esta e o terceiro, por isso há interesse em que a solução seja no sentido que favoreça a posição jurídica da parte assistida, embora a relação parte-terceiro não sejam objeto de discussão no processo.

O cabimento da intervenção está disciplinado no CPC: “A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre” (art. 119, parágrafo único).

O limite temporal para o ingresso do assistente é a formação da coisa julgada.

Nas lições de Humberto Theodoro Júnior^[5]:

“No processo de conhecimento, qualquer tipo de procedimento admite a assistência. Mas, no processo de execução propriamente dito, não há lugar para a assistência, porque a execução forçada não se destina a uma sentença, mas apenas à realização material do direito do credor. Assim, não haveria, na realidade, como coadjuvar a parte a obter sentença favorável (art. 119).

Quando, porém, a execução for embargada, pelo devedor ou por terceiro, aí, sim, será admissível a assistência, porque os embargos são ação incidental de cognição, que se desenvolve em busca de uma sentença.”

O procedimento da assistência vem disciplinado no art. 120 do CPC. A intervenção depende de pedido expresso do assistente (por isso, é modalidade de intervenção espontânea^[6] – art. 119 do CPC) e, sobre o qual as partes se manifestaram no prazo de 15 dias, podendo impugnar, apenas, a falta de interesse jurídico do terceiro.

Havendo impugnação ocorre a formação de procedimento incidental que não suspende o andamento do processo principal. Diversamente do que previa o CPC73 que ordenava a formação de autos apartado que deveriam ser apensados aos principais, o que não foi repetido pelo novel diploma.

O incidente será provocado e decidido nos próprios autos da causa principal, sendo ainda franqueada a realização de provas necessárias ao julgamento. A decisão sobre este incidente configura decisão interlocutória, desafiando recurso de agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, IX).

A classificação doutrinária mais hodierna da literatura jurídica é a divisão entre assistência simples e litisconsorcial:

“Na assistência simples, o terceiro ingressa no feito afirmando-se titular de relação jurídica conexa àquela que está sendo discutida. O interesse jurídico do terceiro reflete-se na circunstância de manter este, com o assistido, relação jurídica que poderá ser afetada a depender do julgamento da causa.

(...)

A assistência litisconsorcial cabe quando o terceiro alegar a existência de um interesse jurídico imediato na causa. Diz-se que há esse tipo de interesse jurídico quando a decisão puder afetar relação jurídica de que seja o terceiro, também ou só ele, titular. Mantém, o terceiro, relação jurídica com a parte adversária daquela a quem pretende ajudar.^[7]”

Na assistência simples os efeitos da decisão do processo são apenas indiretos ou reflexos sobre o direito do assistente, pois a relação material invocada pelo interveniente não será objeto de julgamento, por não integrar o objeto litigioso.

Quando, porém, o assistente defende diretamente direito próprio contra uma das partes (I- relação jurídica entre o interveniente e o adversário do assistido), devido à incidência imediata dos efeitos da decisão no direito próprio do terceiro (II- a relação (I) há de ser atingida pela sentença), tem-se a assistência litisconsorcial. O interveniente passa a ser litisconsorte (parte) e não mais de mero assistente (art. 124).

Assim, pode-se concluir que: o pressuposto da assistência litisconsorcial, via de regra, é a ocorrência da substituição processual^[8], posto que se dá um litisconsórcio facultativo unitário, porquanto a relação jurídica material em disputa é uma e incidível entre os vários titulares reunidos no polo do processo em que se inseriu incidentalmente o terceiro.^[9]

A principal diferença entre o assistente coadjuvante (art. 119, NCP) e o litisconsorte (art. 124, NCPC,) sem olvidar que ambos gozam dos mesmos poderes processuais (art.121 do CPC), é que aquele não pode se comportar diversamente da posição do assistido, já o assistente litisconsorcial pode fazê-lo.

Devido à intervenção no processo, o assistente estará sujeito aos ônus ou encargos a que for condenado o assistido (art. 94).

Como a participação do assistente simples é acessória deve se coadunar com a do assistido, que é a principal, assim, a assistência não impede que as partes do litígio realizem autocomposição sobre o objeto da lide (art.121 e 122 do CPC)

Em relação à assistência litisconsorcial (art. 124), é lícito ao litisconsorte prosseguir na defesa de seu direito, ainda que haja transação com o outro litigante.

Quaisquer das formas de assistência está impedida de fazer pedido novo, pois recebe o processo nos limites objetivos da demanda propostos pela parte assistida, em virtude do Princípio da estabilização da demanda (art.329 do CPC).

No que tange a faculdade recursal, tanto o assistente simples quanto o litisconsorcial podem recorrer ainda que a parte principal não o faça. O Novo CPC solucionou a divergência teórica, albergando o entendimento jurisprudencial do STJ^[10] no sentido de que, “segundo o entendimento mais condizente com o instituto da assistência simples, a legitimidade para recorrer do assistente não esbarra na inexistência de proposição recursal da parte assistida, mas na vontade contrária e expressa dessa no tocante ao direito de permitir a continuidade da relação processual”.

A relação da coisa julgada em face do assistente tem efeitos diversos a depender da modalidade dessa intervenção. Sendo ela litisconsorcial, por estar o assistente ligado à relação material discutida, há

igual sujeição aos efeitos da decisão imutável, do mesmo modo que os litigantes.

O assistente simples, porém, fica sujeito “a justiça da decisão” (art. 123, caput). Significa dizer, que o Código lhe impõe uma restrição: vedação de rediscutir, em outros processos, os fundamentos da decisão (questões de fato que influíram na sentença). Mas há duas exceções que autorizam essa rediscussão fática: (a) pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença (inciso I); (b) desconhecia a existência de alegações ou de provas das quais o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu (inciso II).

3. DENUNCIÇÃO À LIDE.

Um dos institutos que mais sofreu alterações no novo CPC foi a denúncia da lide. À guisa de exemplo: supressão de uma das circunstâncias de cabimento; facultatividade da denúncia; a inserção de uma cláusula geral de cabimento, dentre outras que serão melhor abordadas adiante.

A denúncia da lide é modo interventivo que chama o terceiro (denunciado), o qual possui vínculo de direito com a parte principal do processo (denunciante), afim de que responda pela garantia do negócio jurídico, se o denunciante for vencido no processo. O que resulta em uma “sentença formalmente una e materialmente dupla^[11] (em uma única decisão o juiz resolve duas relações jurídicas distintas: (i) uma, entre o denunciante e a parte contrária; e (ii) a outra, entre aquele e o denunciado.”)

Segundo ASSUMPÇÃO^[12] a denúncia é demanda incidente, regressiva, eventual e antecipada.

Nesse sentido, CÂMARA^[13]:

“A denúncia da lide, modalidade de intervenção forçada de terceiro, pode ser provocada por qualquer das partes da demanda, e é admissível nos casos previstos no art. 125. Através da denúncia da lide, ajuíza-se uma demanda regressiva condicional, destinada a permitir que o

denunciante exerça, perante o denunciado, no mesmo processo, um direito de regresso que tenha na eventualidade de vir a sucumbir na demanda principal.”

Na verdade, a denunciação promove um cúmulo de duas ações, pois faz surgir uma ação secundária e conexa entre denunciante e denunciado, que impõe julgamento simultâneo com a ação principal.

Importa ressaltar que não é mais legítima, ao contrário do anterior diploma, denunciações sucessivas ou em cascata. O interessado em exercer o direito regressivo em face do não imediatamente responsável, agora, deverá fazê-lo em ação autônoma^[14].

Segundo o art. 125 do CPC^[15], são hipóteses que autorizam^[16] a denunciação a existência: de garantia da evicção (inciso I)- a convocação do alienante imediato ocorre para que o denunciante garanta, em face ao denunciado, o exercício dos direitos caso haja evicção, nos termos dos arts. 447 a 457 do Código Civil. Outra situação é o direito regressivo de indenização (inciso II) – que se refere àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do sucumbente.

Para ASSUMPÇÃO^[17], o art. 125, II, do CPC dissipou antiga querela doutrinária e jurisprudencial sobre a interpretação restritiva do cabimento da denunciação em relação ao direito de regresso, prevalecendo uma concepção ampliativa que não distingue a garantia própria ou imprópria, abrangendo qualquer situação de direito regressivo: indenização, reembolso, sub-rogação, garantia, entre outras.

Com a adoção ampliativa de cabimento estaria então pacificada a possibilidade de denunciação da lide à seguradora, todavia Humberto Theodoro Junior^[18] tem posição diversa na qual sustenta ser o caso, na hipótese, de chamamento ao processo.

Questão que não foi esclarecida pelo Código, e ainda se apresenta tormentosa na doutrina, diz respeito a possibilidade de denunciação da lide

pela Administração Pública ao funcionário público (sentido lato) que causou o dano. Há bons fundamentos para posições contra e a favor. Todavia, devido ao crescente número de vozes que sustentam a consagração de um cabimento ampliativo da denunciação (art.125, II, do CPC), com a possibilidade de inserção de fundamento novo à lide, a tendência será de predominar a corrente favorável^[19].

O Novo Código colocou uma pá de terra na discussão, existente ao tempo do Código anterior (art.70), acerca da obrigatoriedade da denunciação da lide. O interesse nessa discussão permanece apenas no âmbito histórico acadêmico, já que o atual Código de Processo, na esteira do entendimento dominante, retirou a obrigatoriedade da denunciação da lide, em todos os casos de sua aplicação, ao dispor, no caput do art. 125, ser ela apenas “admissível” não deixa qualquer dúvida acerca da facultatividade da denunciação. Inclusive, o art. 456 do CC foi revogado pelo art. 1.072, II, do CPC, extirpando o argumento de direito material que justificava a obrigatoriedade da intervenção, conferindo coerência ao ordenamento jurídico.

Quanto ao procedimento^[20] para a denunciação, se feita pelo autor, confunde-se com o início da demanda, já que a denunciação estará contida na inicial, sendo pedida a citação do denunciado, juntamente com a do réu, resultando em um litisconsórcio eventual inicial entre o réu e o denunciado. O juiz dará prazo de resposta ao denunciado, que será de quinze dias (art. 335, caput). Importa lembrar que o denunciado deve ser citado antes do réu para ter oportunidade de assumir a posição de litisconsorte do autor.

O réu deverá fazer a denunciação da lide na própria contestação (art. 126). O denunciado será citado e terá o mesmo prazo de resposta já referido na denunciação feita pelo autor. Pode o denunciado assumir a postura de litisconsorte do denunciante; ser revel ou comparecer e confessar os fatos alegados pelo autor na inicial (art.128 do CPC).

A sentença que julgar a lide irá solucionar duas demandas, se o réu sucumbir o resultado do incidente irá sujeitar o denunciado aos efeitos da sentença da causa (art.129 do CPC).

Mas se o denunciante sagrar-se vencedor na demanda principal, a denunciação restará prejudicada e não será analisada no mérito.

Na legislação anterior questionava-se sobre ser possível a condenação direta do denunciado, como autêntico litisconsorte. No regime do Código de Processo Civil novo, isso se tornou não só possível nos casos de seguro de responsabilidade civil- já albergados pela jurisprudência do STJ, mas também em todas as hipóteses em que a nova lei qualifica o denunciado como litisconsorte do denunciante (arts. 127 e 128).

4. CHAMAMENTO AO PROCESSO

O instituto não teve alterações substanciais^[21], mas apenas de técnica legislativa com melhoras no aspecto redacional.

Dá leitura do art. 132 do CPC, percebe-se que o Chamamento ao processo é uma modalidade de intervenção provocada pelo réu, mas facultativa, que visa trazer ao processo os coobrigados pela dívida, de modo a fazê-los também responsáveis pelo resultado do feito.

Desse modo, a sentença irá condenar o réu e os chamados solidariamente, sendo que aquele que pagar a dívida toda poderá executar. Com essa providência, o condenado que pagar dispõe de um título executivo em face dos demais coobrigado, podendo cobrar deles aquilo que pagar, inclusive nos mesmos autos^[22].

É cabível nas hipóteses do art. 130 do CPC que podem ser resumidas aos casos de coobrigados que, pelo direito material, tenham um nexó obrigacional com o autor.

Conforme ensina THEODORO JUNIOR^[23], tal intervenção é cabível, em qualquer espécie de procedimento, no processo de cognição, todavia não pode ser manejada na fase ou processo executivo, pois não existiria propriamente uma sentença condenatória a que refere o art. 132 do CPC, além do que poderia também ser sustentado a falta de interesse

de agir, visto que existe regra especial em relação ao sub-rogado, legal ou convencional, (CPC, art. 778, § 1º, IV).

O réu deve chamar o coobrigado no bojo da contestação (art. 131), o qual estará sujeito aos efeitos da sentença condenatória, independentemente da sua anuência, mesmo porque, embora seja facultativa, não cabe ao juiz negar a pretensão de chamamento.

5. AMICUS CURIAE.

Resolvendo grande celeuma doutrinária, o Novo CPC traz o amicus curiae como uma das modalidades de intervenção de terceiros (art. 138 do CPC), albergando o papel que a jurisprudência havia designado de colaborador do juízo.

Assim, não há que se falar propriamente parte no processo (no sentido técnico de sujeito da lide objeto do processo), sua participação é, meramente opinativa a respeito da matéria objeto da demanda, a fim de aprimorar a tutela jurisdicional, por isso não implica em deslocamento de competência (art. 138, § 1º, primeira parte).

Não obstante a codificação do instituto, a sua natureza jurídica ainda permanece controvertida^[24]: para uns é terceiro e para outros é um colaborador do juízo.

O cabimento da intervenção pode dar-se por iniciativa do juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou do próprio amigo do tribunal. Somente será deferida se houver demonstração de pelo menos um dos requisitos referentes: a relevância da matéria discutida nos autos; especificidade do tema objeto da demanda; ou repercussão social. O que pode se dar, inclusive, no primeiro grau de jurisdição, posição que já era defendida pela doutrina.

Mas o magistrado é livre para decidir acerca da conveniência ou não da intervenção do amicus curiae, de modo que sua manifestação será por meio de decisão irrecorrível (NCPC, art. 138, caput).

Adotando o entendimento mais amplo do que a jurisprudência do STF, o novo Código traz como legitimidade para o *amicus curiae*: a pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada (art. 138). Desde de que tenha expertise sobre a matéria objeto da lide, de modo a propiciar ao juiz elementos e informações relevantes para bem solucionar a causa.

Consoante o art. 138 do CPC, o *amicus curie* terá o prazo de 15 dias para se manifestar, contudo o Código nada dispôs acerca do momento em que a intervenção deva ocorrer. As lições doutrinárias dizem que essa participação dar-se a qualquer momento, desde que assegurado o contraditório para as partes[25].

Apesar de poder opor embargos de declaração (art. 138, § 1º, *in fine*) e recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, § 3º), os poderes desse interveniente não foram delimitados pelo Código, que deixou ao prudente arbítrio do juiz essa moldar essa atuação (art. 138, § 2º, do CPC). Neste ponto, a figura do *amicus curiae* se distancia das modalidades de intervenção de terceiros que possuem papéis bem delimitados[26].

6. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Buscando dar concreção a princípios constitucionais[27], e pacificar o dissenso doutrinário e jurisprudencial em torno da *disregard doctrine*, o legislador disciplinou o procedimento para a aplicação do referido instituto nos artigos 133 e 137 do novo código.

Tal inovação reavivou o interesse acadêmico por seu estudo[28].

A novel legislação não esqueceu da desconsideração inversa da personalidade jurídica, que atualmente encontra previsão no novo Código de Processo Civil, no art. 133, § 2º, o qual veio a suprimir lacuna do direito

material, que era colmatada pela jurisprudência do STJ ao tempo do CPC de 1973.

A aplicação da desconsideração tanto da direta quanto da inversa pressupõe abuso de direito, consubstanciado pelo desvio de finalidade da pessoa jurídica ou pela confusão patrimonial.

A legitimidade para o pedido de desconsideração da personalidade jurídica é parte ou Ministério Público (quando este intervir no feito). Pode ser requerida com a inicial, nesse caso, deverá ser citado o sócio ou da pessoa jurídica para integrar a lide e contestar o pedido de desconsideração (art. 134, § 2º), sem a instauração de um incidente ou suspensão do processo, já que a defesa com a contestação e provas eventualmente requeridas serão realizadas durante a instrução processual, sendo o pedido de desconsideração julgado na sentença.

Há também possibilidade do pedido ser realizado em petição autônoma (em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial - art. 134, caput), formando um incidente processual, por isso, haverá suspensão do processo (art. 134, §3º).

Igualmente, o sócio ou a pessoa jurídica serão citados para apresentar defesa e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias (art. 135), em obediência a garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa.

Logo em seguida, salvo necessidade de instrução, o incidente deverá ser julgado pelo juiz em decisão interlocutória, a qual desafia agravo de instrumento (arts. 136, caput, e 1.015, IV), salvo se o incidente se der em sede recursal, quando caberá agravo interno (art. 136, § 1º).

Por ser uma medida excepcional, no requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos, que, nos termos do art.50, do CC, são o desvio de finalidade da pessoa jurídica e a confusão patrimonial entre ela e os sócios (NCP, arts. 133, § 1º, e 134, § 4º).

Na linha do entendimento firmado pelo STJ^[29], o pedido pode ser feito a qualquer momento no processo, não se aplicando os prazos decadenciais para o ajuizamento das ações revocatória falencial e pauliana.

Pode-se ressaltar dois importantes efeitos da desconsideração. O principal é imputar responsabilidade pelos atos fraudulentos praticados em prejuízo de terceiros a pessoas que não teriam seu patrimônio atingido de modo primário.

O segundo é a presunção legal de fraude, gerando a ineficácia, em relação ao requerente, da alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, do deferimento do processamento do pedido de desconsideração (art. 137 do CPC). Mas há um pressuposto para que haja a presunção legal, que o sujeito passivo da desconsideração da personalidade jurídica já tenha sido citado, ao tempo do ato de disposição (art. 792, § 3º).

CONCLUSÃO

O novo Código Processual Civil apresenta diversas alterações que buscam atender eficazmente os princípios constitucionais da celeridade e duração razoável do processo com um ânseio de simplificação do processo civil.

Nesse panorama de mudanças, as alterações havidas com o novo CPC sobre o tema foram profundas. No CPC/1973, eram cinco as modalidades típicas: a assistência (simples ou adesiva e a litisconsorcial, embora tratada no capítulo destinado ao litisconsórcio), oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide e o chamamento ao processo.

A assistência restou praticamente intacta com o CPC/2015. Contudo, inova o legislador ao tratar do tema no Título da Intervenção de Terceiros, criando, ainda, uma seção intitulada "Das Disposições Comuns" que traz regras comuns às modalidades de assistência para na sequência

tratar em seções distintas. a assistência simples e litisconsorcial, aprimorando, assim. a técnica utilizada no CPC/1973.

Por outro lado, o novo código retira do sistema a oposição instituto de rara aplicação prática no Direito brasileiro, e o transforma em ação autônoma de procedimento especial como substituto.

Igualmente a anacrônica nomeação à autoria deixou de existir.

A sistemática do chamamento foi praticamente mantida na nova Lei Processual Civil. Abandonou-se o vangardismo de unificação dos institutos da denunciação da lide e o chamamento, pois essa inovação contida no Projeto de Lei[30] não vingou no texto final.

A crítica surge, pois a ideia de unificação dos institutos parece ter permanecido na Lei 13.015/2015. Explico, na legislação anterior além da distinção nas hipóteses de cabimento da denunciação e do chamamento, haviam também efeitos diversos: no chamamento era possível ao autor executar tanto o réu principal como qualquer dos chamando, em virtude da solidariedade passiva entre esses coobrigado; o que não era possível na denunciação.

Essa diferença não mais existe no regime do Código novo. Tanto numa como noutra, passou-se a admitir ao credor a execução direta da condenação seja contra a parte primitiva, seja contra o interveniente denunciado ou chamado (arts. 128, parágrafo único, e 132). Assim, tanto faz, que se use a denunciação da lide como o chamamento ao processo, o resultado será o mesmo, já que na maior parte dos casos a condenação na ação regressiva é pelo total da condenação do denunciante.

Na denunciação da lide, houveram significativas mudanças no regramento material e procedimental, conforme foi demonstrado ao longo deste trabalho. Pode-se destacar três pontos que resumem a nova formatação desse instituto. A primeira importante novidade foi que o CPC/2015 deixa de prever a obrigatoriedade da denunciação, consagrando regra inédita no art.125, § 1º. A segunda alteração que dista do regramento anterior é a proibição de denunciação sucessivas. E por fim, a consagração e ampliação do entendimento do STJ, na determinação de

responsabilidade solidária entre o denunciante e o denunciado perante o autor da ação primitiva (parágrafo único do art. 128 do CPC).

O CPC/2015 traz um capítulo inédito dedicado à figura do *amicus curiae*, sem correspondência no CPC/1973, o que representa um avanço legislativo ao disciplinar o instituto, prestigiando o princípio democrático (art. 138, do CPC/2015).

O *amicus curiae* permite uma maior democratização no que toca às decisões judiciais ao se permitir que diversos atores sociais se manifestem sobre a aplicação das leis e da Constituição em todos os graus de jurisdição.

Em relação à inovação da posituação da *disregard doctrine*, é de ser ressaltar, que andou bem o novo diploma legal quando positivou a necessidade de se assegurar o contraditório para a legítima decretação da desconsideração da personalidade jurídica, pois adotar entendimento diverso seria prestigiar retrocesso anterior à Carta Magna.

Ademais, a previsão legal de um procedimento simples e objetivo para a aplicação da teoria visa, antes de tudo, o fim da situação de incerteza e insegurança que imperava anteriormente, assumindo relevante destaque na concretização da segurança jurídica.

Sem ignorar que problemas vindouros existirão, a Lei 13.105/15 nos apresenta um Código do seu tempo, voltado à solução das controvérsias atuais, colocando termo em diversos embates jurídicos e aprimorando a sistemática processual civil.

REFERÊNCIAS.

BRASIL. Anteprojeto Do Novo Código De Processo Civil. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 17/05/2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil : teoria geral do direito processual civil, vol. 1 – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro, São Paulo: Atlas, 2015.

COUTINHO NETO, Claudio. A Desconsideração Da Personalidade Jurídica e o Novo Código De Processo Civil. 2014-2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização)- Faculdade De Direito Professor Damásio De Jesus, 2014.2015

DIDIER, Fredier, Junior. Curso de Direito Processual Civil. V. 1. 15 ed. Salvador: JusPodivm, 2013

DONIZETTI, Elpídio Curso didático de direito processual civil -20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

FLEXA, Alexandre. Et. Al. Novo Código De Processo Civil. Salvador: Editora JusPodvim, 2015

FUX, Luiz. e NEVES, Daniel Amorim Assurnpção. Novo Código de Processo Civil : comparado — Lei 13.105/2015 — 2. ed. revista — Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

NEVES, Daniel Amorim, Manual de Direito Processual Civil. 8 ed., São Paulo: Método, 2016

SANTOS, Ernane Fidelis dos. Manual de direito processual civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. I, n. 147

THEODORO Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I . 56. ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, 2015

NOTAS:

[1] BRASIL. Anteprojeto Do Novo Código De Processo Civil. Disponível em:

<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 17/05/2017.

[2] THEODORO Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I . 56. ed. rev., atual. e ampl., p.289 – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[3] NEVES, Daniel Amorim, Manual de Direito Processual Civil. 8 ed., p.412 , São Paulo: Método, 2016.

[4] Ob. Cit., p. 381.

[5] Ob. Cit., p. 375.

[6] Humberto Theodoro defende a existência da assistência provocada à semelhança do que ocorre com o litisconsórcio necessário (art.115 do CPC). Ob. Cit., p. 380.

[7] DIDIER, Fredier, Junior. Curso de Direito Processual Civil. V. 1. 15 ed. p. 389 e 393- Salvador: JusPodivm, 2013.

[8] Caso diverso, é a da assistência em favor do demandado revel ou omissor, quando “o assistente será considerado seu substituto processual” (art. 121, parágrafo único, do CPC), que veio a substituir a atécina expressão gestor de negócios” (CPC/1973, art. 52, parágrafo único).

[9] Em sentido contrário: SANTOS, Ernane Fidelis dos. Manual de direito processual civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. I, n. 147, p. 157.

[10] STJ, Corte Especial, ED no REsp 1.068.391/PR, Rel. p/ ac. Min. Maria Thereza de Assis Moura, ac. 29.08.2012, DJe 07.08.2013.

[11] Humberto Theodoro .Ob. Cit., p. 387.

[12] Ob. Cit., p. 427.

[13] CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro, p.90, São Paulo: Atlas, 2015.

[14] Nos moldes do parágrafo único do artigo 125 do CPC.

[15] No código anterior existia ainda outra hipótese de cabimento, CPC/1973, art. 70, que se referia a denunciação ao proprietário pelo possuidor direto. Na atual sistemática, o possuidor direto terá que propor

ação autônoma em face do possuidor indireto para reparar danos ocorridos pela perturbação da posse.

[16] Para um estudo sobre os casos de não cabimento da denunciação confira THEODORO JUNIOR, Ob. Cit., p. 391-392.

[17] Ob. Cit., p.428.

[18] Ob. Cit. , p. 386.

[19] Em sentido análogo, Daniel Assumpção Neves. Ob. Cit., p. 428-431. A jurisprudência do STJ no CPC de 1973 era vacilante, a favor: REsp 782.834-MA; REsp 236.837-RS; contra: REsp 210.607-RJ. Sob a legislação atual, o STJ já admitiu a denunciação pelo ente público ao causador do dano, ainda que a matéria não tenha sido objeto principal do recurso especial: REsp 1501216 / SC.

[20] O recurso cabível contra o indeferimento da denunciação é o agravo de instrumento (art. 1.015, IX, do CPC). Mas se a areciação se der na sentença, caberá apelação (art. 1.009 do CPC)

[21] Fux, Luiz. e Neves, Daniel Amorim Assurnpção. Novo Código de Processo Civil : comparado — Lei 13.105/2015 — 2. ed. revista — Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015, p.

[22] BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil : teoria geral do direito processual civil, vol. 1 – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014, p.387.

[23] Ob. Cit., p. 401.

[24] Donizetti, Elpídio. Curso didático de direito processual civil – 20. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 402-403.

[25] DONIZETE. Ob. Cit., p. 407 e 408.

[26] Parte da doutrina critica esse dispositivo. Afirmam alguns que o legislador deveria ter estabelecido um núcleo mínimo para o amigo da corte. Confira: FLEXA, Alexandre. Et. Al. Novo Código De Processo Civil. Salvador: Editora JusPodvim, 2015. P. 125

[27] BRASIL. Anteprojeto Do Novo Código De Processo Civil. Ob. Cit., p. 15.

[28] Por todos, consultar trabalho monográfico: COUTINHO NETO, Claudio. A Desconsideração Da Personalidade Jurídica e o Novo Código De Processo Civil. 2014-2015. Trabalho de Conclusão de Curso

(Especialização)- Faculdade De Direito Professor Damásio De Jesus, 2014.2015.

[29] STJ, 4ª T., REsp 1.180.191/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 05.04.2011, *DJe* 09.06.2011.

[30] BRASIL. Ob. Cit., p. 121.

A "PEJOTIZAÇÃO" E A FRAUDE AO REGIME DE EMPREGO

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.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de delinear os contornos dogmáticos essenciais à definição e combate da “pejotização”, apresentando seus fundamentos e as consequências jurídicas de sua ocorrência. Ademais, deve ser referendada a importância do princípio da primazia da realidade, resgatando a figura do contrato-realidade, como meio idôneo para refutar as hipóteses de ocorrência de fraude à relação de emprego.

E, de outra banda, será demonstrada, também, a necessidade de perscrutar o sentido de cada um dos elementos existentes na relação jurídica de emprego, buscando atualizá-los em face das novas figuras trabalhistas existentes em razão dos avanços tecnológicos e do advento da globalização. Desse modo, em cada caso, será possível identificar meios de rechaçar as fraudes cometidas sob a justificativa de existência de forma atípica de trabalho.

Por derradeiro, se mostra crucial analisar, caso a caso, o entendimento da jurisprudência pátria, bem como a atuação do Ministério Público do Trabalho perante o fenômeno da “pejotização”.

2. “PEJOTIZAÇÃO”: A FRAUDE AO REGIME DE EMPREGO MEDIANTE A CRIAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS

A fim de melhor compreender a “pejotização”, é necessário buscar assimilar o conceito e a origem do fenômeno no ordenamento jurídico pátrio. É o que se passa a fazer.

2.1. A “PEJOTIZAÇÃO”

Neste tópico, será desenvolvida uma análise acerca do fenômeno da “pejotização”, observado na realidade brasileira desde meados da

década de 1980, mas que, hodiernamente, teve seu recrudescimento como modalidade de fraude na seara trabalhista, sendo matéria de corriqueira apreciação no Judiciário trabalhista.

Definição

O fenômeno da “pejotização” ou “pejutização”^[1] é denominado por este neologismo pois relaciona-se com o instituto da pessoa jurídica, mais precisamente com abreviação coloquial “PJ” – “*pejotizar*”. Conceitualmente, é a “pejotização” a modalidade de fraude ao regime de emprego consubstanciada pela determinação do empregador para que o empregado constitua pessoa jurídica como condição para sua contratação ou continuação da prestação de serviços, com o intuito de aviltar o correto pagamento das verbas trabalhistas e contribuições previdenciárias típicas às quais faz jus o empregado e, assim, minimizar os custos com mão de obra.

Embora seja o tema pouco explorado em nível doutrinário, aqueles que já se debruçaram para estudá-lo mostram pacificidade ao conceituar o fenômeno. Vejam-se:

Em argumentos sumários, a “pejotização” consiste, na intenção da empresa em tentar camuflar ou desconfigurar típica relação empregatícia com a celebração de contrato de prestação de serviço com uma pessoa jurídica. A prática acaba por demonstrar verdadeira imposição (condicionamento como garantia da manutenção ou obtenção do emprego) feita pelos tomadores de serviço para que os trabalhadores constituam pessoa jurídica com o objetivo de burlar a relação de emprego^[2].

No mesmo sentido,

A *pejotização* ocorre quando uma pessoa física é transformada em pessoa jurídica e, como tal, presta serviços a uma empresa. É o trabalho intelectual pessoa prestado por pessoa jurídica, e o art. 3º,

único, da CLT não distingue trabalho intelectual, manual e outros[3].

Finalmente,

[...] prática que cresce a cada dia na esfera trabalhista, em que a empresa que induz seu empregado a se tornar pessoa jurídica ou, somente contrata o funcionário nesta condição. Assim, o empregado é levado a constituir uma empresa e passa a receber mensalmente como prestador de serviço, abrindo mão de todos seus direitos assegurados pela CLT nas relações empregatícias[4].

Portanto, da análise dos conceitos trazidos, releva notar que o fenômeno da “pejotização” consiste em mais uma modalidade de fraude, realizada na tentativa de mascarar a real relação de emprego, mediante a burla do quanto disposto nos artigos 2º e 3º da CLT[5], que, em uma apreciação conjunta, trazem os requisitos atinentes ao reconhecimento da relação de emprego à prestação de serviços. Assim, busca desvirtuar o vínculo empregatício atacando a relação em seus requisitos clássicos, a saber, o labor desenvolvido por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

A título de esclarecimento, inclusive, é preciso fazer menção às hipóteses conhecidas por pejotização anterior e pejotização ulterior.

A “pejotização” anterior, que guarda afinidade com o momento da contratação, comporta duas possibilidades de ocorrência. A primeira delas versa sobre a situação em que o tomador de serviço, na busca de novos indivíduos para o trabalho, condiciona a contratação desses à criação de pessoas jurídicas. Portanto, nestes casos, o empregador exige que o sujeito venha a se tornar “PJ” para que exista a contratação. Como segunda possibilidade de “pejotização” anterior, pode ser mencionada a hipótese das empresas que buscam diretamente no mercado de trabalho apenas pessoas jurídicas para celebrar um contrato de prestação de serviço. Nesses casos, embora não exista uma determinação expressa do tomador de serviço ao sujeito candidato à vaga para que

constitua pessoa jurídica, é política da empresa lidar apenas com pessoas jurídicas. Nessa situação, embora a empresa afaste-se da imposição de constituição de “PJ” como condição de contratação, há também tentativa de descaracterizar vínculos empregatícios. Ambas as condutas são graves, de modo que, em todos os casos, haverá a nulidade de pleno direito dos atos fraudulentos.

Por outro lado, fala-se, ainda, em “pejotização” ulterior. Cuida-se da hipótese em que o empregador dispensa seus empregados e condiciona a retomada da prestação de serviços à constituição do sujeito como “PJ”. Mais uma vez, como já explicado, haverá a fraude, seguida da nulidade do ato fraudulento.

Há, também, unanimidade entre os doutrinadores acerca da causa responsável pelo recrudescimento de tal prática fraudulenta, que se estendeu, em caráter personalíssimo, por intermédio de serviços intelectuais e específicos. Isso porque, é uníssona a doutrina em indicar que o fenômeno da “pejotização” foi em muito viabilizado a partir do advento da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Com efeito, em seu artigo 129, é instituída mais uma espécie de flexibilização da relação de emprego[6]. Todavia, a partir de uma interpretação completamente equivocada de seu teor, passou a dar margem a referida fraude sob o falso abrigo da legalidade. É o mencionado artigo assim expresso:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no [art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002](#) - Código Civil[7].

E, mais recentemente, diante das inovações promovidas por meio da Reforma Trabalhista, cuja inconveniência e inconstitucionalidade

de diversos dispositivos são notoriamente verificadas, o estímulo a “pejotização” passa a ter um novo facilitador. Trata-se da figura do “autônomo”, que poderá ser contratado, ainda, com exclusividade:

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 1º É vedada a celebração de cláusula de exclusividade no contrato previsto no **caput**. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 2º Não caracteriza a qualidade de empregado prevista no art. 3º o fato de o autônomo prestar serviços a apenas um tomador de serviços. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 3º O autônomo poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços que exerçam ou não a mesma atividade econômica, sob qualquer modalidade de contrato de trabalho, inclusive como autônomo. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 4º Fica garantida ao autônomo a possibilidade de recusa de realizar atividade demandada pelo contratante, garantida a aplicação de cláusula de penalidade prevista em contrato. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 5º Motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas relacionadas a atividades compatíveis com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos do **caput**, não possuirão a qualidade de

empregado prevista o art. 3º. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017\)](#)

§ 6º Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017\)](#)

§ 7º O disposto no **caput** se aplica ao autônomo, ainda que exerça atividade relacionada ao negócio da empresa contratante. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017\)](#)

Todavia, mesmo diante da deletéria previsão, que dá azo a um instituto naturalmente incompatível, ao tentar conciliar autonomia com prestação contínua, exclusiva e no mesmo objeto social do empregador, a normativa imanente ao Direito do Trabalho é apta a garantir respostas apropriadas para rechaçar e inibir a fraude.

Nesse ponto, saliente-se que, ainda que expressamente seja indicado que “*presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo de emprego*” em tais espécies de contratação, tal conclusão já seria alcançada pela aplicação da normativa contida no art. 2º, 3º e 9º da CLT, que consolidam a noção do contrato de trabalho sob o prisma do princípio da primazia da realidade. Contudo, cabe o registro de que, ao positivar a figura dessa modalidade de trabalhador autônomo, optou o legislador reformista em positivar medida, infelizmente, propulsora de precarização das relações de trabalho, ainda que duramente reprimida.

Note-se que, como mais uma das consequências de estar o empregado em uma situação de fragilidade em relação ao empregador, ainda que claramente ciente de ser essa uma situação de flagrante irregularidade, termina o obreiro por acatar as imposições do patrão, na tentativa de continuar trabalhando ou conseguir implementar a contratação almejada. Até porque, a cada dia, torna-se mais difícil conseguir ou manter um emprego digno, em tempos da elevada mecanização do processo de produção, planejamento estratégico para redução dos custos com mão de obra e dos elevados índices que demonstram a existência de desemprego

estrutural a assolar o país. Assim, não há alternativa ao trabalhador, que tem, no emprego, fonte de renda e subsistência.

No entanto, não é pacífico o posicionamento da doutrina acerca da viabilidade e legalidade da “pejotização”, no que se refere aos efeitos suportados pelo obreiro[8]. Isso porque, existem dúvidas sobre a possibilidade de o destinatário da norma trabalhista poder se despojar da proteção que lhe é inerente, principalmente no tocante aos direitos de indisponibilidade absoluta, tal como se dá nos casos de substituição do contrato de emprego pelo de prestação de serviços.

Parte da doutrina sustenta a tese de que a constituição de uma pessoa jurídica com o específico intuito de permitir a celebração de um contrato de prestação de serviços em lugar do contrato de trabalho traduz direito marcado pela disponibilidade. Assim, poderia o trabalhador, por opção sua, afastar-se do regramento existente na CLT, que cuida de direitos e obrigações de natureza trabalhista, a fim de gozar de benefícios outros, de ordem fiscal, que se mostram mais interessantes à sua atuação profissional. Nestes casos, acredita-se que a redução das deduções fiscais e previdenciárias suprem o leque de direitos trabalhistas renunciados e, por isso, torna-se absolutamente plausível optar por esta formatação contratual[9].

Ademais, chega-se até mesmo a defender que a natureza do serviço intelectual termina por fulminar a hipossuficiência do trabalhador. Por esse motivo, inclusive, não haveria necessidade em discutir acerca da indisponibilidade dos direitos envolvidos, cabendo ao profissional, com independência, a escolha da lei de regência relativa ao trabalho prestado[10].

Por sua vez, a doutrina majoritária, cujo entendimento é defendido neste trabalho, rechaça completamente a hipótese de disponibilidade de tais direitos. Isso porque as normas trabalhistas possuem natureza imperativa e cogente, o que enseja sua aplicação independentemente da vontade das partes e da camuflagem que se visa dar à relação pactuada. Por isso, é indiferente se a adoção de um contrato de prestação de serviço, tipicamente cível, resulta de comando unilateral

do empregador ou de ajuste entre ambas as partes envolvidas na relação de trabalho, pois não é possível à autonomia de vontade burlar ou frustrar a aplicação das normas trabalhistas, de natureza protetiva em face da situação de fragilidade do obreiro.

Em outras palavras, a proteção trabalhista parte do pressuposto da hipossuficiência do trabalhador, não importando suas condições econômicas ou prestígio frente ao poderio econômico do empregador, embora, em regra, o empregado jamais esteja em situação de igualdade de forças com o empregador, dando-lhe a possibilidade de discutir os termos e cláusulas do contrato firmado, o que, *per si*, já atrai a proteção específica do Direito do Trabalho[11].

Outrossim, confrontando o posicionamento de que a própria natureza intelectual da prestação afasta a condição de hipossuficiente do obreiro, deve ser lembrado que é expressa, no parágrafo único do artigo 3º da CLT, a inexistência de distinções entre o trabalho intelectual, técnico ou manual[12].

Mas não é só. Cabe mencionar, ainda, aspecto crucial relacionado à teoria geral do Direito do Trabalho que, com amparo no princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade de direitos, traduz mandamento protetivo que preceitua não ser possível o empregado dispor – renunciar ou transacionar- direitos trabalhistas, sob pena de nulidade.

Segundo explica Luciano Martinez, há a tentativa de

[...] proteger o trabalhador das suas próprias fraquezas [...]. Esta atuação impede que o vulnerável, sob a miragem do que lhe seria supostamente vantajoso, disponha dos direitos mínimos que à custa de muitas lutas históricas lhe foram assegurados nos termos da lei[13].

Oportuno mencionar, ainda, a lição de Andréa Ehlke Mucerino:

Desta forma, a primazia dos preceitos de ordem pública na formação do conteúdo do contrato de

trabalho decorre da necessidade de proteção social dos trabalhadores, raiz sociológica do Direito do Trabalho, pois os direitos e obrigações estabelecidos visam à coletividade e ao bem comum, não devendo, em consequência, ser derogados ou aplicados segundo a livre disposição das partes[14].

Nessa senda, é indiscutível a clareza do disposto no artigo 444 da CLT, que afiança que *“As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”*. E não é só. É clara, ainda, a determinação do artigo 468 da CLT, de que, *“nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”*.

É por isso, inclusive, que para os casos de burla à legislação trabalhista, consubstanciados na tentativa de renúncia ou transação de direitos consolidados do trabalhador, seja nas relações de trabalho que se iniciam ou naquelas já em curso, é, automaticamente, atraída a incidência da determinação contida no artigo 9º da CLT, já comentado em momento anterior, que determina que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na legislação trabalhista[15], tendo em vista que paira sobre o ato uma presunção de que sua realização apenas se deu em decorrência de uma coação exercida por parte do empregador, o que compromete a livre manifestação de vontade do obreiro e, por conseguinte, a validade e higidez do mesmo.

Ora, em virtude de todo tipo de coação a qual sofre o empregado, é possível afirmar que qualquer que seja a simulação do empregador feita com o intuito de ocultar uma relação de emprego, esta será considerada nula de pleno direito, ensejando, por consequência, de forma coativa, a aplicação de normas jurídicas que regem o contrato existente, no caso, o contrato de trabalho.

Ademais, apenas a título de informação, é, ainda, regra presente na Teoria Geral do Direito Civil, que os vícios no consentimento são capazes de acarretar a invalidade do negócio jurídico, nos termos do artigo 171, inciso II do Código Civil^[16]. Além disso, tentou, de modo semelhante à legislação trabalhista, proteger os vulneráveis em face das celebrações de contratos de adesão com cláusulas com previsões de renúncia antecipada a direito resultante do negócio, de acordo com o artigo 424 do mesmo Diploma Legal^[17].

Por derradeiro, deve ser frisado que, assim como todas as demais modalidades de fraude, a “pejotização” não se limita a gerar prejuízos ao trabalhador que tem seus direitos trabalhistas aviltados. Concomitantemente, é também lesado o erário, pois não há o esborçamento recolhimento das contribuições previdenciárias, além de outras parcelas que deveriam ser aplicadas no financiamento de políticas públicas, a exemplo do FGTS, nos termos do artigo 9º, § 2º da Lei nº 8.036/90^[18].

Há também a violação ao artigo 8º, *caput*, e inciso IV da Constituição. Com sua conduta, “transformando” o trabalhador em falso empresário, a tomadora de serviço fere a liberdade de organização sindical, prejudicando a possibilidade de filiação e de financiamento das entidades representativas das classes profissionais preteridas.

Prejudica, ainda, a sociedade, pois termina por recrudescer a precarização das relações de trabalho, reduzindo, cada vez mais, a dignidade da prestação do labor, que é imposta por meio dos direitos e garantias positivados, além de afrontar as normas de segurança do trabalho. Também prejudicam a dinâmica econômica, uma vez que as empresas que se furtam do pagamento das verbas trabalhistas típicas minimizam os gastos com a mão de obra ilícitamente, o que, invariavelmente, denota ato de concorrência desleal.

Portanto, com base na própria conceituação acerca da “pejotização”, em cotejo com as demais premissas lançadas acima, resta evidente ser o fenômeno uma modalidade de fraude criada com o intuito de aviltar o pagamento das verbas trabalhistas típicas e, por via reflexa, apta a

lesar a sociedade como um todo e o próprio erário, devendo, então, ser rechaçada.

2.1.1. A morfologia do contrato de trabalho e a “pejotização”

Para melhor caracterizar o fenômeno da “pejotização”, indispensável se faz perquirir acerca da morfologia da relação de emprego, por ser essa a relação objeto de tutela do Direito do Trabalho.

A relação de emprego compreende uma relação jurídica pela qual trabalhador e empregador se unem em virtude da prestação subordinada de um serviço. Como consabido, é a relação empregatícia um fenômeno sociojurídico, formatando-se como fruto da união inarredável de diversos elementos fático-jurídicos, sem os quais não seria possível sua existência. Eles, inclusive, são a nota diferenciadora da relação de emprego das demais relações de trabalho ou, ainda, da simples prestação de serviços.

No sistema jurídico brasileiro, tais elementos podem ser extraídos facilmente da análise, em conjunto, dos artigos 2º e 3º da CLT, que trazem a definição legal de empregador e empregado. Vejam-se, *in verbis*:

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**. (*grifos acrescidos*)

[...]

Art. 3º - Considera-se empregado toda **pessoa física** que prestar serviços de natureza **não eventual** a empregador, sob a **dependência** deste e **mediante salário**. (*grifos acrescidos*)

[...]

São elementos, portanto: a) prestação de trabalho por uma pessoa física a um tomador qualquer; b) labor prestado com personalidade pelo trabalhador; c) também efetuado com não-eventualidade; d) prestado, ainda, sob subordinação ao tomador dos serviços e; e) labor efetuado com onerosidade^[19].

Com efeito, esses elementos devem ser perscrutados no mundo dos fatos, existindo alheios a normas e regramentos jurídicos. Ou seja, uma vez identificada, na realidade, a ocorrência de um trabalho não-eventual, prestado com personalidade (*"intuitu personae"*) por pessoa física, em situação de subordinação e com onerosidade, invariavelmente, estar-se-á diante de uma relação de emprego típica. Todavia, em razão da extrema importância de tais elementos para identificar e permitir o regramento das relações de emprego, foram, então, captados pelo Direito, passando a ter, também, relevância jurídica. Daí, inclusive, o sentido da expressão elementos fático-jurídicos, frise-se.

O trabalho efetuado por pessoa física nada mais é do que a prestação de serviços por uma pessoa física ou natural. Embora seja possível a variedade de sujeitos aptos a figurar no pólo do empregador - pessoa jurídica ou física -, o sujeito empregado apenas poderá ser uma pessoa humana; jamais uma pessoa jurídica, portanto. Até porque, os bens objetos de tutela do Direito do Trabalho, a saber, vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, referem-se exclusivamente à pessoa natural.

Acresça-se a isto a necessidade de personalidade nesta prestação por pessoa física. Isso quer dizer que deve o labor se dar de modo *intuitu personae* no que se refere ao prestador de serviços, que não poderá, portanto, ser substituído intermitentemente por outro trabalhador durante a execução do contrato de trabalho.

A não-eventualidade da prestação, por sua vez, denota a permanência ou não efemeridade do trabalho. Deve existir um cotidiano de labor, indo além da prestação esporádica de serviços isolados no tempo.

Deve, ainda, ser mencionado o elemento onerosidade, que, essencialmente, diz respeito à necessidade da contraprestação do empregador pelo valor do trabalho realizado pelo empregado. Decorre, assim, da própria natureza sinalagmática do contrato de trabalho, bem como de ser o emprego fonte de renda e subsistência do trabalhador e sua família.

Por derradeiro, fala-se, ainda, no elemento fático-jurídico da subordinação, que é o principal diferenciador entre as relações de emprego e as demais relações de trabalho autônomo existentes no mundo contemporâneo. Essencialmente, a subordinação traduz-se como um fenômeno jurídico, oriundo do contrato estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços, em que o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação do trabalho.

É sabido que as fraudes, na tentativa de mascarar a existência de vínculo empregatício, atuam diretamente sobre esses elementos fático-jurídicos responsáveis pela morfologia da relação de emprego, tentando deturpá-los ou mascará-los. Algumas delas limitam-se a alterar, no plano formal, a nomenclatura jurídica dada à relação, repelindo superficialmente a existência de relação de emprego. Outras, no entanto, mais elaboradas, buscam alterar o plano fático, simulando uma relação jurídica distinta daquela que realmente se conforma; são os casos de simulação, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de “pejotização”.

Nessa espécie fraudulenta, pois, visa-se descaracterizar os elementos “prestação de serviço por pessoa física” e “pessoalidade”, mediante a determinação do empregador para que seus empregados constituam pessoas jurídicas, a fim de viabilizar as contratações ou manterem o labor, sob o viés de prestação de serviço. Isso porque, a pactuação – e efetiva concretização – de prestação de serviços por pessoa jurídica, sem fixação específica de uma pessoa física realizadora de tais serviços, afasta a relação jurídica que se estabelece no âmbito justralhista. Em outras palavras, busca-se guarida na premissa basilar de que pessoa jurídica não pode ser empregado, repelindo-se, assim, a incidência das normas da CLT, pois às pessoas jurídicas aplica-se o Direito Civil.

Todavia, sendo o contrato de trabalho um contrato-realidade, formado por elementos fáticos-jurídicos que necessariamente são aferidos no plano dos fatos, da própria realidade concreta pode ser evidenciada a utilização simulatória da roupagem da pessoa jurídica para encobrir prestação efetiva de serviços por uma específica pessoa física.

No contrato de trabalho, a pessoalidade indica que o empregado não pode se fazer substituir. É que o pacto trabalhista considera justamente o fato de uma determinada pessoa ser portadora de algumas qualidades que as diferenciam das demais, a exemplo da confiança depositada pelo empregador, seus conhecimentos, dentre outros, pelo que é efetivamente um pacto *intuito personae*.

Já a celebração de contrato de prestação de serviços com pessoas jurídicas enseja a indeterminação do caráter individual que tende a caracterizar a atuação da pessoa física em um contrato de trabalho. Deveras, contratar uma pessoa jurídica significa contratar a atividade de uma empresa, sem necessidade de percepção de um serviço realizado com exclusividade por apenas um indivíduo em específico. Pelo contrário: presume-se, automaticamente, que a prestação poderá ser realizada de forma indeterminada, sem prejuízo ao tomador. Em tais casos, não pode estar presente a pessoalidade na prestação do trabalho, pois o objeto da contratação seria uma obra ou uma tarefa a ser realizada por qualquer indivíduo da prestadora de serviço, de forma alternativa inclusive, sendo substituídos os trabalhadores constantemente[20].

Em casos de “pejotização”, portanto, a contratação formal da pessoa jurídica para a prestação de serviços não é suficiente para inibir a manifestação da pessoalidade que, segundo o princípio da primazia da realidade, for demonstrada na relação específica.

Portanto, caso demonstrado, pelo exame concreto da situação em análise, que o serviço diz respeito apenas e tão-somente a uma pessoa física, surge o primeiro elemento fático-jurídico da relação empregatícia, evidenciando, por conseguinte, a existência de uma flagrante tentativa de fraude mediante “pejotização”[21].

Ademais, a percepção da existência dos demais elementos fático-jurídicos configuradores da relação de emprego, mormente o elemento subordinação jurídica, referendam a possibilidade de fraude, que deve ser sempre analisada caso a caso, consideradas as especificidades da situação em apreço no plano fático. Em outras palavras, “se o trabalhador presta seus serviços de forma pessoal, com chefia e obrigação de prestar

contas de suas atividades no seu dia a dia, clara estará a burla, de nada valendo a formação desse contrato cível ou a criação da ‘pessoa jurídica’”[22].

É, nesse contexto, então, que ganha destaque o artigo 9º da CLT como um importante mecanismo de defesa, uma vez que fornece o amparo legal ao trabalhador e à relação trabalhista para expurgar as fraudes, juntamente com os artigos 2º e 3º da CLT, que ao serem aplicados, com precisão, combatem a “pejotização” de maneira eficaz.

2.2. O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE COMO MEIO IDÔNEO AO COMBATE À “PEJOTIZAÇÃO”

O ordenamento jurídico pátrio é composto por princípios e regras, sendo ambos possuidores de força normativa. Em que pesem as diferenças entre ambas as espécies de normas, bem como da forma de aplicação destas, serão tanto regras quanto princípios considerados pelo operador do direito, a fim de solucionar os conflitos existentes no caso concreto.

Prova desta primazia principiológica, inclusive, pode ser encontrada já no artigo 8º da CLT, o qual aduz:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, *na falta de disposições legais ou contratuais*, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e *outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho*, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - *O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. (grifos aditados)*

O dispositivo entalhado no artigo 8º, *caput*, da CLT[23], portanto, indica expressamente a possibilidade de serem utilizados os princípios com a específica finalidade de dar completude ao sistema jurídico trabalhista, suprimindo as lacunas com base nos valores plasmados no conjunto de normas de proteção ao obreiro, abalizado na CLT. Ou seja, foi insculpida no texto legal, de forma expressa, a função normativa dos princípios, principalmente no que concerne à aplicação dos princípios específicos do Direito do Trabalho.

Outrossim, releva notar que o parágrafo primeiro do artigo mencionado prevê, também, que podem ser utilizadas outras normas estranhas à seara laboral, desde que as mesmas tenham afinidade com os valores plasmados na legislação trabalhista, que, essencialmente, está direcionada à proteção do trabalhador. Nesse passo, é possível apreender a opção do legislador em dar credibilidade à função interpretativa dos princípios, na medida em que determina que a aplicação das normas, bem como a busca pelo real sentido dessas deve ser feito de acordo com o quanto sufragado nos princípios existentes no Direito do Trabalho.

Portanto, reverencia-se, mais uma vez, o verdadeiro protagonismo de princípios neste ramo do Direito. No entanto, neste estudo, será conferida atenção especial ao princípio da primazia da realidade, sendo de valia, para esta pesquisa, analisar sua aplicação como meio idôneo ao combate da “pejotização”, mormente no que diz respeito a suas funções normativa e interpretativa enquanto princípio do Direito do Trabalho.

Em uma detida análise das normas contidas na CLT e das demais normas trabalhistas insculpidas em leis ordinárias, é fácil perceber que não existe nenhum dispositivo positivado que regre expressamente a forma de tratamento dos casos de fraude ao regime de emprego mediante o fenômeno da “pejotização”. Ou seja, não é possível ao operador do direito utilizar uma específica regra presente no ordenamento, por meio de sua subsunção ao caso concreto, para tais hipóteses de fraude.

Por outro lado, já foi explicado anteriormente que, no caso brasileiro, os princípios jurídicos também gozam de força normativa,

podendo ensejar soluções jurídicas plausíveis, criativas e legítimas. Logo, é neste contexto que surge a possibilidade de aplicação do princípio da primazia da realidade como instrumento idôneo ao combate não apenas da “pejotização”, como de todas as diversas modalidades de fraude à relação empregatícia.

Nesse ínterim, poderá o operador do direito, considerando os preceitos principiológicos, buscar na realidade dos fatos elementos que demonstrem qual o verdadeiro vínculo existente em uma relação de trabalho, caracterizando o regime de emprego ou corroborando a típica prestação de serviço, independentemente do quanto disposto nos documentos referentes à contratação dos serviços.

Para tanto, serve de parâmetro ao intérprete o teor dos artigos 2º e 3º da CLT, que trazem as conceituações legais da figura do sujeito empregador e do sujeito empregado. Ou seja, com base no princípio da primazia da realidade, devem ser buscados no cenário fático os elementos que tornam o indivíduo um empregado ou, ainda, delineiam a figura do empregador (pessoa jurídica ou física); caso presentes, sem dúvida, será o caso de típica relação de emprego, pois presente o sujeito empregado.

Ganha destaque, ainda, a determinação entalhada no artigo 9º da CLT, que evidencia o repúdio por parte do legislador a qualquer estratégia jurídica com o intuito de simular, desvirtuar, impedir ou fraudar a ocorrência de relação de emprego. Para tais casos, deve ser dada primazia à realidade, sendo nulos de pleno direito os atos realizados com o intuito fraudulento. Ou seja, é mais uma norma que dá respaldo às elaborações do princípio em análise.

No mais, existem diversos dispositivos compilados na CLT que evidenciam o caráter informal do contrato de trabalho, demonstrando que a relação de emprego se desenvolve desvinculada da existência de um instrumento formal e escrito que a corporifique. É, como já dito, brecha para manifestação e aplicação do princípio da primazia da realidade.

Assim, fica claro que diversas passagens do ordenamento dão margem à ideia sedimentada no princípio da primazia da realidade, caracterizando sua função interpretativa ao buscar a compreensão da

dimensão de alcance de tais normas em casos de fraude, mormente de “pejotização”.

Outrossim, pode, ainda, haver a direta aplicação do princípio da primazia da realidade em uma situação de lacuna normativa, ou seja, de ausência de uma regra expressa a disciplinar a situação em concreto, indicando ao intérprete que, no Direito do Trabalho, devem ser priorizados os acontecimentos do mundo dos fatos, ainda que em detrimento das formalidades jurídicas respectivas.

É do ensinamento de Andréa Ehlke Mucerino que

É do princípio da primazia da realidade que a Justiça do Trabalho deve se valer para que seja possível contratar se determinada relação de trabalho enquadra-se como sendo efetivamente um labor prestado por um cooperado ou se este mesmo trabalhador encontra-se prestando serviços na qualidade de empregado, porém, sob o falso manto do cooperativismo[24].

Portanto, seja reflexamente, por meio de normas auxiliares, passíveis de aplicação na matéria, seja diretamente, considerando o intérprete o quanto preceituado em nível principiológico, resta comprovada a valia do princípio da primazia da realidade a ser utilizado como instrumento mais efetivo de combate às fraudes.

2.3. A NECESSIDADE DE UMA RELEITURA DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA: A ZONA GRISE

Como já explicitado, para viabilizar a conclusão de que o trabalho é realizado sob a tutela das normas consolidadas, deve ser auferido se a relação existente guarda contornos de não eventualidade, pessoalidade, onerosidade e subordinação, tal como, tecnicamente, se manifesta cada um destes elementos. Neste item, contudo, serão tecidas considerações apenas acerca da averiguação do principal elemento – a subordinação jurídica-, diante das peculiaridades que atormentam as relações de trabalho na atualidade.

Oportuno trazer trecho da lavra de Margarida Barreto de Almeida:

É que a subordinação, cujo conceito foi estruturado nas premissas da hierarquia verticalizada, da emissão de ordens diretas de superiores aos subordinados e do rígido controle da produção (segundo a concepção de Taylor), pode agora, em face da horizontalização da empresa, dissimular-se no tempo e no espaço, na medida em que o controle do trabalho, quando não é feito pelos empregados entre si, pode, em muitos casos, ser realizado após sua execução e fora do ambiente de trabalho^[25].

É notável que as relações de trabalho mudam e novos paradigmas surgem, como já explicitado de forma exaustiva no primeiro capítulo deste estudo. Portanto, hodiernamente, surgem as formas atípicas de trabalho, bem como existe uma pluralidade de novas modalidades de técnicas, mecanismos e qualificações profissionais que interferem na formatação da típica relação de emprego.

Logo, é impossível conceber a apreciação da relação de emprego, principalmente nos casos dos profissionais liberais e daqueles que gozam de elevada qualificação profissional, apenas enfocando conceitos genéricos e abstratos acerca da definição de empregador e empregado. Nesse contexto, a fim de vencer os óbices à averiguação do elemento subordinação jurídica, o operador do direito deve repousar sua análise sobre a natureza do serviço e função exercida pelo sujeito potencialmente apto a ser um empregado, embora tratado de modo diverso, ponderando, ainda, o quanto de subordinação e o quanto de autonomia o profissional possui em sua atuação.

Sobre as novas relações de trabalho e a nova acepção do conceito de subordinação jurídica, esclarece Lorena Vasconcelos Porto, que:

[...] este conceito foi construído em uma época em que os trabalhadores necessitados da proteção do Direito do Trabalho correspondiam aos operários

reunidos em massa nas grandes indústrias. Por isso, a tendência foi identificá-los como os trabalhadores subordinados. [...] Mas o conceito de subordinação é mais amplo. [...]

No momento em que as outras partes desse todo –de empregados- começam a adquirir uma importância crescente na realidade, é necessário retomar a noção mais ampla de subordinação, sem qualquer espécie de restrição. Essa ampliação é necessária sob pena de violar a própria razão de ser (teleologia) do Direito do Trabalho: a proteção dos trabalhadores[26].

Com essa sensibilidade, o regramento da CLT incidirá sobre situações interessantes. Isso porque, muitas vezes, existem casos de subordinação jurídica atenuada, em que o trabalhador tem uma possibilidade de atuação e decisão mais ampla devido à complexidade do serviço. Nesses casos, todavia, não existe a autonomia própria do trabalhador autônomo, já que não pode esse deixar de cumprir totalmente as suas obrigações, como se empregador fosse. Isso é muito comum em casos em que o serviço prestado pelo empregado é técnico ou intelectual, exigindo alta qualificação, como nos casos de médicos, jornalistas, fisioterapeutas, arquitetos, entre outros. Em face dessa dificuldade em discernir a subordinação e autonomia, configura-se a chamada Zona Grise.

Explica Paula Barbosa Guimarães:

A *zona grise* é uma região marcada pela dificuldade em estabelecer se existe ou não relação subordinada. Nessas hipóteses, o pressuposto subordinação aparece de forma bastante tênue, o que impossibilita muitas vezes o enquadramento na esfera da relação de emprego[27].

Assim, é possível concluir que na zona grise estão situados os trabalhadores cuja subordinação técnica encontra-se dizimada ou consideravelmente reduzida. Portanto, nem sempre a relação trabalhista

das partes fica definida de forma precisa, sendo difícil visualizar suas características clássicas. Nessa situação, figuram os típicos prestadores de serviço que, ora são subordinados, ora são autônomos, a depender das peculiaridades de cada situação isolada.

Considerando, a título de exemplo, o caso de um médico especializado, apenas por este ângulo, já resta evidenciada a diferença de outros serviços para os quais não se exige um conhecimento técnico neste nível. Todavia, no caso concreto, que indiscutivelmente deve ser avaliado com cautela, pode persistir a subordinação jurídica, a qual confere ao empregador o poder de comandar, diretamente ou por meio de prepostos, a aplicação da força de trabalho do empregado, respeitados os limites do contrato, e outorga-lhe, ainda, o poder de verificar o cumprimento da prestação laboral.

É no caso concreto em análise, portanto, que devem ser buscados elementos que reforcem a existência da subordinação ou a descaracterizem, tornando a autonomia do profissional mais pujante, até mesmo como forma de combate à fraude, pois a autonomia em abstrato pode dar margem à “pejotização”. Nesses termos, o operador do direito deve analisar as sutilezas da prestação, observando, por exemplo, se existe uma pluralidade de tomadores de serviço em face da “PJ” constituída, a forma em que é efetuada a remuneração, se são dadas ordens de superiores ao prestador de serviço, se há limitação e controle de jornada de trabalho, se utiliza os meios de produção da tomadora para executar seus serviços, se conta com a colaboração de outros empregados da tomadora para a realização de sua atividade, se existem outros profissionais de categoria semelhante contratados na qualidade de empregado, dentre outras peculiaridades[28].

Em outras palavras, embora não caracterizadas a independência e a prestação de serviços autônomos para estes profissionais, em alguns casos, o empregador, ainda assim, tenta ocultar o vínculo de emprego mediante a imposição de constituição de pessoa jurídica, caracterizando o fenômeno da “pejotização”, que é resultante das novas relações de trabalho.

Todavia, no caso concreto, se verificada a existência concomitante dos elementos habitualidade, pessoalidade, onerosidade e subordinação – ainda que de uma forma mais mitigada que a clássica formatação do elemento subordinação - na relação jurídica mantida pelas partes, é evidente a relação de emprego[29]. Lembrando, inclusive, que a autonomia não se presume, apenas a subordinação. Logo, não restando comprovada a autonomia do indivíduo, fatalmente deverá ser considerada existente a subordinação jurídica inerente ao vínculo de emprego, como decorrência da previsão do art. 7º da Constituição, que elege a relação empregatícia como a mais pródiga em direitos.

Como consequência, em casos de fraude, com fundamento no artigo 9º da CLT, devem ser declarados nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos no referido diploma legal, sendo reconhecida a existência do vínculo empregatício entre os sujeitos da relação e com pagamento de todos os seus consectários legais.

2.4. O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DO FENÔMENO DA “PEJOTIZAÇÃO”, SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E A RELEVÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NO COMBATE À PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A “pejotização”, como já explicitado, burla os direitos do trabalhador e é totalmente antagônica ao empregado. Por isso, diante de sua constatação, consequências jurídicas são clamadas, a fim de apenar a conduta de fraude, bem como para repelir o recrudescimento de tal prática.

Advém da própria natureza fraudulenta do fenômeno a primeira consequência da constatação da ocorrência de “pejotização” de empregados. Com base no teor do dispositivo contido no artigo 9º da CLT, deve o Magistrado trabalhista sinalizar a conduta fraudulenta havida, que culmina na nulidade do irregular contrato de prestação de serviços firmado e, finalmente, da pessoa jurídica daquele que é, em verdade, um empregado.

Superado esse primeiro momento, o julgador declarará a existência de vínculo empregatício entre as partes envolvidas (tomador de serviço e trabalhador), determinando que seja assinada a CTPS do obreiro, a fim de constar os dados relativos à contratação e execução daquele contrato de trabalho, e determinando, ainda, a consequente condenação do empregador a todas as verbas trabalhistas típicas e demais obrigações oriundas do reconhecimento do vínculo.

Nesse ponto especificamente, é preciso frisar que a natureza da manifestação do Magistrado é meramente declaratória. Isso porque, a relação de emprego entre as partes não passa a existir tão-somente a partir da manifestação do Juiz togado na sentença. Deveras, a mesma sempre esteve presente no cotidiano da prestação de serviços, já estando o empregador em mora com o empregado. O papel do Juiz, portanto, será apenas o de declarar o conjunto de direitos pertencente ao empregado, que lhe faz jus em casos de regime de emprego. Ademais, resta ao Judiciário trabalhista coibir este ato fraudulento do empregador, o qual, pela reiteração da conduta, gera uma coletividade de lesados.

Em face das peculiaridades do caso concreto, deve, ainda, especificamente na Justiça Federal, ser imputada às partes autoria de crimes contra a Organização do Trabalho, tipificado no artigo 203, *caput*, do Código Penal que assim dispõe:

Frustração de direito assegurado por lei trabalhista

Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:

Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

[...]

Dessa forma, não pode passar impune a conduta de maus empregadores que tentam convencer o trabalhador, atrelado a um efetivo vínculo de emprego, que não possui qualquer direito trabalhista em razão de ter sido coagido ou obrigado a constituir pessoa jurídica como condição de contratação.

Finalmente, deve ser destacada a atuação incansável do Ministério Público do Trabalho diante do tema, em razão de o combate à precarização das relações de trabalho e da defesa da ordem jurídica trabalhista serem alguns de seus principais objetos institucionais de tutela e defesa. Inclusive, cada vez mais, o *Parquet* laboral tem recebido notícias de fato, geralmente oriundas de juízes do trabalho, de sindicatos de categorias profissionais, dos trabalhadores, dos auditores fiscais do trabalho, além dos próprios membros do Ministério Público do Trabalho, após emissão de parecer circunstanciado como fiscal da ordem jurídica, da utilização irregular de pessoas jurídicas para mascarar a relação de emprego[30].

Como instrumentos da atuação ministerial, é possível que sejam instaurados inquéritos civis e outros procedimentos administrativos, a fim de investigar a existência de lesão aos direitos sociais e metaindividuais da coletividadelesada[31].

Especialmente no que se refere à possibilidade de solução extrajudicial do conflito, o Ministério Público do Trabalho, ao constatar a fraude, tem, também, a prerrogativa de convocar a empresa tomadora de serviço que exigem a prática de “pejotização” na tentativa de firmar Termo de Ajuste de Conduta, para que essa se comprometa a obedecer às determinações legais, com a fixação de multa em caso de descumprimento.

Havendo negativa em pactuá-lo por parte da empresa tomadora dos serviços, o *Parquet* Laboral ajuizará Ação Civil Pública perante as Varas do Trabalho, com o intuito de obter um provimento judicial de obrigação de não fazer consistente na abstenção dos tomadores de serviços de contratar trabalhadores apenas sob a condição de constituir pessoa jurídica.

É possível, ainda, a exigência de compensação a título de dano moral coletivo, tendo em vista a lesão causada à sociedade por conta da fraude perpetrada ao ordenamento jurídico trabalhista, com a precarização das relações de trabalho.

Nessa senda, veja-se, pois oportuno, a manifestação do Ministério Público do Trabalho do Rio de Janeiro em Ação Civil Pública proposta pelo Procurador do Trabalho Cássio Casagrande contra à Tv Globo:

Os elementos obtidos pelo Ministério Público no inquérito civil referido demonstram de forma indubitosa que a ré vem fraudando os contratos de trabalho de dezenas de seus empregados, com violação aos direitos sociais assegurados aos trabalhadores no art. 7º. da Constituição, além de incorrer em sonegação de verbas ao FGTS, à Previdência Social e à Receita Federal.

A fraude consiste em mascarar a relação de emprego mantida com muitos de seus jornalistas, radialistas e artistas através de uma falsa contratação “civil” com pessoas jurídicas constituídas por aqueles profissionais. Assim, por exemplo, a **TV GLOBO LTDA.**, pelas informações obtidas no IC 602/00 não mantém contrato de trabalho com os jornalistas William Bonner e Fátima Bernardes, mas sim contrato civil de prestação de serviços com as empresas “**William Bonner Produções S/C Ltda.**” e “**Fátima Bernardes Produções Artísticas e Jornalísticas Ltda.** (fls. 44 do IC)”

Como se sabe, o jornalista, o radialista e o artista exercem profissões regulamentadas pela lei, que exigem a contratação sob forma de contrato de emprego quando esta se der por empresas de radiodifusão, como é o caso da ré.

[...]

bastaria a simples aplicação dos arts. 3º. e 9º. da Consolidação das Leis do Trabalho para se desnaturar a fraude perpetrada pela ré. A relação de emprego caracteriza-se por ser um contrato-realidade, pouco importando o *nomen juris* que se lhe

atribuía. Vale dizer, desde que presentes os elementos configuradores da relação de emprego (subordinação, pessoalidade, não-eventualidade e onerosidade) o contrato de trabalho é presumido, sendo absolutamente nulos de pleno direito todos os atos jurídicos tendentes a dissimular aquele liame. *(grifos no original)*

Ademais, como já explicitado em momento anterior, ajuizada ação civil pública perante a Justiça do Trabalho, será expedido, ainda, ofício ao Ministério Público Federal para apuração, em tese, do crime previsto no artigo 203 do Código Penal (fraude a direitos trabalhistas), em virtude da lesão de natureza coletiva^[32].

Finalmente, passa-se à análise da jurisprudência pátria, a fim de buscar compreender o atual posicionamento dos Tribunais brasileiros acerca do fenômeno fraudulento da “pejotização”.

2.5. A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA E A PEJOTIZAÇÃO

No presente momento do estudo, busca-se demonstrar que empregados corriqueiramente acionam os tribunais, a fim de obter uma recompensa da desvantagem sofrida, quando “pejotizados”.

É pertinente a análise da sentença proferida no Juízo Trabalhista da 3ª Vara de Camaçari, de lavra do Magistrado Luciano Martinez, nos autos da reclamação trabalhista tombada sob o nº 0105400-51.2008.5.05.0133 RT. Veja-se:

DA NEGATIVA DE VÍNCULO/ DA SUPOSTA PACTUAÇÃO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUTÔNOMOS.

Os demandados admitiram a prestação de serviços do acionante. Alegaram, porém, a existência de relação jurídica diversa da de emprego. Disseram que o autor teria sido trabalhador autônomo (mediante uma terceira empresa), com liberdade para

definir tempo e modo de execução de suas atividades.

Com isso, os réus atraíram o ônus da prova da existência de contrato de atividade diverso do de emprego, sempre presumido em tal circunstância, mas dele não se desincumbiram. Bem ao contrário disso, o representante das demandadas, quando interrogado, confessou uma série de aspectos favoráveis à tese do autor. *(grifos no original)*

Primeiramente, delinea o Magistrado os contornos da lide, fazendo uma síntese das alegações, em juízo, de ambas as partes. As empresas tomadoras de serviços, ora reclamadas, negam a existência de vínculo empregatício, porém afirmam existente a prestação de serviços. Assim, ao admitir a prestação de serviços, porém com natureza diversa da relação empregatícia, atraíram para si o *onus probandi*, eis que se trata de fato modificativo do direito do reclamante, nos termos preconizados pelo art. 373 do CPC c/c o art. 818 da CLT, tarefa a qual não foi bem sucedida, como bem fundamenta o Magistrado:

a) Da confissão da acionada no que diz respeito à conveniente tomada de serviços do acionante por meio de empresa criada especialmente para esse fim.

Ao ser interrogado, o representante dos demandados informou que “o reclamante prestou serviços para as duas acionadas, mediante a intermediação de uma empresa terceirizada, chamada FSB” e que, para confirmar a tese da pejetização do vínculo de emprego do demandante, “essa empresa prestava serviços exclusivamente para as acionadas”, sendo “o reclamante era o único trabalhador que prestava serviços mediante a intermediação da FSB”.

Há evidente conveniência no ato de contratação mediante a mencionada empresa de um único

empregado para uma atividade absolutamente necessária ao desenvolvimento dos serviços empresariais das demandadas. E mais, segundo o representante das rés, o serviço do autor sempre foi o mesmo “com ou sem a intermediação da FSB”.

Perceba-se que, ao ser questionado sobre o motivo em virtude do qual o acionante não teria sido contratado diretamente como empregado, o mencionado representante disse que “isso foi uma decisão de diretoria da empresa”. (*grifos no original*)

Nesse trecho, releva notar ser o típico caso de “pejotização” de empregados. Embora formalmente tenham as empresas galgado esforços para descaracterizar a existência de uma relação de emprego, das circunstâncias fáticas é possível observar os elementos ensejadores do liame empregatício. Isso porque, as próprias acionadas confessam que a pessoa jurídica criada possuía apenas o reclamante como trabalhador prestador de serviço, o que, *per si*, já permite uma presunção de pessoalidade na execução do serviço. Ademais, informa que a “PJ” dedicava-se exclusivamente a suprir os anseios da reclamada, sendo sua atividade submetida unicamente aos desígnios daquela.

Além disso, é noticiado que a necessidade de constituição de uma pessoa jurídica por parte do sujeito empregado foi fruto de uma exigência da própria direção da tomadora de serviço. Em outras palavras, foi condicionada a contratação do empregado à realização de um simulacro voltado a mascarar a existência do regime de emprego. Fraude que, portanto, deve ser rechaçada.

b) Da confissão da acionada quanto à extensão do vínculo e quanto ao fato de que, mesmo sem a intermediação da FSB, o demandante continuou a prestar os mesmos serviços para as demandadas.

Ficou claro também que o período de duração do vínculo do autor foi coincidente com aquele declinado

na inicial: “a FSB prestou serviços para as acionadas a partir de agosto de 1995 até novembro de 2004; o demandante depois disso continuou prestando serviços para a acionada sem a intermediação da FSB até julho de 2008”

[...] (grifos aditados)

Mas não é só. No específico caso em cotejo, há mais um indício gritante da existência de fraude, pois o empregado exercia exatamente as mesmas atividades tanto ao tempo em que era, de fato, sujeito diretamente vinculado à reclamada, quanto durante o período em que sua prestação se dava por intermédio da “PJ” criada. Ou seja, a realidade dos fatos demonstra que, deveras, o reclamante sempre agiu como se empregado fosse, pois, de fato, o era.

Isso, mais uma vez, guarda relação com a ideia já suscitada em momento anterior, segundo a qual é o contrato de trabalho um contrato-realidade, que se aperfeiçoa justamente no cotidiano da prestação, independentemente do que esteja firmado nos documentos referentes à contratação.

c) Quanto à constatação de subordinação jurídica na prestação dos serviços por parte do autor.

O representante da acionada deixou clara a existência de subordinação jurídica do demandante em relação às demandadas, especialmente quanto reconheceu a utilização de cartões de ponto para o controle da jornada do autor e para o pagamento de horas suplementares. [...]

Onde já se viu um trabalhador autônomo registrar jornada em cartões de ponto? Onde já se viu esse mesmo autônomo estar obrigado a apresentar os cartões de ponto para receber seus pagamentos? O autor não era autônomo; era subordinado; era empregado...

Assim, diante do exposto, rejeito a questão prejudicial de mérito acima epigrafada para declarar existente vínculo de emprego entre os litigantes no período que se estendeu de **15 de janeiro de 1996 a 17 de junho de 2008**.

(grifos aditados)

Como já explicitado neste estudo, a relação de emprego é caracterizada na medida em que vão sendo encontrados, no cotidiano da prestação do labor, seus requisitos fático-jurídicos, nos moldes do quanto estabelecido nos artigos 2º e 3º da CLT. Assim, presentes seus elementos, invariavelmente, haverá relação de emprego, independentemente da roupagem jurídica dada à relação.

Dentre todos os elementos mencionados, indubitavelmente, destaca-se a subordinação jurídica do trabalhador ao empregado como elemento configurador da relação. Isso porque, na mera prestação de serviços, não está o trabalhador submetido às ordens, comandos e à direção do empregador. Por outro lado, presente a autonomia do trabalhador, é desvirtuado o regime de emprego, sendo viável – e até esperado – que o vínculo que une as partes seja o da mera prestação de serviços.

Em outras palavras, a existência da subordinação jurídica do reclamante, no presente caso, consubstanciada pela necessidade de controle de jornada do obreiro pelo tomador de serviços, denuncia que, embora existente uma pessoa jurídica a figurar na relação jurídica, o reclamante não possuía a autonomia necessária a permitir a legitimidade da roupagem jurídica. Assim, continuando a leitura da sentença, determinou o Juiz que:

Devem as acionadas, conjuntamente, como grupo econômico, anotar a CTPS do autor, observada a sua condição de empregado e os elementos contidos na inicial com as limitações impostas por esta decisão.

[...]

DAS PARCELAS PRÓPRIAS DE UM VÍNCULO DE EMPREGO.

Por conta do reconhecimento da existência de vínculo de emprego entre os sujeitos litigantes e observado o limite prescricional (03/09/2003), deferidos ficam os pedidos de letras “i”, “j”, “k”, “L”, “m” (a prescrição das férias deve levar em conta a regra contida no art. 149 da CLT), “n”, “o”, “p”, “q” e “r”.

DA MULTA PREVISTA NO ART. 477 DA CLT/ DA (IN) APLICABILIDADE AOS QUE NEGAM O VÍNCULO DE EMPREGO.

Sendo a decisão de reconhecimento da relação de emprego uma decisão de caráter declaratório, é evidente que seus efeitos condenatórios retroagem *ex tunc*. Assim, não é possível imaginar que, pelo simples fato de negar o vínculo, o acionado fique isento do pagamento da multa prevista no §8º, do art. 477, da CLT. Isto estimularia todos os demandados que não formam vínculo de emprego a assim proceder, uma vez que, pelo menos, não sofreriam os efeitos da mencionada multa. Acrescente-se que a tese das acionadas esteve calcada numa fraude contra o regime de emprego (pejotização). A não concessão dessa vantagem estimularia fraudes de igual dimensão e natureza. Defere-se, portanto, o pedido de pagamento da multa prevista no §8º, do art. 477, da CLT na dimensão de um salário-base (sem qualquer acréscimo ou integração).

DA PENA PREVISTA NO ART. 467 DA CLT.

Com base no mesmo raciocínio que orientou o deferimento da multa do art. 477 da CLT, defere-se a aplicação da pena prevista no art. 467 da CLT,

restrita, entretanto, ao aviso prévio, às férias (acrescidas de 1/3) e aos décimos terceiros salários. (*grifos aditados*)

Como consequência da comprovação da fraude, o Juiz do Trabalho, então, decidiu pelo reconhecimento de vínculo empregatício direto entre o reclamante e as empresas tomadoras de serviços, enfatizando, nesse passo, que sua manifestação não tem caráter constitutivo, mas, sim, meramente declaratório. Logo, é reconhecido um vínculo que já existe pela própria maneira em que se deu a prestação de serviço, e que teve nascimento concomitantemente com o início do labor.

Outrossim, por conseguinte, determinou o pagamento de todas as verbas trabalhistas típicas dali oriundas, aplicando, ainda, as penalidades contidas nos artigos 477, §8º e 467, ambos da CLT, justamente em razão da existência de efeito *ex tunc* na decisão de reconhecimento de relação de emprego e da mora do empregador.

Merece ênfase, ainda, a Ementa oriunda do julgamento do Recurso Ordinário nº 00728.2008.011.17.00.8, TRT 17ª Região, tendo por Relator o Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite. Veja-se:

EMENTA. DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. EMPRESA INTERPOSTA. CONTRATAÇÃO FRAUDULENTA. INCLUSÃO DO TRABALHADOR NO QUADRO SOCIETÁRIO. PRINCÍPIOS DA PRIMAZIA DA REALIDADE E DA BUSCA DA VERDADE REAL.

1. O exame acerca da existência ou inexistência de vínculo empregatício, a exemplo dos casos em que a reclamada contrata empresa interposta, em que há inclusão do trabalhador no quadro societário, é multifário, não comportando, por isso, análises e soluções genéricas, porquanto a cada dia novas roupagens jurídicas são criadas na dinâmica empresarial, restando ao Magistrado e ao intérprete

fazer o escoreito enquadramento dentro da norma de direito do trabalho.

2. O contrato de trabalho, por aplicação do princípio da primazia da realidade, não exige forma predeterminada, não podendo uma avença que não corresponde ao que aconteceu na prática a ele se sobrepor.

3. De outro lado, o princípio da busca da verdade real, derivado do princípio da primazia da realidade, auxilia o intérprete no exame dos fatos, obstando a camuflagem jurídica que se pretenda dar a uma relação de emprego[33]. (negritei)

(TRT 17ª Região. RECURSO ORDINÁRIO. 00728.2008.011.17.00.8.

Relator: DES. CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE. Publicado em 20 /10/2011).

Sabidamente, referenda o Desembargador acerca da necessidade do Magistrado e demais operadores do direito buscarem ter cautela na análise de cada caso concreto, pois, hodiernamente, são muitas as tentativas de burla às normas trabalhistas, mediante manobras comerciais ou cíveis. Em todos os casos, contudo, reafirma a relevância do papel do princípio da primazia da realidade como forma de encontrar a verdade real, na medida em que, é o contrato de trabalho um contrato-realidade, de conteúdo preenchido pelo que se dá na realidade dos fatos, como já demonstrado nesta pesquisa.

Finalmente, deve ser asseverada a manifestação do Desembargador em seu voto de que tais fraudes são orquestradas por empresas tomadoras visando apenas lesar o trabalhador, impedindo-lhe o recebimento das verbas trabalhistas. Por isso, inclusive, não merece prosperar a alegação empresarial de que o empregado, conscientemente, aceita a condição de laborar como “PJ” e que, portanto, não poderia se beneficiar da ilicitude que ajudou a perpetrar. Ademais, deve-se lembrar que se trata de questão relacionada à figura do trabalhador, hipossuficiente

da relação trabalhista e destinatário das regras de proteção estatal. Logo, não se pode presumir que o empregado tenha se lançado, de livre vontade, nessa operação, não havendo que se falar em simulação.

Cabe a análise da Ementa do julgamento do Recurso Ordinário interposto no bojo do processo tombado sob o nº 01134.2009.005.17.00.3, TRT 17ª Região, que teve por Relatora a Desembargadora Cláudia Cardoso de Souza:

TRABALHO REALIZADO POR SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA PRESTADORA DE SERVIÇO. EXISTÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO E PESSOALIDADE. FRAUDE. VÍNCULO DE EMPREGO.

Demonstrada a existência de relação de subordinação e pessoalidade entre os supostos sócios da empresa prestadora de serviço e a demandada, conclui-se haver o intuito meramente fraudatário da criação da pessoa jurídica para prestação de serviços de forma interposta. O fato do serviço prestado pelo empregado ser técnico ou intelectual, exigindo alta qualificação, não descaracteriza o vínculo de emprego, já que, independente da complexidade do serviço, o *modus operandi* do Reclamante era completamente fixado e controlado pela demandada, representando típica subordinação[34].

(TRT 17ª REGIÃO. RECURSO ORDINÁRIO Nº 01134.2009.005.17.00.3. Relatora: DESEMBARGADORA CLÁUDIA CARDOSO DE SOUZA. Publicado em 10/02/2011).

O trecho destacado na Ementa evidencia mais uma ideia defendida ao longo deste estudo, segundo o qual o simples fato de ser o trabalhador prestador de serviço um profissional liberal, dotado de alta qualificação e de grande domínio na atividade que executa, não é

suficiente para descaracterizar, tampouco dizimar o elemento subordinação jurídica, curial em uma relação de emprego. É evidente que tais profissionais gozam de maior espaço para livre atuação, com maior poder decisório acerca da técnica a ser usada, no entanto, estão, ainda assim, sujeitos às determinações do empregador, que dispõe, quase sempre, dos meios de produção, indica o local de trabalho, dá ordens, exige cumprimento de jornada, dentre outros aspectos considerados.

Oportuno trazer à baila, por fim, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da matéria, no Processo nº [1313/2001-051-01-40](#). Veja-se, *in verbis*:

Diante dessas informações, verifica-se a presença de todos os elementos caracterizadores do vínculo de emprego: a personalidade e o caráter *intuitu personae*, restam demonstrados pelo próprio objeto do contrato de locação de serviços firmado entre a TV Globo e a C 3 Produções Artísticas e Jornalísticas Ltda. – a pessoa da reclamante, Claudia Cordeiro Cruz. Em resposta ao quesito de nº 07, a perícia apontou, ainda, pela negativa, quanto a possibilidade de a reclamante fazer-se substituir por outra pessoa ou mesmo por seu sócio na empresa, para execução dos serviços para os quais fora contratada pela TV Globo (fl. 986), o que reforça o caráter *intuitu personae*; a onerosidade também se fez presente, como se verifica dos inúmeros recibos acostados aos autos (fl. 160/256); a habitualidade na prestação dos serviços restou demonstrada tanto pelos sucessivos contratos de locação de serviços firmados entre as partes ao longo de 12 anos (perícia – fl. 986), como pelos depoimentos das testemunhas que informaram que a autora realizava a apresentação de diversos telejornais diários da programação da TV Globo. Por fim, a subordinação jurídica também mostrou-se presente pelas informações colhidas dos depoimentos das duas testemunhas ouvidas. Essas

testemunhas, que em momentos distintos da relação havida entre reclamante e reclamada, foram os superiores da reclamante e, como visto acima, informaram que a reclamante estava subordinada a eles, devendo obedecer às determinações da empresa, seguir as orientações por eles determinadas, ainda que com o objetivo de manter e preservar a qualidade e unidade do jornalismo na reclamada[35].

(TST; 6ª Turma; Processo AIRR: [1313/2001-051-01-40](#); Julg. em 22/10/2008; Relator: Ministro Horácio SennaPires.)

Neste caso, da mesma forma como nos demais anteriormente trazidos, foi afastado o fato da existência de uma pessoa jurídica constituída por meio da identificação dos elementos relativos à relação de emprego no caso concreto.

Assim, da análise de todos os julgados colacionados, fica claro que a jurisprudência, de modo semelhante à doutrina pátria, entende ser a “pejotização” mais uma manobra jurídica realizada com o intuito de fraudar a aplicação das normas trabalhistas, que dispõem sobre os direitos e garantias existentes nas relações de emprego ao empregado.

Deve ser, mais uma vez, frisado que a aplicação das regras contidas na CLT decorre diretamente da presença dos elementos fático-jurídicos inerentes à relação de emprego, não podendo ocorrer o afastamento dos mesmos pela vontade das partes. De fato, cuida-se da indisponibilidade típica dos direitos trabalhistas, ainda que diante de situações em que aparentemente há maior benefício ao trabalhador – sendo, de fato, mera aparência -, como em casos de constituição de pessoa jurídica, em que existe menor incidência de parcelas fiscais ou previdenciárias a serem recolhidas.

Portanto, é dever da Justiça do Trabalho combater tal prática, analisando, em cada caso, se existentes os elementos caracterizadores da

relação de emprego (contidos nos artigos 2º e 3º da CLT), a saber, a pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, na prestação do labor, por aplicação do princípio da primazia da realidade, técnica mais eficaz para o alcance da verdade real na seara trabalhista.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode-se concluir que conceitualmente é a “pejotização” a modalidade de fraude ao regime de emprego consubstanciada pela determinação do empregador para que o empregado constitua pessoa jurídica como condição para sua contratação ou continuação da prestação de serviços, com o intuito de aviltar o correto pagamento das verbas trabalhistas e contribuições previdenciárias típicas as quais faz jus o empregado e, assim, minimizar os custos com mão de obra.

A “pejotização” não se limita a gerar prejuízos ao trabalhador, que tem seus direitos trabalhistas aviltados. Concomitantemente, é também lesado o erário, na medida em que não há o escorreito recolhimento das contribuições previdenciárias, além de outras parcelas que deveriam ser aplicadas no financiamento de políticas públicas, a exemplo do FGTS, nos termos do artigo 9º, § 2º da Lei nº 8.036/90. Ofende, ainda, o artigo 8º, *caput*, e inciso IV da Constituição, pois com a “transformação” do trabalhador em falso empresário, a tomadora de serviço fere a liberdade de organização sindical, prejudicando a possibilidade de filiação a entidades representativas das classes profissionais preteridas.

Prejudica, ainda, a sociedade, pois termina por recrudescer a precarização das relações de trabalho, reduzindo, cada vez mais, a dignidade da prestação do labor, que é imposta por meio dos direitos e garantias positivados, além de afrontar as normas de segurança do trabalho. Finalmente, também prejudica a dinâmica econômica, uma vez que as empresas que se furtam ao pagamento das verbas trabalhistas típica, minimizam os gastos com a mão de obra ilícitamente, o que, invariavelmente, denota ato de concorrência desleal, o que também rechaçado pela Constituição Federal no art. 173, §4º.

Por tudo isso, com base no teor do dispositivo contido no artigo 9º da CLT, deve o Magistrado trabalhista sinalizar a conduta fraudulenta havida, que culmina na nulidade do irregular contrato de prestação de serviços firmado e, finalmente, da pessoa jurídica daquele que é, em verdade, um empregado; a declaração da existência de vínculo empregatício entre as partes envolvidas (tomador de serviço e trabalhador), determinando que seja assinada a CTPS do obreiro, a fim de constar os dados relativos à contratação e execução daquele contrato de trabalho, e determinando, ainda, a consequente condenação do empregador a todas as verbas trabalhistas típicas e demais obrigações oriundas do reconhecimento do vínculo; deve, ainda, ser imputada às partes autoria de crimes contra a Organização do Trabalho, tipificado no artigo 203, *caput*, do Código Penal na Justiça Federal, pois não pode passar impune a conduta de maus empregadores que tentam convencer o trabalhador, atrelado a um efetivo vínculo de emprego, que não possui qualquer direito trabalhista em razão de ter sido coagido ou obrigado a constituir pessoa jurídica como condição de contratação.

Por fim, é merecedora de destaque a atuação incansável do Ministério Público do Trabalho diante do recrudescimento da “pejotização”, em razão de o combate à precarização das relações de trabalho e da defesa da ordem jurídica trabalhista serem alguns de seus principais objetos institucionais de tutela e defesa. Como instrumentos da atuação ministerial, é possível que sejam instaurados inquéritos civis e outros procedimentos administrativos, visando garantir a observância dos direitos sociais dos trabalhadores, bem como ajuizar ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para assegurar os interesses metaindividuais daqueles, caso frustrado Termo de Ajuste de Conduta. É cabível, ainda, a imposição de dano moral coletivo, como forma de compensação diante da repulsa social à fraude perpetrada.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009. BELMONTE, Alexandre Agra. **Pejotização, intermediação de venda de seguros, participação em blogs de consultas e opiniões e contratos de**

figuração avulsa – algumas reflexões. In Suplemento Trabalhista nº 066/07. São Paulo: LTr, 2007

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.

COUTO FILHO, Eduardo Soares do; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **A “Pejotização” e a Precarização das Relações de Trabalho no Brasil.** Disponível em:

< http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%20Renaul.pdf>. Acesso em 05 de jun. 2011.

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

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.

GUIMARÃES, Paula Barbosa. Breves notas sobre a autonomia. In: VIANA, Márcio Túlio; TERRA, Luciana Soares Vidal; SILVA JÚNIOR, Décio de Abreu e. (Coords.) **Direito do Trabalho & Trabalhos sem Direitos.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

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.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho – Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

LIMA, Francisco Meton Marques de. A “Pejutização” do contrato de trabalho – retorno ao princípio da autonomia da vontade – Lei n. 11.196/05. **Revista LTr**, v. 71, n.6, jun. 2007.

LOUREIRO, Felipe José Silva. **A subordinação e as atuais relações entre capital e trabalho**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2618, 1 set. 2010. Disponível em: . Acesso em: 7 jun. 2011.

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

MAZZINI, Luciana de Amorim. Os casos de fronteira e a jurisprudência. In: VIANA, Márcio Túlio; TERRA, Luciana Soares Vidal; SILVA JÚNIOR, Décio de Abreu e. (Coords.) **Direito do Trabalho & Trabalhos sem Direitos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

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

PORTO, Lorena Vasconcelos. Por uma releitura do conceito de subordinação jurídica. In: VIANA, Márcio Túlio; TERRA, Luciana Soares Vidal; SILVA JÚNIOR, Décio de Abreu e. (Coords.) **Direito do Trabalho & Trabalhos sem Direitos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

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.

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.

NOTAS:

[1] Parte menos expressiva da doutrina também defende a utilização da expressão “judicialização da pessoa física” para fazer referência ao tema.

[2] LOUREIRO, Felipe José Silva. **A subordinação e as atuais relações entre capital e trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2618, 1 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17308>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

[3] 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, p. 166.

[4] CALMON, Meiry Vieira. **A não personalidade na prestação de serviço versus a fraude da pessoa jurídica na relação de emprego**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8519> Acesso em 08 de jun. 2011.

[5] 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.

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

[6] LIMA, Francisco Meton Marques de. A “Pejotização” do contrato de trabalho – retorno ao princípio da autonomia da vontade – Lei n. 11.196/05. **Revista LTr**, v. 71, n.6, jun. 2007. p. 71-06/689.

[7] Nesse particular, deve ser percebido, de logo, que, já no próprio artigo em comento, é feita ressalva indicando a possibilidade de aplicação, em casos de irregularidade, do quanto disposto no art. 50 do Código Civil. Portanto, é digno de esclarecimento o teor deste dispositivo, que nada mais é que o acolhimento, em nosso ordenamento jurídico, da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. Veja-se, *in verbis*: 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.

[8] COUTO FILHO, Eduardo Soares do; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **A “Pejotização” e a Precarização das Relações de Trabalho no Brasil**. Disponível em: < http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%20Renaul.pdf>. Acesso em 05 de jun. 2011.

[9] BELMONTE, Alexandre Agra. **Pejotização, intermediação de venda de seguros, participação em blogs de consultas e opiniões e contratos de figuração avulsa – algumas reflexões**. In Suplemento Trabalhista nº 066/07. São Paulo: LTr, 2007.

[10] COUTO FILHO, Eduardo Soares do; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **A “Pejotização” e a Precarização das Relações de Trabalho no Brasil**. Disponível em: < http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%20Renaul.pdf>. Acesso em 05 de jun. 2011.

[11] BELMONTE, Alexandre Agra. **Pejotização, intermediação de venda de seguros, participação em blogs de consultas e opiniões e contratos de figuração avulsa – algumas reflexões**. In Suplemento Trabalhista nº 066/07. São Paulo: LTr, 2007.

[12] Art. 3º, Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

[13] MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.

[14] MUCERINO, Andréa Ehlke. Os direitos indisponíveis no âmbito do Direito do Trabalho e as falsas cooperativas de trabalho. **Revista LTr**. v. 69, n. 02, fev. de 2005. p. 69-02/198.

[15] 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.

[16] Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

[...]

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

[17] Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

[18] § 2º Os recursos do FGTS deverão ser aplicados em habitação, saneamento básico e infra-estrutura urbana. As disponibilidades financeiras devem ser mantidas em volume que satisfaça as condições de liquidez e remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda.

[19] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 269.

[20] MUCERINO, Andréa Ehlke. Os direitos indisponíveis no âmbito do Direito do Trabalho e as falsas cooperativas de trabalho. **Revista LTr**. v. 69, n. 02, fev. de 2005. p. 69-02/198.

[21] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 271.

[22] 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.

[23] Orientação semelhante pode ser encontrada no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, entendida, quase à unanimidade, como uma verdadeira norma de orientações propedêuticas aplicáveis a todos os ramos do Direito. Veja-se, *in verbis*: 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.

[24] Muito embora a autora trate, em sua lição, acerca da fraude mediante a utilização de falsas cooperativas de trabalho, é possível, por analogia, considerar o raciocínio por ela defendido para descaracterizar os casos de “pejotização” de empregados, na medida em que haverá relação de emprego caso a pessoa jurídica, constituída de um só indivíduo, presta serviço na qualidade de empregado. MUCERINO, Andréa Ehlke. Os direitos indisponíveis no âmbito do Direito do Trabalho e as falsas cooperativas de trabalho. **Revista LTr**. v. 69, n. 02, fev. de 2005. p. 69-02/198.

[25] 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. p. 318.

[26] PORTO, Lorena Vasconcelos. Por uma releitura do conceito de subordinação jurídica. *In*: VIANA, Márcio Túlio; TERRA, Luciana Soares Vidal; SILVA JÚNIOR, Décio de Abreu e. (Coords.) **Direito do Trabalho & Trabalhos sem Direitos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. pp. 215-216.

[27] GUIMARÃES, Paula Barbosa. Breves notas sobre a autonomia. *In*: VIANA, Márcio Túlio; TERRA, Luciana Soares Vidal; SILVA JÚNIOR, Décio de Abreu e. (Coords.) **Direito do Trabalho & Trabalhos sem Direitos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 228.

[28] PORTO, Lorena Vasconcelos. Por uma releitura do conceito de subordinação jurídica. *In*: VIANA, Márcio Túlio; TERRA, Luciana Soares Vidal; SILVA JÚNIOR, Décio de Abreu e. (Coords.) **Direito do Trabalho & Trabalhos sem Direitos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

[29] MAZZINI, Luciana de Amorim. Os casos de fronteira e a jurisprudência. *In*: VIANA, Márcio Túlio; TERRA, Luciana Soares Vidal; SILVA JÚNIOR, Décio de Abreu e. (Coords.) **Direito do Trabalho & Trabalhos sem Direitos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

[30] CREMONESI, André; MELO, Orlando de. Contratação fraudulenta de trabalhadores por intermédio de cooperativas de trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, v. 11, n. 21, p. 53-59, mar. 2001.

[31] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho – Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 170.

[32] CREMONESI, André; MELO, Orlando de. Contratação fraudulenta de trabalhadores por intermédio de cooperativas de trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, v. 11, n. 21, p. 53-59, mar. 2001.

[33] Disponível em
< <http://portal.trtes.jus.br/sic/sicdoc/DocViewer.aspx?fmt=1&sq=621832919&id=254>>. Acesso em 16 de jun. de 2011.

[34] Disponível em
< <http://portal.trtes.jus.br/sic/sicdoc/DocViewer.aspx?fmt=1&sq=124431392&id=254>>. Acesso em 17 de jun. de 2011.

[35] Disponível em <www.tst.jus.br>. Acesso em 17 de jun. de 2011.

A QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

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

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo enfrentar a problemática da quantificação do valor indenizatório em casos de responsabilidade civil por perda de uma chance, analisando a melhor técnica para se chegar a um valor preciso diante da chance perdida. A metodologia do trabalho foi pautada na análise de doutrina especializada e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Perda de uma chance. Valor da indenização.

Sumário: 1. Introdução. 2. O princípio da reparação integral e a chance perdida. 3. Parâmetros para a correta quantificação da perda de uma chance. 3.1 O coeficiente redutor. 3.2. Quantificação da chance de natureza extrapatrimonial. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

A violação de um dever jurídico primário faz surgir um dever jurídico secundário, o dever de indenizar. A indenização, visando, tanto quanto possível, recolocar a vítima na situação anterior, deve abranger todo o prejuízo sofrido efetivamente em decorrência do ato danoso (GONÇALVES, 2012, p. 425).

A reparação do dano pode ocorrer de duas maneiras, podendo ser pela reparação natural ou pela indenização pecuniária. Naquela, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 431), ocorre a entrega da própria coisa ou de objeto da mesma espécie em substituição àquele que se perdeu ou se deteriorou em virtude do ato danoso, de modo a restaurar a situação alterada por este.

O efetivo retorno à situação anterior à prática do ato ilícito, conforme destaca Arnoldo Wald e Brunno Pandori Giancoli (2011, p. 143), ocorre na reparação natural. Todavia, na maioria dos casos que são levados ao

Poder Judiciário é impossível devolver a vítima ao estado em que se encontrava anteriormente. Diante de tal situação, o ordenamento jurídico pátrio trouxe, através do art. 947 do Código Civil, a regra de que “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

Trata-se, pois, da indenização pecuniária, aplicável sempre que a reparação natural não for cabível, podendo ser qualificado como (RODRIGUES *apud* GONÇALVES, 2012, p. 432) “um remédio nem sempre ideal, mas o único de que se pode lançar mão”.

No campo da reparação das chances perdidas, a indenização será pecuniária, equivalente ao valor da chance perdida, não sendo viável a aplicação da supracitada reparação natural. Complementando o raciocínio (GONDIM, 2005, p. 32):

Porém, tem-se que o próprio conceito da teoria é das chances que se perderam, assim, não há como restabelecer o *status quo ante*, de tal sorte que, ainda que, o dano pudesse ser restabelecido monetariamente, a chance não o será, havendo apenas a compensação da lesão, sendo de tal sorte, uma indenização compensatória.

Acerca do valor da indenização, importante destacar o art. 944 do Código Civil, que preceitua que “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Esse dispositivo consagrou princípios já existentes no direito que determinam a reparação do equivalente ao prejuízo sofrido (GONDIM, 2010, p. 139).

Entretanto, ao tratar-se da quantificação da indenização em casos de aplicação da teoria da perda de uma chance, constata-se uma grande dificuldade de estabelecer parâmetros para a correta fixação do *quantum* indenizatório. Nessa linha, obtempera Daniela Pinto de Carvalho (2011, p. 310):

Contudo, a maior problemática referente ao novo paradigma da responsabilidade civil é relativa ao quantum indenizatório, como estabelecer uma indenização que ao mesmo tempo repare integralmente o dano causado mas sem causar enriquecimento ilícito no caso de perda de uma chance.

De acordo com Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 221), tal situação é agravada pelo grande número de decisões judiciais que decide pela quantificação do dano em procedimento de liquidação de sentença sem que exista qualquer menção expressa à metodologia empregada para se chegar ao valor conferido à vítima, transparecendo para o operador do direito “a impressão de uma quantificação realizada ‘por sentimento’, isto é, sem qualquer critério técnico”.

Porém, de acordo com Flávio da Costa Higa (2012, p. 134), a dificuldade jamais pode ser interpretada como um obstáculo em desfavor da vítima, sob pena de desobediência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV), uma vez que, caso contrário, poderia um juiz, “no apogeu de um insensível pragmatismo”, mesmo reconhecendo a aplicação da teoria da perda de uma chance, negar-lhe tutela apenas por uma dificuldade de ordem prática.

Faz-se imprescindível, pois, a fixação de critérios para a definição do *quantum* indenizatório. Desta forma, no presente artigo, tratar-se-á da quantificação da chance perdida, especificamente acerca da aplicação do princípio da reparação integral à teoria da perda de uma chance e das soluções apresentadas para a quantificação da chance perdida para fins de indenização.

2. O princípio da reparação integral e a chance perdida

Conforme expõe Flávio da Costa Higa (2012, p. 130), “o princípio reitor da reparação de danos na responsabilidade civil é o da *restitutio in integrum*, segundo o qual se deve indenizar todo o dano, e nada além do dano, conforme vetusta lição dos franceses”.

O valor da indenização deve corresponder à integralidade dos danos sofridos, não existindo espaço para indenizações parciais. Tal regra está inserta no já mencionado art. 944 do Código Civil, que preceitua que “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Assim, o princípio da reparação integral deve ser aplicado inclusive em caso de indenização pela perda de uma chance. Há, contudo, conforme alerta Flávio da Costa Higa (2012, p. 132), quem sustente equivocadamente que a perda de uma chance dá ensejo a uma reparação parcial.

De fato, a reparação da chance perdida jamais poderá corresponder à totalidade da vantagem esperada, todavia, é equivocado afirmar que por esse motivo a indenização será parcial e não integral. Tal equívoco é proveniente de uma falsa ideia, pois, em verdade, o que se indeniza não é o resultado final, mas a chance em si mesma, entidade que compõe o patrimônio da vítima e que é independente do resultado final. Nesse sentido (HIGA, 2012, p. 132-133):

Trata-se de imprecisão conceitual no raciocínio silogístico, pois a premissa não leva à conclusão alcançada. A reparação é integral, mas, como o dano é equivalente à chance (probabilidade), que é sempre menor do que o todo, o valor da indenização (total) da chance é necessariamente inferior a ele.

Nos casos referentes à aplicação da perda de uma chance o que deve se buscar é a integral restituição, não do valor do ganho que foi impedido, mas sim da chance perdida (CARVALHO, 2011, p. 311).

Ademais, Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 221), ao analisar a relação entre o resultado final e a chance perdida, afirma existir uma “regra de granito” que limita a quantificação das chances perdidas a um valor obrigatoriamente menor do que o valor da vantagem esperada pela vítima.

A supracitada constatação é lógica, pois a indenização, conforme Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 77), deve corresponder à própria chance,

que o juiz apreciará *in concreto*, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a chance. Com isso, atribuir à chance valor equivalente ao resultado final desvirtuaria a teoria da perda de uma chance, pois estaríamos diante, na realidade, de lucro cessante, onde a indenização corresponde à totalidade do bem jurídico que “seria incorporado ao patrimônio do ofendido no futuro, acaso a conduta culposa não tivesse ocorrido” (GONDIM, 2010, p. 123). No mesmo sentido (HIGA, 2012, p. 136):

Poder-se-ia opor, embora sem nenhuma razão, que há hipóteses em que a aplicação da teoria da perda de uma chance renderia ensejo a um ressarcimento rigorosamente idêntico ao do resultado final. Ocorre, entretanto, que, diante de tal ocorrência, alijar-se-ia a aplicação da teoria das chances perdidas, pois a reparação passaria a ser a título de lucros cessantes, na medida em que o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar, de acordo com o sistema de presunções adotado pelo art. 402 do CCB, seria o resultado final esperado.

Apesar da fácil compreensão desta premissa, alguns julgados, conforme aponta Sérgio Savi (2012, p. 65), apesar de reconhecerem a responsabilidade civil por perda de uma chance, equivocam-se no momento de quantificar o dano sofrido pela vítima, igualando-o ao resultado final.

O mesmo autor (SAVI, 2012, p. 65), cita como exemplo a decisão proferida na Apelação Cível nº 70.005.473.061, julgada em 10/12/2003, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que traz a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO. MANDATO. DECISIVA CONTRIBUIÇÃO PARA O INSUCESSO EM DEMANDA INDENIZATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. Tendo a advogada, contratada para a propositura e

acompanhamento de demanda indenizatória por acidente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando ao mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante na demanda, deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória. Agir negligente da advogada que ofende ao art. 1.300 do CCB/1916. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70005473061, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Ministro Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 10/12/2003)

In casu, conforme explica Sérgio Savi (2012, p. 65-66), a advogada perdeu o prazo para interposição do recurso de apelação contra sentença desfavorável aos interesses do constituinte. O acórdão reconheceu o dano proveniente da perda de uma chance, todavia, ao quantificar o dano, condenou a advogada ré ao pagamento de tudo aquilo que o seu cliente faria jus se o recurso tivesse sido interposto tempestivamente e provido pelo Tribunal. Com isso, conclui Sérgio Savi (2012, p. 66):

Ou seja, apesar de estarmos diante de um caso típico de responsabilidade civil por perda de uma chance, o acórdão, a nosso sentir equivocadamente, condenou o advogado ao pagamento dos lucros cessantes sofridos pelo autor da ação. Isto porque, ninguém poderia afirmar que se o recurso tivesse sido interposto, ele seria provido com certeza. O máximo que se poderia afirmar era que o mesmo tinha muitas chances de êxito, e estas chances é que deveriam ter sido indenizadas.

Destarte, não será o causídico responsabilizado pelo valor que se ganharia caso houvesse êxito na demanda onde patrocinou de forma negligente, pois, por se tratar de chance perdida, outros fatores, além da

sua negligência, poderiam ensejar o mesmo provimento desfavorável ao seu cliente.

No mencionado caso, conforme salientado, tratava-se de chance perdida, pois seria impossível prever qual seria a decisão do Tribunal caso o recurso fosse apresentado tempestivamente. Todavia, conforme explica Flávio da Costa Higa (2012, p. 60-61), após a Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, que, por sua vez, introduziu no ordenamento a figura da súmula de efeito vinculante, passou-se a ser possível a ocorrência de casos onde a perda de prazo para interposição do recurso de apelação contra sentença desfavorável aos interesses do constituinte venha a gerar responsabilização do advogado por lucros cessante.

Não se aplica, pois, a teoria da perda de uma chance em casos onde a decisão contra a qual o advogado deixou de recorrer contraria expressamente uma súmula vinculante, uma vez que, caso tivesse recorrido, o resultado favorável do recurso seria certo, aplicando-se, desta maneira, indenização por lucros cessantes.

É possível, pois, averiguar-se duas premissas básicas para a correta quantificação da chance perdida: primeiramente que se aplica à teoria da perda de uma chance o princípio da reparação integral e, em segundo lugar, que o valor da indenização pela chance perdida sempre deve ser inferior ao valor que corresponderia ao resultado final.

3. Parâmetros para a correta quantificação da perda de uma chance

Conforme entendimento da doutrina especializada, a natureza jurídica da chance perdida possui uma relação de simetria entre o dano decorrente da chance perdida e o dano final. Assim, caso o resultado final seja de natureza patrimonial, o dano decorrente da perda da chance terá natureza jurídica de dano material, na qualidade de dano emergente. Mas se, por outro lado, o dano final for de natureza extrapatrimonial, assim o será o decorrente da chance perdida.

Nessa linha, passa-se a analisar os parâmetros de quantificação da perda de uma chance. Inicialmente será analisado o parâmetro do coeficiente redutor, aplicado quando a chance perdida assumir um caráter patrimonial, e, em seguida, analisar-se-á a quantificação em casos em que a chance perdida tiver natureza extrapatrimonial.

3.1 O coeficiente redutor

A chance nada mais representa do que uma probabilidade em relação à obtenção do todo, cuja conquista restou prejudicada pela superveniência do evento danoso, desta maneira, o valor da indenização pela chance perdida necessariamente será inferior ao do dano final.

Destarte, para se chegar ao valor da indenização da chance perdida “tem que ser levado em conta o grau de probabilidade de ter alcançado aquele benefício ou evitado as perdas se o ato ilícito não tivesse ocorrido” (CARVALHO, 2011, p. 311).

A indenização deve ser proporcional à possibilidade maior ou menor de obtenção do resultado almejado. Desta maneira, o valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final esperado (VIEGAS *et al*, 2012, p. 32).

Portanto, para a apuração do *quantum* indenizatório em casos de perda de uma chance, deve-se aplicar sobre o valor total do resultado final o coeficiente redutor que corresponde à probabilidade que este resultado tinha de se concretizar antes do ato danoso. O coeficiente redutor (probabilidade) deve ser multiplicado pelo valor do resultado final e o resultado deste cálculo corresponderá ao montante da indenização. Acerca da aplicação do coeficiente redutor (HIGA, 2012, p. 135):

Deve-se, pois, formular um juízo de qual seria o resultado final obtido e minorá-lo conforme a probabilidade dessa hipótese se concretizar. É uma operação singela, a princípio, materializada na

equação “ $PC = RF \times P$ ”, na qual “PC” significa o valor da Perda da Chance, “RF”, o Resultado Final esperado, e “P”, a Probabilidade de concretização do resultado final – que será o coeficiente de redução.

Sérgio Savi (2012, p. 31-32) aponta que esta forma de se chegar ao valor da indenização por perda de uma chance já era expressamente adotada pela Corte de Cassação italiana em decisões datadas da década de 1980.

Nessa linha, através da aplicação do coeficiente redutor torna-se possível chegar ao valor da chance de forma a concretizar as duas premissas expostas alhures, quais sejam, a premissa de que o valor da chance perdida é necessariamente inferior ao valor do resultado final esperado e a premissa de que este valor corresponde ao valor integral da chance perdida, pois deve-se aplicar o princípio da reparação integral à teoria da perda de uma chance.

Como exemplo dessa forma de quantificação da chance perdida, tem-se o emblemático julgamento do Recurso Especial n.º 788.459, proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, comumente denominado de caso do “Show do Milhão”, que, segundo Sérgio Savi (2012, p. 75), pode ser considerado o verdadeiro *leading case* em matéria de responsabilidade civil por perda de uma chance no mencionado tribunal. O referido julgado possui a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de

lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (REsp 788459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334)

No mencionado caso, a autora da ação havia participado do programa televisivo “Show do Milhão”, que consistia em um concurso de perguntas e respostas onde o prêmio máximo era de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Este valor seria repassado ao participante do programa caso este acertasse todas as perguntas realizadas.

Os candidatos do programa respondiam a perguntas sequenciais que versavam sobre conhecimentos gerais, de grau supostamente crescente de dificuldade, e, à medida que respondiam corretamente, prosseguiam na competição, acumulando uma premiação cada vez maior. As perguntas eram de múltipla escolha, onde eram apresentadas quatro alternativas de resposta.

Para alcançar o prêmio de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o candidato deveria responder corretamente a uma série de 15 (quinze) perguntas até atingir o prêmio de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), quando, então, deveria responder a pergunta final. Ao analisar o caso, Flávio da Costa Higa (2012, p. 93) aponta que a última pergunta possuía determinadas peculiaridades em relação às anteriores: o concorrente não tinha auxílio algum; após o enunciado da pergunta, aparecia na tela o desenho de uma maleta com barras de ouro e um cronômetro regressivo de 20 segundos, findos os quais, o candidato dizia se desistia ou respondia a pergunta; exaurido o tempo, e tendo o candidato optado por responder, levaria o prêmio total desde que acertasse a resposta, ou, caso desse a resposta errada, ficaria apenas com simbólicos R\$ 300,00 (trezentos reais). Havia, ainda, a faculdade de não responder à última pergunta, caso em que o candidato encerraria a sua participação auferindo o prêmio até então adquirido, de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

No caso concreto, a autora havia respondido todas as questões de forma correta, com exceção da pergunta final (“pergunta do milhão”), que

era a seguinte: “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? 1) 22%; 2) 2%; 3) 4%; 4) 10%”. Diante de tal indagação, a autora preferiu não responder e salvaguardar a premiação já adquirida de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por entender que a pergunta, da forma em que fora elaborada, não havia como ser respondida.

Todavia, por entender que a produção do programa teria agido de má-fé ao formular uma pergunta que não tinha uma resposta possível, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não prevê, em nenhum de seus dispositivos, um percentual do território nacional reservado aos índios, a candidata ajuizou ação indenizatória requerendo o pagamento de indenização por danos materiais e morais, aqueles no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil) por ter perdido a oportunidade de receber este valor em razão da conduta da ré, e estes em valor a ser arbitrado pelo juiz.

Em primeira instância, a autora obteve êxito, sendo a empresa organizadora do programa condenada ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Na sentença, o Juízo de primeira instância reconheceu que ao caso seria aplicável a teoria da perda de uma chance, contudo, ao julgar procedente o pedido de indenização por danos materiais, condenou a ré ao pagamento de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), quantia que a autora receberia caso a pergunta tivesse sido formulada corretamente e a autora tivesse logrado êxito ao respondê-la.

Conforme ressaltado anteriormente, a indenização pela chance perdida sempre será inferior ao montante que a parte receberia se a oportunidade de um ganho não tivesse sido perdida e o ganho tivesse se verificado. Houve, portanto, erro na quantificação da indenização. Contudo, o Tribunal de Justiça da Bahia manteve a sentença, negando provimento ao recurso de apelação interposto pela empresa ré.

Em face do acórdão que negou provimento à apelação, a empresa ré apresentou recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, aduzindo violação art. 1.059 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 402 do atual código.

O recurso especial (788459/BA), por sua vez, foi conhecido e parcialmente provido, reduzindo-se a indenização de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), concedida pelo magistrado de primeira instância, para R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), entendendo pela aplicação da teoria da perda de uma chance e que a probabilidade de acerto, caso a pergunta fosse formulada corretamente, era de 25% (vinte e cinco por cento), pois havia quatro alternativas, dentre as quais uma seria a correta. Segue o trecho do voto do Ministro Relator Fernando Gonçalves que trata do valor da indenização:

Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra. A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 202), tratando da decisão ora analisada, comenta que o Superior Tribunal de Justiça, mesmo sem fazer longa digressão sobre a teoria da perda de uma chance, silenciando sobre os requisitos e particularidades desta, acatou a tese da defesa de que a vítima tinha mera possibilidade de lograr êxito na última questão do programa. Assim, como o obstáculo final consistia em uma questão de múltipla escolha, contendo quatro opções de resposta, poder-se-ia dizer, estatisticamente, que a vítima possui a 25% (vinte e cinco por cento) de chances de ganhar os R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e,

portanto, sua chance valeria R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

O acórdão proferido pelo STJ é, desta forma, de grande importância, pois aplica o coeficiente redutor para chegar ao valor da chance perdida, afastando o entendimento equivocado externado pelas instâncias inferiores, que, apesar de terem reconhecido a aplicação da teoria da perda de uma chance, fixaram condenação em valor correspondente à totalidade da vantagem final esperada pela autora.

Contudo, nem sempre a aplicação do coeficiente redutor será fácil, pois em alguns casos um ou mais dados para que se aplique o coeficiente estará ausente ou fluido num primeiro momento, demandando uma pesquisa mais aprofundada (HIGA, 2012, p. 137). Todavia, conforme salienta Sérgio Savi (2012, p. 68-69), a dificuldade de medir a extensão do dano jamais poderá ser utilizada como fundamento para que eventualmente sejam contra a indenização das chances perdidas em nosso ordenamento.

Diante de tal dificuldade, Flávio da Costa Higa (2012, p. 149), sugere que quando um dos elementos da fórmula não estiver presente de imediato, deve-se utilizar a teoria da diferença para os casos em que não for possível determinar, com exatidão, o valor do resultado final, e deve-se recorrer ao uso da estatística como apoio à quantificação da probabilidade quando esta não for de fácil constatação.

Nessa linha, o mencionado autor (HIGA, 2012, p. 137) afirma que em casos onde o valor do resultado final não esteja claro em um primeiro momento, deve-se utilizar a “teoria da diferença”, criada pela doutrina alemã e comumente utilizada para a apuração dos lucros cessantes. O citado autor aduz que, de acordo com esta teoria, “o dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não tivesse produzido: o dano é expresso na diferença negativa encontrada nessa operação”. Ainda sobre a mencionada teoria (HIGA, 2012, p. 138):

Tal exercício mental hipotético é balizado pela expressão “razoavelmente”, consagrada pelo art. 402

do CCB, ou seja, a conjectura sobre a possível situação da vítima é alicerçada no que as possibilidades normais induzem à sua ocorrência, de acordo com o curso esperado dos acontecimentos ou com as especiais circunstâncias do caso concreto, conforme critérios fornecidos pelo § 252 do BGB (Código Civil alemão). Significa, pois, abstrair mentalmente e de modo equilibrado as conseqüências do ato ilícito, escoimando os exageros dos sonhos das vítimas traduzidos em pretensões hiperbólicas.

Devem ser utilizados os mesmos critérios para se calcular os lucros cessantes (teoria das diferenças) para se chegar ao valor do resultado final caso este não seja inicialmente claro diante do caso concreto. Ademais, para se chegar ao valor da probabilidade, o citado autor indica o uso da estatística, destacando como precursor de sua utilização o doutrinador italiano Piero Calamandrei. Sobre a estatística (HIGA, 2012, p. 148):

Portanto, a estatística é um método utilizado para que se possa afrontar a álea, mediante técnicas (como, v.g., as equações de probabilidade, as estimativas e as sondagens) que subvertem a estratégia de lidar com o desconhecido. A partir dela, não mais se tenta expungir o desconhecido, no tolo fetichismo da onisciência, mas sim admitir os limites de falibilidade e cognoscibilidade humana e buscar compreensões, a despeito disso. É a assimilação do acaso, pois a partir da ciência (indispensável) de que um ou mais elementos que determinam a resposta são incognoscíveis, busca-se uma resposta provável.

Tratam-se, pois, de dois métodos extremamente úteis para se buscar os elementos necessários para a formação do cálculo do valor da indenização pela chance perdida, através do coeficiente redutor, quando um dos elementos não estiver inicialmente claro diante do caso concreto.

3.2 Quantificação da chance de natureza extrapatrimonial

Assim como já foi apontado, a natureza jurídica da chance perdida possui uma relação de simetria com a natureza jurídica do dano final. Assim, caso o resultado final seja de natureza patrimonial, o dano decorrente da perda da chance terá natureza jurídica de dano material, devendo o valor ser quantificado através da utilização do coeficiente redutor. Mas se, por outro lado, o dano final for de natureza extrapatrimonial, assim o será o decorrente da chance perdida.

É plenamente possível que o dano decorrente da perda de uma chance seja exclusivamente extrapatrimonial, de acordo com Flávio da Costa Higa (2012, p. 123) e Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 215).

Glenda Gonçalves Gondim (2010, p. 146) aduz que quando a perda de uma chance tem natureza jurídica de dano moral é mais complicado mensurar a compensação pecuniária. A partir de análise da jurisprudência pátria, a autora chega à conclusão de que os parâmetros para o arbitramento de danos morais provenientes de chance perdida são os mesmos adotados na fixação do dano moral comum, não decorrentes da perda de uma chance.

Contudo, Glenda Gonçalves Gondim (2010, p. 146) afirma, em relação à quantificação do dano extrapatrimonial, que a sua avaliação sempre foi ponto de grande dificuldade. A referida autora complementa afirmando que o Código Civil de 2002 omitiu-se quantos os parâmetros para reparação desse dano, deixando ao magistrado a árdua tarefa de arbitramento do valor da compensação. Acerca do tema, são as palavras de Flávio da Costa Higa (2012, p. 134):

Deveras, não obstante a vasta produção doutrinária e jurisprudencial, a temática que envolve, v.g., a quantificação do “dano moral” experimenta certo menoscabo no mundo acadêmico, não porque perdeu importância, mas, justamente, por ter levado à fadiga os juristas, sem que houvesse aquiescência sobre os fundamentos desse tipo de responsabilidade.

Apesar da grande dificuldade de definir critérios para fixação do *quantum* indenizatório em caso de dano extrapatrimonial, Glenda Gonçalves Gondim (2010, p. 146), analisando a doutrina e jurisprudência pátria, destaca os principais critérios, quais sejam: “análise da extensão do dano, o grau de culpa e questões relativas à capacidade econômica financeira do ofensor e do ofendido, que devem ser razoáveis à chance perdida e não ao resultado final”.

Acerca do critério da extensão do dano e do grau de culpa, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 401) explica que, em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa, contudo, no caso do dano moral, “o grau de culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima”.

No tocante ao critério da capacidade financeira, Arnaldo Wald e Brunno Pandori Giancoli (2011, p. 154) expõem que a sua adoção tem como objetivo evitar que a quantia paga não caracterize um prêmio para a vítima, estimulando a conhecida “indústria do dano moral”. Ademais, os mencionados autores aduzem que também devem ser consideradas as possibilidades do ofensor, no sentido de sua capacidade para o adimplemento da prestação a ser fixada.

O valor deve ser fixado de forma razoável, devendo o magistrado buscar uma estimativa que permita atender às expectativas da vítima, sem criar ônus excessivo ao ofensor (WALD *et al*, 2011, p. 155), evitando, desta forma, o enriquecimento sem causa por parte da vítima. Nessa linha (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 93):

Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

Dessa maneira, para se fixar o *quantum* indenizatório da chance de natureza extrapatrimonial, devem ser adotados os mesmos critérios apontados para a quantificação do dano moral comum. Contudo, importante lembrar que na fixação do valor da indenização por perda de uma chance está se indenizando a chance perdida e não o resultado final esperado, conforme amplamente destacado ao longo do presente trabalho.

4. Conclusão

Em relação à quantificação do dano proveniente da perda de uma chance, concluiu-se, inicialmente, pela existência de duas premissas básicas: primeiramente que se aplica à teoria da perda de uma chance o princípio da reparação integral e, em segundo lugar, que o valor da indenização pela chance perdida sempre deve ser inferior ao valor que corresponderia ao resultado final esperado.

Verificou-se, ainda, que em casos onde a chance perdida possui natureza jurídica de dano patrimonial, deve-se adotar o parâmetro do coeficiente redutor para se chegar ao valor da indenização, sendo tal técnica, inclusive, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, quando o dano decorrente da chance perdida possuir natureza jurídica de dano extrapatrimonial, concluiu-se que se deve aplicar os mesmos parâmetros adotados na fixação do dano moral comum, não decorrente da perda de uma chance, quais sejam: análise da extensão do dano, o grau de culpa e questões relativas à capacidade econômica financeira do ofensor e do ofendido, que devem ser razoáveis à chance perdida e não ao resultado final.

5. Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 de jan. 2018.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan 2002. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 de jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 788.459**. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 05 jan. 2018.

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

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 4.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Curitiba, mar. 2010. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/23451/1/dissertacao%20perda%20chance.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2012

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

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

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

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

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

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Bruno Pandori. **Direito Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

O CONTEÚDO ECONÔMICO DA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO ATIVIDADE NORMATIVA E REGULATÓRIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA: SUPERAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE INTERVENÇÃO DINÂMICA E INTERVENÇÃO ESTÁTICA

ROBERTO HENRIQUE CALÚ ATAIDE BARBOZA: Advogado. Pós-graduando em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário, Estácio de Sá, Maceió, 2015. Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014.

RESUMO: Do Estado Absolutista ao Estado Contemporâneo Neoliberal hodierno se percebe diferentes facetas normativas e regulatórias erigidas do Estado para os atores econômicos da sociedade, sejam eles o próprio Estado, as empresas, os indivíduos ou a própria coletividade, a ponto de caracteriza-lo como intervencionista ou ausenteísta. Nesse contexto, um dos principais instrumentos utilizados pelo agente econômico estatal é a limitação administrativa como forma de moldar os interesses econômicos dos agentes privados ao interesse público. Nesse diapasão, a limitação administrativa tradicionalmente caracterizada como intervenção do Estado na propriedade privada (intervenção estática), se mostra, outrossim, como instrumento de intervenção do estado no domínio econômico (intervenção dinâmica).

Palavras Chave: Direito Econômico, Direito Administrativo, Limitação Administrativa, Intervenção Estática e Intervenção Dinâmica.

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Histórico das Formas de Intervenção do Estado no Domínio Econômico. 3 - Os Agentes Econômicos e a Atividade Econômica no Brasil. 4 – Formas de Intervenção Econômica do Estado Regulador Brasileiro a partir da Constituição de 1988. 5 – A Função Social da Propriedade como Instituto Conformador da Propriedade Privada e da Livre Iniciativa. 6 – A Limitação Administrativa como Atividade Normativa e Regulatória da Ordem Constitucional Econômica. 7 - Superação Da Distinção Entre Intervenção Dinâmica e Intervenção Estática. 8 - Considerações Finais. Referências.

1 - INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo o aprofundamento da matéria em torno do exame de mais um instrumento de intervenção que recai sobre os bens localizados no território do Estado, com reflexos sob a Ordem Constitucional Econômica. Nesse caso, a intercessão ocorrerá por meio da limitação administrativa.

Nesse diapasão, o trabalho abordará importantes repercussões no uso dos instrumentos de intervenção do Estado na propriedade privada, mais precisamente do instrumento da limitação administrativa, sobre a sociedade e sua reverberação no campo econômico, tendo em vista a estreita relação existente entre o direito de propriedade e a livre iniciativa, direito e princípio expressamente protegidos na Carta Magna de 1988.

É, ainda, deveras salutar se apropriar do conhecimento no trabalho aqui apresentado, pois o direito é o limitador natural da atuação do Estado desde o fim do absolutismo, portanto todos devem ter em mente as possibilidades de o Estado atuar na seara econômica, seus contornos e limites.

Durante a evolução histórica da humanidade, várias foram as formas de intervenção do Estado no domínio econômico, tendo se destacado aquelas que advieram após as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, pois adquiriram características próprias peculiares o que facilitou sua cientificidade.

Contudo, não obstante tratar-se de álea afeta prioritariamente aos particulares, o Estado atua de maneira excepcional, e apenas para fazer valer interesses da coletividade que se sobrepõem aqueles.

O exercício do poder do Estado de estabelecer limitações administrativas ao exercício do direito de propriedade pode afetar, e ao mesmo tempo normatizar e regulamentar a atividade econômica, de maneira compatível com o estabelecido na Ordem Constitucional Econômica.

A limitação administrativa, como espécie de intervenção restritiva do Estado na propriedade, é concebida como um dos instrumentos que podem e devem ser utilizados pelo Estado, como agente normativo e

regulador também da atividade econômica (intervenção dinâmica), não apenas como intervenção estática na propriedade, como bem estatuído pelos administrativistas clássicos.

Dessa maneira, premente se faz, portanto, a necessidade de uma análise mais aprofundada sobre de que forma é exercida a limitação administrativa com reflexos na Ordem Constitucional Econômica, quais as suas características e limitações. Pois, faz-se necessário segurança e confiabilidade na política econômica como condição para o crescimento econômico.

2 – HISTÓRICO DAS FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A relação entre os agentes econômicos e o Estado sempre foi de difícil normatização, não só pelas pressões político-sociais existentes e influentes de ambos os lados ao exercício do poder político legiferante, mas também, e principalmente, por conta da importância que suas atividades desempenham para o desenvolvimento socioeconômico.

Ademais, ao mesmo tempo em que insurge colisões de interesses entre os sujeitos daquela relação, erige-se uma dependência mútua, em proporções desiguais, mas mesmo assim considerável.

Com efeito, essa relação, que em um primeiro momento, até meados do século XVIII, não importava aos olhos do Estado absolutista sendo caracterizada como apenas fática, passou - pelo apelo social e vontade do legislador, após as Revoluções burguesas - a tornar-se jurídica. Assim, no nascedouro dos instrumentos legislativos incidentes nesta relação, emergiram-se de maneira nítida os “fatos” sociais e os “valores” da sociedade, que se correlacionaram, pressionando-se uns aos outros, surgindo como síntese a norma jurídica como resultado dessa tensão^[1].

Por isso, José dos Santos Carvalho Filho^[2] dispõe que:

O processo histórico sempre demonstrou a associação entre a política e a economia. Em cada fase da evolução dos povos são concebidas doutrinas filosóficas que oferecem seus axiomas para

compatibilizar as formas de direção do Estado com os interesses econômicos. Quando alguma construção doutrinária é alterada quanto aos fatores políticos, são irremediáveis os reflexos que provocam na ordem econômica. E a recíproca é verdadeira.

Ademais, como bem enfatizam, dentre outros autores, André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, “a Ciência do Direito deve valer-se do método histórico-cultural, de tal modo que é impossível conhecer o Direito sem estudar sua umbilical relação com uma dada sociedade, considerada no tempo e no espaço”^[3].

Sendo assim, a norma erigida no momento específico da história do fim do Estado absolutista foi eminentemente de cunho negativo e liberalista.

O Estado liberal de direito surgiu para se opor ao Estado absolutista, o qual intervia na economia sem a menor parcimônia, de forma arbitrária, por critérios pessoais das autoridades.

A Revolução Francesa adveio justamente para pôr fim aos desmandos, característicos do absolutismo, limitando o Estado por normas jurídicas erigidas do parlamento, casa de representação do povo. Ou seja, o povo, mormente a burguesia em ascensão, apenas se submeteria a normas emanadas por seus pares (representantes), igualmente cidadãos dessa coletividade.

Portanto, a teoria do liberalismo econômico que atendia aos interesses da classe burguesa emergente - passando-se a dominante a partir de então - defende a liberdade individual de os particulares se autolimitarem e se autogovernarem, características fundamentais dos institutos dos contratos positivados no Código Civil Napoleônico, encarnando-se definitivamente o princípio da autonomia da vontade, diga-se de passagem, até hoje existente, contudo, mitigado.

Nesse diapasão, o Estado dito liberal não interferia na economia. Tratava-se de um Estado absentista assentado na liberdade contratual, de forma a garantir apenas a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas contratuais e o cumprimento das cláusulas pactuadas. Pautado,

ainda, na liberdade de mercado, não sofrendo o sistema econômico qualquer influência ou interferência estatal, ficando sujeito apenas à auto-organização (autorregulação). Cabendo ao Governo Central tão somente a defesa externa das fronteiras e a estabilidade da ordem interna^[4]. (FIGUEIREDO, 2014, p. 187)

Não obstante, esse posicionamento econômico do Estado estava fadado ao fracasso. Gerou-se um abismo entre as classes sociais, e um fosso cada vez mais profundo quanto a diferença entre os mais ricos e os mais pobres, fazendo surgir uma profunda desigualdade social.

Da liberdade econômica sem limites, derivou a opressão dos mais fracos, gerando, segundo alguns autores, uma nova forma de escravidão^[5].

Surgiu, nesse contexto, como reação às condições de vida impostas nos séculos XIX e XX e da falta de sensibilidade do Estado frente à questão social até então vigente, o Estado intervencionista econômico, que tem como escopo a proteção à dignidade da pessoa humana, dos hipossuficiência diante do poder econômico, do liberalismo e do poder dos agentes econômicos sobre a sociedade. Fazendo-se valer, dessa forma, a necessidade de participação estatal na economia. O unilateralismo pendente para o econômico teve de ceder diante das barreiras jurídicas fixadas pelo Estado.

Segundo Leonardo Vizeu Figueiredo^[6], o Estado intervencionista econômico “atua com o fito de se garantir o exercício racional das liberdades individuais. A política intervencionista não visa ferir os postulados liberais, mas, tão somente, fazer com que o Estado coíba o exercício abusivo e pernicioso do liberalismo”.

Esse estudo da maneira de participação do Estado no domínio econômico, de forma a expor o posicionamento econômico do Estado, afigura-se como primordial ao bem-estar econômico dos indivíduos e para segurança jurídica, dispensando aos administrados possibilidade de saberem, com a devida antecedência, os mecanismos estatuídos legitimamente para a interferência e regulamentação do exercício das

liberdades econômicas e para a limitação de bens da esfera do domínio privado.

Leonardo Vizeu Figueiredo^[7] lembra, ainda, que “uma eventual análise de *rating* sobre a capacidade de endividamento de determinado Estado necessariamente passa por uma análise jurídica da forma pela qual o Estado se porta em face de sua Ordem Econômica”.

Nesse sentido, a partir da Constituição de 1934 (artigos. 115 a 143), todas as Cartas subsequentes dedicaram um de seus capítulos à ordem econômica, fenômeno denominado de constitucionalização normativa^[8].

O Brasil elevou as normas jurídicas de índole dirigista econômica - implementada pelo então Estado intervencionista econômico no fim do século XIX e início do século XX - ao status de regras jurídicas reguladoras da ordem econômica na Constituição. Conseqüentemente - com o advento e maior prestígio da doutrina filosófica pós-positivista e da teoria neoconstitucionalista - os princípios que colmatam as lacunas, guiam a interpretação, e que hoje são normas jurídicas, junto com as regras, plenamente aplicáveis a casos concretos, passam a ser obrigatórios a toda a sociedade e ao próprio Estado que as introduziu na Constituição.

Não obstante, independentemente da controvérsia doutrinária de a constitucionalização normativa da ordem econômica se tratar ou não de matéria a ser disciplinada pela Constituição. Ou seja, se caracterizando como normas materialmente constitucionais - que são aquelas que seriam próprias de serem regulamentadas na constituição - e normas formalmente constitucionais - as que só são consideradas constitucionais porque inseridas formalmente no bojo da Constituição. O que importa, nesse trabalho, é que a regulamentação da ordem econômica impõe à da ordem social, aponto de que é muito mais salutar estatuir na Constituição as diretrizes da intervenção estatal do que dispor à sociedade as intemperes decorrentes das oscilações dos grupos políticos a que está sujeito o Poder Legislativo^[9].

A atual Constituição disciplina a ordem econômica e financeira no Título VII (arts. 170 a 192), sendo dividida em quatro capítulos: o primeiro destinado aos princípios gerais da atividade econômica (arts. 170 a 181); o

segundo, à política urbana (arts. 182 e 183); o terceiro, à política agrícola e fundiária e à reforma agrária (arts. 184 a 191); e o quarto, ao sistema financeiro nacional (art. 192).

Apesar das propensas desregulações da economia implementadas desde o seu advento, não há como abandonar inteiramente à liberdade absoluta da propriedade privada e da livre iniciativa.

Por isso, surgiu o Estado neoliberal, o que não se confunde com o Estado liberal puro, porquanto, nos estados sociais-liberais, como o brasileiro, embora reconheçam e garantam a propriedade privada e a livre iniciativa, condiciona-se ao bem-estar social o uso dessa mesma propriedade e o exercício das atividade econômicas[10].

Diferentemente, Celso Antônio Bandeira de Mello[11] interpreta a Constituição brasileira como uma estampada antítese do neoliberalismo, pois, para ele, a Constituição:

[...] não entrega a satisfatória organização da vida econômica e social a uma suposta (e nunca demonstrada) eficiência do mercado. Pelo contrário, declara que o estado brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando a que a ordem econômica e a social sejam articuladas de maneira a realizar os objetivos apontados. Com isso, arrasa liminarmente e desacredita do ponto de vista jurídico quaisquer veleidades de implantação, entre nós, do ideário neoliberal. Aliás, uma verdadeira aberração do ponto de vista do neoliberalismo é o disposto no art. 219, de acordo com o qual: 'O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal'.

Apesar de tal posicionamento do renomado autor, não se pode negar que tanto o Direito econômico, como dito alhures, quanto o Direito

administrativo passaram pelo que chamamos de constitucionalização normativa, o que fez com que a Constituição passasse a exercer um papel importante quanto a delimitação dos contornos desses ramos do direito, e em uma perspectiva irradiante, igualmente aos demais ramos.

O direito apesar de uno é dividido em ramos para facilitar sua compreensão, que se apresentam com objetivos diferentes, e se depreendem de relações jurídicas diversas.

3 - OS AGENTES ECONÔMICOS E A ATIVIDADE ECONÔMICA NO BRASIL

O Direito econômico tem uma especial importância para coletividade, porquanto a coletividade é na realidade a grande titular dos bens jurídicos protegidos pelo direito econômico. Isso está expresso inclusive no parágrafo único, do artigo 1º, da lei de defesa da concorrência, lei nº 12.529/11, *in verbis* [\[12\]](#):

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Por isso que os agentes econômicos, sujeitos de direito que protagonizam trocas econômicas, devem se portar de maneira não defesa no ordenamento jurídico, limitados pelo interesse público nele previsto.

Sendo assim, são sujeitos de direito econômico:

a) o Estado em primeiro lugar, porque este além de regular, intervir e de uma forma geral protagonizar trocas econômicas, ele também compra, financia, etc;

b) as empresas, não só pessoa jurídica, porque para o direito econômico, tanto para fins de responsabilidade quanto para fins de consideração de uma determinada pessoa, seja natural ou jurídica, como agente econômico é irrelevante a personalidade jurídica;

c) os indivíduos e;

d) a coletividade.

Já “por atividade econômica entende-se todo o empreendimento envidado no sentido de se produzir, circular ou consumir bens, a fim de atender as necessidades coletivas e individuais da sociedade”^[13].

Nesse contexto, pode-se diferenciar a atividade econômica, conforme a doutrina acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em dois tipos, os quais estão incorporados ao que se denomina de atividade econômica em sentido amplo, quais sejam:

a) atividade econômica em sentido estrito, que são aquelas exploradas precipuamente pelos agentes privados e;

b) os serviços públicos, que são atividades econômicas precipuamente exploradas pelo Estado.

Portanto, a atividade econômica em sentido amplo é gênero do qual são espécies serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito^[14].

4 – FORMAS DE INTERVENÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal abraçou tal modelo econômico que lastreia o sistema capitalista de produção adotado pela República Federativa do Brasil, tendo em vista que impõem que a propriedade dos meios de produção seja predominantemente privada e que a iniciativa da atividade econômica seja livre, ressalvadas as restrições previstas em lei.

Nesse sentido, o art. 1º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece que são fundamentos da república os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o art. 170, também da Constituição, põe a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, e a propriedade privada junto com a livre concorrência como seus princípios^[15].

Sendo assim, hoje, o Brasil, conforme a Constituição de 1988 com suas várias emendas, e diante das diferentes formas de posicionamento do Estado diante da atividade econômica, as quais se observou, mostra-se como um Estado neoliberal ou regulador que prevalece no mundo a partir da década de 70, mas que no Brasil é incorporado com maior força somente a partir da década de 1990.

Esse Estado neoliberal ou regulador substitui a intervenção direta pela indireta, ele é baseado na convicção estatal de que o Estado é menos eficiente do que o agente privado para a alocação de recursos, para a sua distribuição, e que possui recursos limitados. Por isso que ele tem que se concentrar nas atividades típicas de Estado.

Como a pessoa jurídica estatal irá se retirar da atividade econômica, passará a regula-la, substituindo a intervenção direta pela intervenção indireta, sendo também chamado, por esse motivo, de Estado regulador.

Portanto, essas formas de intervenção do estado no domínio econômico podem ser de dois tipos: intervenção direta e intervenção indireta.

Na intervenção direta o estado presta e oferece determinados serviços ou produtos. Já na intervenção indireta o Estado atua como um ente político. Ou seja, na intervenção indireta ele atua na sua face política, como ente político clássico. Já na intervenção direta ele atua como um Estado empresário.

Cumprido ressaltar que, para Eros Roberto Grau^[16]:

[...] o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso

mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público.

Ainda segundo o autor, pode-se ainda dividir em três modalidades de intervenção: intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução[17].

Sendo assim, quando o Estado atua em regime de monopólio, assumindo o controle integral dos meios de produção em um setor da atividade econômica em sentido estrito, intervindo no domínio econômico como agente econômico, diz-se que intervém por absorção.

Entretanto, quando atua em regime de competição com as demais empresas privadas e demais agentes econômicos atuantes naquela atividade, avocando-se, num determinado setor econômico, apenas parte dos meios de produção, fala-se que o Estado intervém por participação[18].

Nas intervenções por direção e por indução, sua intervenção se dá na normatização da atividade econômica em sentido estrito. Ou seja, na intervenção por direção todos os agentes da atividade econômica de maneira estrita são compulsoriamente obrigados a atuarem de determinada maneira, devido ao estabelecimento de normas de comportamento imperativo dotado de cogência, estabelecido pelo Estado, que deve ser cumprido pelos demais agentes econômicos que explorem a determinada atividade objeto da regulamentação. “Exemplo de tal modalidade de intervenção é a edição de normas atinentes ao controle, tabelamento ou congelamento de preços”[19].

Segundo Júlio César Giacomini[20], diferentemente ocorre com a intervenção por indução, pois nessa “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em conformidade com as leis que disciplinam o

funcionamento dos mercados”. O que há são incentivos, prêmios aos que atuarem da forma desejada pelo Estado, havendo-se autonomia quanto ao atendimento ou não ao estímulo fornecido.

Um exemplo trazido pelo referenciado autor é que:

[...] para estimular determinada atividade econômica, pode o Estado, por exemplo, fixar uma taxa de juros subsidiada, como 2% ao ano para a substituição de máquinas agrícolas. Tal taxa, em condições normais de mercado, seria de 20%. Assim, aqueles que solicitarem o financiamento serão premiados, estimulados, mediante a aplicação da taxa de 2% aa. Por sua vez, aos que desejarem substituir outro tipo de maquinário, como o industrial, por exemplo, verão incidir sobre essa operação a taxa de mercado, ou mesmo, ainda, numa política agrícola, indicar a cultura para a qual será adotada uma taxa correspondente a 1% a.a., ao passo que, para as demais culturas, a taxa anual será de 8%. Logo, muitos agricultores migrariam para a cultura agrícola beneficiada pelo estímulo governamental.

Então o Estado irá atuar por intermédio de normas jurídicas, por isso da denominação de intervenção indireta, podendo realiza-la por meio de normas impositivas ou normas dispositivas. Se ele o faz por intermédio de normas impositivas fica caracterizada a modalidade que é denominada de direção.

Ainda no contexto da intervenção indireta, tem a modalidade de indução em que o Estado não obriga, não proíbe, mas sim estabelece um benefício para aqueles que resolverem atuar da forma que ele deseja.

5 – A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO INSTITUTO CONFORMADOR DA PROPRIEDADE PRIVADA E DA LIVRE INICIATIVA

Existe um conflito em casos concretos entre o fundamento da livre iniciativa e os princípios elencados nos incisos do art. 170, da Constituição

da República. Deve-se perceber que a livre iniciativa é um preceito de matiz individual, e se é individual ele é um direito de defesa do cidadão frente ao Estado, por isso se fala em proteção das liberdades de atuação e de ação econômica.

Nessa condição, enquanto aquele é um preceito individual, os princípios da ordem econômica consubstanciam em valores, normas programáticas que dizem respeito a coletividade como um todo. Consequentemente, os princípios de matizes sociais ou coletivas tendem a prevalecer sobre o fundamento da livre iniciativa, tendo em vista a proporcionalidade e a razoabilidade, ou seja, observando-se se há um meio menos gravoso para a sua ponderação.

Portanto, nenhum direito fundamental é absoluto, podendo esse sofrer determinadas limitações em prol de outros que se apresentem mais importantes no caso concreto, haja vista a ponderação entre eles, fazendo-se uso do princípio, como dito, da proporcionalidade.

Um dos institutos de Direito Administrativo que se utiliza o Estado para limitar o princípio da propriedade privada e igualmente o da livre iniciativa, haja vista que a livre iniciativa somente se faz presente se houver o direito de propriedade, é a limitação administrativa.

Nesse primeiro momento, deve-se ter em mente que a Constituição Federal concede uma proteção ao direito de propriedade em seu art. 5º, caput, bem como no art. 5º, XXII e XXIII[21]. Esses dispositivos deixam claro que a Constituição deu um enfoque a proteção da propriedade, mas essa mesma propriedade também foi restringida pelo Texto Magno, podendo ainda sofrer limitações quando da ponderação dos casos concretos. Uma dessas restrições é justamente a limitação administrativa, imposta a propriedade pelo Estado.[22]

Nesse sentido, a propriedade se apresenta com alguns caracteres, mais especificamente três grandes caracteres elencados no Código Civil, em seu art.1.231, o qual informa que “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”[23].

A plenitude dessa propriedade caracteriza-se como a possibilidade de se poder usufruir dessa propriedade de modo absoluto, exclusivo e de modo perpetuo[24]. É importante ressaltar esses três pontos.

O caráter absoluto da propriedade significa que se pode usar, gozar, dispor dessa propriedade sem nenhuma restrição, esse é o caráter denominado de absoluto.

Além desse, a propriedade possui também um caráter de exclusividade, que significa que o indivíduo pode utiliza-la de modo exclusivo, sem permitir que terceiros a utilize.

Já o caráter perpetuo estabelece que a propriedade é detida por um indivíduo pelo tempo que esse a desejar, não a perdendo, ao menos nos casos exaustivamente arrolados no ordenamento jurídico. Esses três caracteres da propriedade são relativizados, em prol do interesse público.

Essas três qualidades sofrem uma primeira relativização baseada na função social. Hoje não se admite mais essas três características de modo tão completo como a proteção inicial do século oitocentista. Hodiernamente, a propriedade deve cumprir sua função social, e essa é editada na maioria das vezes pelo ordenamento jurídico constitucional.

Desse modo, observa-se que os caracteres absoluto, exclusivo e perpetuo vão sofrer restrições baseadas na função social, de acordo com o conceito positivado na Constituição, para a propriedade rural, no art. 186, I ao IV, e na legislação infraconstitucional, no § 1º do art. 1.228, do Código Civil brasileiro, senão vejamos:

Art. 186. 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[25].

art. 1.228 - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas[26].

A função social nada mais é do que vincular a propriedade a interesses sociais, econômicos, fornecendo uma atenção à coletividade.

Deve-se entender que a propriedade é individual, mas os indivíduos devem exercê-la de modo que atendam de bom grado à coletividade.

Por exemplo, não se pode mais aceitar o conteúdo do direito de propriedade, corporificado por um imóvel urbano desocupado, utilizado apenas para especulação, sem nenhuma finalidade, esperando apenas que se valorize para posterior revenda. Essa situação deixa claro que não se pode mais utilizar a propriedade sem observância do estatuído na Carta de 1988.

6 - A LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO ATIVIDADE NORMATIVA E REGULATÓRIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA

A doutrina divide as espécies de intervenção do Estado na propriedade em dois grandes blocos, quais sejam: bloco das intervenções restritivas e bloco das intervenções supressivas[27].

O bloco das intervenções restritivas é aquele o qual os institutos impõem restrições a propriedade, não retirando a propriedade do indivíduo, tendo como espécies a Servidão Administrativa, a Ocupação Temporária, a Requisição, o Tombamento e a Limitação Administrativa. Essas são as 5 (cinco) formas de intervenção restritiva da propriedade para a maioria dos autores.

Já no bloco das intervenções supressivas se tem apenas uma espécie de intervenção, a qual retira a propriedade de uma determinada pessoa, denominada de Desapropriação.

Sendo a Limitação Administrativa um dos pontos centrais desse trabalho, começar-se-á a enfrentá-la trazendo-se à baila seu conceito cunhado por Hely Lopes Meirelles^[28], do qual se estrai algumas de suas características.

A limitação administrativa é uma das formas pelas quais o Estado, no uso de sua Soberania interna, intervém na propriedade e nas atividades particulares. As limitações administrativas representam modalidades de expressão da supremacia geral que o Estado exerce sobre pessoas e coisas existentes no seu território, decorrendo do condicionamento da propriedade privada e das atividades individuais ao bem-estar da comunidade. [...] é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.

A Limitação Administrativa se diferencia das outras espécies, porque obrigatoriamente irá surgir de um ato abstrato, genérico e impessoal, um ato legislativo. Ao contrário dos outros tipos de intervenção do Estado na propriedade, que podem advir de um mero ato administrativo. Ou seja, a Limitação Administrativa decorre de uma lei um ato normativo. Os outros atos restritivos da propriedade, em regra, decorrem de um ato administrativo. De acordo com Juliano Heinen^[29]:

As limitações administrativas sujeitam-se à reserva legal, ou seja, somente por lei podem ser veiculadas. O que se permite é uma disciplina via ato administrativo que melhor a explique, que confira pormenores à lei — situação secundum legem. Enfim, não se permite decreto autônomo ou regulação preter legem em matéria de limitações administrativas.

Portanto, de acordo com o conceito mencionado, a Limitação Administrativa é um instrumento utilizado pela Administração para limitar, restringir, condicionar um determinado bem, interesse, liberdade, etc.

Outra característica importante, de acordo com Hely Lopes Meirelles^[30], é que a Limitação Administrativa deriva, comumente, do poder de polícia intrínseco à Administração Pública.

A Limitação Administrativa tem como base principal o poder de polícia, porquanto o poder de polícia limita, restringe, condiciona, interesses, liberdades em favor do poder público, em favor da coletividade do interesse coletivo. É por isso que muitos autores chegam a dar como principal exemplo do poder de polícia a Limitação Administrativa, mas deve-se constatar que a recíproca também é verdadeira, como o seu principal instrumento de atuação.

Observando-se que a Limitação Administrativa decorre de um ato abstrato, genérico e impessoal, atributos do ato que introduz uma Limitação Administrativa, pode-se extrair outra destacada marca desse instituto: incidência sobre uma coletividade não identificada. Ou seja, pelo menos *a priori* não se identificam as pessoas que sofrem a Limitação Administrativa.

Outro ponto importante da Limitação Administrativa é a identificação de qual caráter da propriedade sofre essa restrição, se caráter absoluto, perpétuo ou exclusivo.

Nessa intervenção restritiva fica claro que não há ninguém se utilizando do bem junto com o seu proprietário, esse se utiliza do bem, mas está sofrendo uma limitação em razão da coletividade. Então, está-se aqui relativizando o caráter denominado de absoluto, porquanto o indivíduo possui a propriedade, mas não pode mais utilizá-la de modo absoluto da maneira que melhor lhe aprouver.

Portanto, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro^[31], a Limitação Administrativa atinge o caráter absoluto:

As limitações administrativas impõem obrigações de caráter geral a proprietários indeterminados, em benefício do interesse geral, afetando o caráter absoluto do direito de propriedade, ou seja, o atributo pelo qual o titular tem o poder de usar, gozar e dispor da coisa da maneira que melhor lhe aprouver

Informa ainda a autora que nessa restrição ao caráter absoluto, a Limitação Administrativa impõe, via de regra, uma das 3 (três) situações aos indivíduos que sofrem sua incidência, quais sejam: obrigação de fazer, não fazer e permitir, como manifestações do poder de polícia[32].

No Direito Administrativo ainda se fala em obrigações positivas, negativas e permissivas. Sendo a obrigação de fazer, chamada de positiva, a obrigação de não fazer, denominada de negativa e a de permitir, também chamada de permissiva.

Observa-se, assim, por óbvio, que nessas situações a Limitação Administrativa deve atingir o interesse público, todo ato administrativo possui uma única finalidade, um único fim que é o interesse coletivo.

Outra característica das Limitações Administrativas é que possuem caráter de definitividade[33], ou seja, tendem a se prostrar no tempo, não se extinguindo por si com o decorrer do tempo.

Como decorre da lei, a Administração tem a discricionariedade de alterar, de revogar, de modificar essa Limitação Administrativa.

A Limitação Administrativa também não enseja indenização. Esse é mais um dos pontos que se destacam na diferenciação do instituto, auxiliando a diferencia-lo das demais intervenções do Estado na propriedade.

As outras espécies de restrições a propriedade comumente geram indenização, se existir dano.

Na Limitação Administrativa, ao contrário, não cabe indenização, porque esse ato abstrato que atingiu a coletividade não identificou a pessoa específica que sofreria as consequências desse ato.

Ademais, lei como ato normativo não enseja indenização, essa é a regra, mesmo que uma lei venha a prejudicar um ou outro interesse individual, a pessoa está sendo lesada em prol da coletividade.

Demonstra-se, então, com clareza, que a regra é não indenizar, não obstante, excepcionalmente, pode-se ocorrer alguma indenização, mas só no caso de abuso de poder, ou seja, no caso em que a Administração pratica alguma ilegalidade, fugindo-se especificamente do instituto da Limitação Administrativa.

Ótimo exemplo trazem Carla Liguori e Edson Ricardo Saleme^[34] ao afirmar que:

[...] a indenização do particular que for prejudicado por ato limitativo da Administração após a patrimonialização do direito de construir, ou seja, após a própria Administração reconhecer-lhe o direito, uma vez que realizado o ônus urbanístico esperado e alcançada a valorização do coeficiente de aproveitamento básico, deve ser aplicada.

Por fim, atentando-se de maneira mais detida, observa-se que a limitação administrativa está nos controlando o tempo todo, em todo lugar, porque a todo momento se está limitado por regras abstratas, genéricas e impessoais sejam elas de convivência social ou mesmo para regulamentação e normatização das atividades econômicas levada a efeito pelos agentes econômicos privados.

7 - SUPERAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE INTERVENÇÃO DINÂMICA E INTERVENÇÃO ESTÁTICA

A Limitação Administrativa é genericamente usada para restringir várias liberdades e direitos fundamentais, não apenas o direito de propriedade.

Portanto, não obstante seja um instituto eminentemente estudado pelos administrativistas, como espécie de intervenção no direito de propriedade, perscrutando-o de modo mais detalhado, sob o olhar da intervenção do estado sob o domínio econômico, percebe-se que o Estado se utiliza da limitação administrativa, na forma da lei, para atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, de modo a exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, conforme o *caput* do art. 174 da Constituição Federal: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Nesse diapasão, tende-se a tecer com maiores detalhes e atenção a relação existente entre intervenção na propriedade privada (intervenção estática) por meio da limitação administrativa, ato administrativo geral e abstrato, e a intervenção no domínio econômico (intervenção dinâmica).

Hely Lopes Meirelles^[35], no âmbito do Direito administrativo clássico, distingue a intervenção do poder público em sentido lato - considerando a garantia a liberdade de empresa e a propriedade, de maneira mitiga-las ao interesse público da coletividade.

Primeiro, diferencia-se em intervenção no domínio econômico (intervenção dinâmica), a qual é objeto de estudo no Direito Econômico, recaindo sobre o produto do trabalho humano e na atividade empresarial, o que lhe asseguraria aspecto dinâmico, reprimindo-se o abuso do poder econômico.

Segundo, distingue-se em intervenção na propriedade privada (intervenção estática), a qual é afeta ao Direito Administrativo, incidindo sobre os bens privados existentes no território estatal, ocorrendo-se sob a forma de desapropriação, tombamento, edificação compulsórios, servidão administrativa, parcelamento, requisição, ocupação e limitação administrativa.

Contudo, tal distinção está longe de ser estanque, pois qualquer dos atos de intervenção na propriedade privada praticados possui o potencial

de por si só afetarem a ordem econômica, seja essa local, regional ou mesmo nacional.

Para corroborar com tal entendimento, têm-se dois exemplos simples:

1º) Imaginando-se que em uma determinada localidade há apenas dois estabelecimentos empresariais concorrentes[36], e que a propriedade de um deles tenha que ser desapropriada.

Por óbvio a extinção de qualquer desses agentes econômicos irá afetar o equilíbrio econômico preexistente, tendo em vista que o agente econômico que subsistiu não terá concorrentes aptos a lhe limitarem os preços e abusos que possam vir a ser praticados. Além de o que permaneceu ter que suprir toda uma demanda deixada por seu concorrente.

2º) O outro exemplo seria o da possibilidade de o Governo controlar preços, por tabelamento ou congelamento, em situações anormais como a deterioração do mercado privado como um todo. Justificando-se a intervenção para reconstruir a prática exatamente dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência de forma regular, reordenando o mercado concorrencial para que possam funcionar a livre iniciativa e seus corolários[37].

Dessa forma, por tudo que foi exposto, pode-se perceber que a limitação administrativa se encaixa perfeitamente como uma das formas de intervenção do Estado na economia, mais precisamente como intervenção indireta na modalidade de direção.

Tendo em vista que o Estado irá atuar por intermédio de normas jurídicas, por isso da denominação de intervenção indireta, realizando-a, em se tratando de limitação administrativa, por meio de normas jurídicas impositivas.

8 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que o Estado de maneira legítima interfira e regulamente o exercício das liberdades econômicas e limite a liberdade de fruição dos bens estatuídos no domínio privado se faz necessária a transparência dos mecanismos jurídicos estabelecidos para tanto, para que os sujeitos econômicos possam de forma racional, em prestígio a segurança jurídica, se guarnecerem quanto a tais regramentos estatais.

Para isso, o estudo das diferentes formas de atuação do Estado na economia se mostra fundamental.

O Estado absolutista intervia na economia e na propriedade de maneira abrupta, não razoável, prejudicando o desenvolvimento social e econômico, por isso surge o Estado liberal, o qual outorga aos indivíduos uma gama de liberdades, consagrando assim, ao longo dos séculos XIX e XX, como direito individual, a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão, abstendo-se de atuar na seara eminentemente privada.

Não obstante, a mão invisível do mercado, teorizada pelo economista Adam Smith, não funcionou como o esperado, voltando o Estado a intervir no campo econômico, principalmente nas áreas em que os particulares não conseguiram atingir os objetivos almejados pela sociedade, seja por falta de capacidade técnica seja por falta de capacidade econômica. Atuando, assim de maneira positiva para a obtenção de um maior equilíbrio entre o capital e o trabalho.

Como essa forma de intervenção não se mostrou viável economicamente, erigiu-se nas últimas décadas o Estado chamado de neoliberal, ou regulador, que tenta amenizar os principais problemas dos modelos anteriores.

O Estado brasileiro se caracteriza como estado regulador, baseado em sua ineficiência na alocação de recursos e que possui contenção de gastos, concentrando-se nas atividades típicas de Estado, de modo a normatizar as atividades particulares, condicionando tais atividades ao bem-estar da coletividade.

Portanto, passa a atuar por intermédio de normas jurídicas, por isso a denominada intervenção indireta. Podendo realiza-la por meio de normas impositivas ou normas dispositivas.

Se ele o faz por intermédio de normas impositivas fica caracterizada a modalidade que é denominada de direção, que se dá na normatização da atividade econômica em sentido estrito.

Ou seja, na intervenção por direção todos os agentes da atividade econômica de maneira estrita são compulsoriamente obrigados a atuarem de determinada maneira, devido ao estabelecimento de normas de comportamento imperativos, dotadas de cogência, estabelecidas pelo Estado, as quais devem ser cumpridas pelos demais agentes econômicos que explorem a determinada atividade objeto da regulamentação.

Dessa forma, por tudo que foi exposto, pode-se perceber que a limitação administrativa se encaixa perfeitamente como uma das formas de intervenção do Estado na economia, mais precisamente como intervenção indireta na modalidade de direção. Tendo em vista que o Estado irá atuar por intermédio de normas jurídicas, por isso da denominação de intervenção indireta, realizando-a, em se tratando de limitação administrativa, por meio de normas jurídicas impositivas.

O que nos obriga a reconhecer que a vetusta classificação entre intervenção dinâmica e intervenção estática não mais seria de alguma utilidade.

Além do mais, aquela classificação não mais condiz com a realidade dinâmica com que são utilizados os institutos considerados de intervenção apenas na propriedade privada, mormente quanto a limitação administrativa, por suas características de generalidade e abstração, diferenciadoras dos demais institutos ditos de intervenção estática.

Pois bem, fica claro a “delegação” do Estado das funções, antes de sua exclusividade, para as empresas privadas, por exemplo, moradia, planos privados saúde, transportes, planos privados de aposentadorias etc.

As empresas passaram a conquistar um espaço na sociedade que antes era ocupado pelo Estado, incentivadas por este, como meio de permanecerem e conquistarem novos mercados, apropriando-se cada vez mais da propriedade, contudo, regulamentada e normatizada pelo próprio Estado, lastreando esta postura “altruísta” das pessoas jurídicas privadas na sociedade hodierna em troca do lucro.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 595.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à Atuação estatal no controle de preços. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível na Internet: . Acesso em: 02 de maio de 2016.

BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1989. Disponível em: . Acesso em: abr. 2016.

BRASIL, lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em: . Acesso em: mai. 2016

BRASIL, lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível em: . Acesso em: mai. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 132

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GIACOMINI, Júlio Cesar. **A ordem econômica e social da dívida pública: gasto social, juro e tributação**. 1ª. ed. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HEINEN, Juliano. RDA – **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 260. p. 133-181. maio/ago. 2012.

LIGUORI, Carla; SALEME, Edson Ricardo. **A possibilidade de indenização à limitação administrativa do direito de construir como garantia do direito de propriedade**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília – DF. Dias 20, 21 e 22 de novembro. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Curso Geral de Propriedade Intelectual à Distância – DL 101P BR**. De 19 de agosto a 14 de outubro de 2013. Módulo 9: concorrência desleal.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NOTAS:

[1] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 91.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 943.

[3] ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68

[4] FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 187

[5] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 51 e CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 943

[6] FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 191.

[7] FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 186. “[...] agência de classificação de risco de crédito (do inglês credit rating agency), ou simplesmente agência de classificação de risco, trata-se de empresa que, por conta de um ou vários clientes, qualifica determinados produtos financeiros ou ativos (tanto de empresas quanto de governos ou países), avalia, atribui notas e classifica esses países, governos ou empresas, segundo o grau de risco de que não paguem suas dívidas no prazo fixado. Quando esse risco de inadimplência se refere a operações de crédito concedido a um Estado soberano ou ao seu Banco Central, é denominado risco soberano. Quando o risco se refere contratos de crédito firmados com a totalidade dos agentes (públicos, incluindo entidades infranacionais e não soberanas, ou privados) de um país, utiliza-se a expressão risco país.”

[8] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1001 e 1002.

[9] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1001 e 1002

[10] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 627

[11] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 793

[12] BRASIL, lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em: . Acesso em: mai. 2016

[13] FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 319

[14] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 101

[15] BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1989. Disponível em: . Acesso em: abr. 2016.

[16] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 91

[17] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 91 e 92.

[18] GIACOMINI, Júlio Cesar. **A ordem econômica e social da dívida pública: gasto social, juro e tributação**. 1ª. ed. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2013, p. 73

[19] GIACOMINI, Júlio Cesar. **A ordem econômica e social da dívida pública: gasto social, juro e tributação**. 1ª. ed. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2013, p. 73 e 74

[20] GIACOMINI, Júlio Cesar. **A ordem econômica e social da dívida pública: gasto social, juro e tributação**. 1ª. ed. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2013, p. 75

[21] BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1989. Disponível em: . Acesso em: abr. 2016.

[22] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 595. Diferentemente Paulo de Bessa Antunes afirma que “[...] inexistem limitações ao direito de propriedade. O que existe é que o direito de propriedade somente tem existência dentro de um determinado contexto constitucional e somente é exercido no interior deste mesmo contexto.”

[23] BRASIL, lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível em: . Acesso em: mai. 2016.

[24] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 133

[25] BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1989. Disponível em: . Acesso em: abr. 2016.

[26] BRASIL, lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível em: . Acesso em: mai. 2016.

[27] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 818

[28] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 663 e 664

[29] HEINEN, Juliano. RDA – **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 260. p. 133-181. maio/ago. 2012, p. 4

[30] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 664

[31] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 132

[32] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 134

[33] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 836

[34] LIGUORI, Carla; SALEME, Edson Ricardo. **A possibilidade de indenização à limitação administrativa do direito de construir como garantia do direito de propriedade**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília – DF. Dias 20, 21 e 22 de novembro. 2008, p. 2.260

[35] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 630

[36] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Curso Geral de Propriedade Intelectual à Distância – DL 101P BR. De 19 de agosto a 14 de outubro de 2013. Módulo 9: concorrência desleal. “[...] disputa entre agentes econômicos produtores de um mesmo bem ou serviço no mercado, e é benéfica ao sistema econômico, pois os agentes econômicos serão estimulados a disponibilizar no mercado bens e serviços novos ou aperfeiçoados.

[37] BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à Atuação estatal no controle de preços. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, maio/junho/julho, 2008, p. 24 Disponível na Internet: . Acesso em: 02 de maio de 2016, p. 24

INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL PROMOVIDA PELA REFORMA TRABALHISTA

TATIANA COSTA DE FIGUEIREDO

AMORMINO: Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: O presente artigo pretende analisar a constitucionalidade do novel artigo celetista que trata da tarifação do dano moral individual nas relações de emprego, inserido pela reforma trabalhista (Lei n. 13. 647/17), partindo da evolução da reparação dos danos morais no Direito Brasileiro, analisando sua caracterização e seu conceito.

Palavras-chaves: danos morais; relações de emprego; tarifação dos danos morais; reforma trabalhista.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução da reparação dos danos morais no Direito Brasileiro. 3. Caracterização e conceito de danos morais. 4. Danos morais nas relações de emprego e a reforma trabalhista. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas

1 Introdução

A dignidade é valor inerente à espécie humana e deve ser considerada na defesa e salvaguarda da pessoa. Condições de trabalho ofensivas a dignidade do trabalhador como pessoa humana, hábeis a gerar sofrimento íntimo com repercussão em direitos de personalidade, pela ofensa, por exemplo, à honra, à intimidade e à imagem, podem acarretar danos morais, com amparo nos arts. 5º, V e X, da CRFB, bem como arts. 186, 187 e 927 do CC.

A reforma trabalhista (Lei n. 13. 647/17) promoveu alterações na CLT (art. 223-A a 223-G), distinguindo a aplicação do instituto civilista do dano moral em relação aos trabalhadores.

É preciso analisar se referidas alterações estão em consonância com ordenamento jurídico pátrio.

2 Evolução da reparação dos danos morais no Direito Brasileiro

No Brasil Colônia, época da vigência das ordenações do Reino de Portugal, inexistiam regras acerca da reparação do dano moral. Os primeiros sinais legislativos referentes à questão ocorreram com o Código

Civil de 1916, o qual, no art. 159, dispunha: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

A generalização do dispositivo com a abordagem do vocábulo “prejuízo” pode ser significativa da não limitação da tutela a danos de natureza material, englobando também os estritamente morais.

Ainda segundo o Código Civil de 1916, art. 76, “o interesse moral quando afeta diretamente o autor ou a sua família é requisito suficiente para motivar a propositura da ação de dano moral”.

Todavia, a ausência de expressa disposição normativa que dispusesse sobre a natureza jurídica do dano impediu a consolidação do instituto no âmbito jurídico brasileiro. A doutrina insistentemente afirmou que o art. 76 se tratava de uma regra meramente processual e, portanto, insuficiente para a consolidação da reparação do dano moral.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, os direitos da personalidade foram elevados ao *status* de Direitos e Garantias Fundamentais e o dano moral e sua reparação definitivamente consagrados no direito positivo brasileiro:

A Constituição de 1988 veio por uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. (...) Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo. (...) Com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz (PEREIRA *et al.*, 2004, p. 58).

O Código Civil Brasileiro de 2002 reconheceu o dano moral e a sua reparação, consagrando o princípio *neminem laedere* (a ninguém é dado causar prejuízo a outrem, mesmo que somente moral), base fundamental da responsabilidade civil.

De acordo com o artigo 186 do CC/02, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (grifo nosso). E a possibilidade de se reparar o prejuízo no art. 927, *caput*: “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Portanto, para a responsabilização civil é necessária a existência da conduta antijurídica, do dano e do nexo causal associando-os.

Para a teoria clássica da responsabilidade civilista, o elemento subjetivo, a culpa, caracteriza a conduta antijurídica e é o seu principal pressuposto. Porém, atualmente, em determinados casos, reconhece-se a aplicação da responsabilidade objetiva, alicerçada na mesma estruturação dogmática da responsabilidade subjetiva, diferenciando-se desta apenas pela ausência do elemento culpa. Exemplo disso é a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, preconizada no artigo 14, parágrafo 1º, da Lei 6.938/1981, e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 225, parágrafo 3º), considerada como “Constituição verde” (MILARÉ, 2007, p. 147).

O nexo causal, por sua vez, consiste na respectiva relação de causa e efeito, visando a precisar se o dano é ou não decorrente da conduta. Dano que pode ser compreendido como lesão a um bem jurídico material ou imaterial, patrimonial ou não.

O dano, pressuposto da responsabilidade civil clássica, é, portanto, uma lesão a um bem jurídico que acarreta num prejuízo ao lesado, uma diminuição do seu patrimônio. Tendo em vista que bem jurídico é tudo o que pode ser objeto de relação jurídica, o patrimônio pessoal deve ser analisado não somente em seu aspecto material, mas também em seu aspecto moral.

Registra-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sedimentou a controvérsia do acúmulo do dano moral com o dano material por meio da edição da Súmula 37.

3 Caracterização e conceito de danos morais

Diante das mudanças da sociedade, o ordenamento jurídico evolui ao longo dos tempos e o instituto do dano moral não permanece incólume

a tais mudanças, as quais foram antecedidas, acompanhadas ou mesmo sucedidas por alterações dos posicionamentos dos doutrinadores.

Não obstante serem, muitas vezes, os posicionamentos concomitantes no tempo frente às cizânias sobre o tema, eles guardam, de certo modo, relação de continuidade, ou mesmo evolução, pois é comum se conferir maior amplitude à caracterização e ao conceito de determinado instituto jurídico, o que pode ser observado com o dano moral.

Costa (2009, p. 47-48) aponta quatro correntes nesse teor.

De acordo com a primeira, o dano moral corresponderia a toda repercussão despida de caráter patrimonial, ou seja, “tudo aquilo que está fora da esfera material”, conforme Nunes (1999, p. 01).

Para uma segunda visão, o dano moral estaria associado à dor e à opressão à alma do lesado, compreendendo os sofrimentos físicos e os morais propriamente ditos como elementos característicos do dano.

Diferentemente, num terceiro aspecto, o dano estaria inserido na esfera da subjetividade como uma violação aos bens jurídicos integrantes da personalidade, a exemplo da integridade física, moral e psíquica, da imagem, da honra, da vida, implicando sentimentos que afetam a vítima psicologicamente e em suas relações com a sociedade, ou seja, em seu patrimônio moral.

Nessa visão, o dano moral associa-se, pois, aos direitos inerentes “à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade”, cuja proteção e reconhecimento encontram-se no ordenamento jurídico, em direitos subjetivos favoráveis aos beneficiários: os direitos da personalidade. Estes implicam desfrute dos bens protegidos juridicamente, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra e a intelectualidade (NUNES, 1999, p. 01), e dever de respeito a eles (RÍO, 1996, p. 206).

Normas contrárias aos valores que fundamentam a pessoa e, conseqüentemente, a personalidade, atentam contra a própria pessoa humana.

Para Diniz (1982, p. 81), “A personalidade não é exatamente um direito, é um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos”, cujo conteúdo econômico é indireto e mediato. A personalidade, por conseguinte, não é um direito e sim um pressuposto dos direitos, ou seja, “dela irradiam-se direitos” (PEREIRA et al., 2004, p. 237).

Vislumbra-se, portanto, que, para esta terceira corrente, o dano moral associa-se à lesão aos direitos da personalidade.

Costa (2009, p. 48) esclarece, entretanto, que, ainda que tal interpretação mostre-se parcialmente correta, ela não pode ser sustentada. Isso ocorre porque não abarca os casos de lesões que ultrapassam a esfera do indivíduo e atingem o âmbito coletivo.

Assim, no presente momento histórico, de reconhecimento dos direitos coletivos, uma quarta propositura - vinculativa do dano moral à dignidade da pessoa humana -, deve preponderar na visão do autor (COSTA, 2009, p. 48). Tal proposta vincula-se diretamente à noção de dignidade da pessoa humana.

De acordo com Cavalieri (2005, p. 94), “foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral”.

Para mencionado autor, a análise do dano moral à luz da Constituição brasileira revela que o dano moral é a violação do direito à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

A dignidade da pessoa humana é um valor absoluto e critério integrador e unificador do sistema de direitos fundamentais a serviço da personalidade que encontra proteção e reconhecimento no mundo jurídico, especialmente por meio da constitucionalização:

De la dignidad humana se deduce la existencia de un derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, que sua vez há de considerarse como la matriz generadora de los derechos de la personalidad. Éstos son derechos del actuar de la persona, que, (...), merecen y obtienen (en mayor o menor medida, y prescindiendo ahora de su eficacia real) reconocimiento y protección del mundo jurídico, en particular a través de su constitucionalización (MARTÍNEZ, 2006, p. 187).

A dignidade da pessoa humana é impõe um dever de respeito e intocabilidade que abrange, inclusive, o Poder Público.

A dignidade é valor inerente à espécie humana e deve ser considerada na defesa e salvaguarda da pessoa, tomada não somente em sua individualidade, mas também em sua universalidade, compreendidas a presente e as futuras gerações.

À clássica visão kantiana ontológica de dignidade da pessoa, substanciada na natureza racional do ser humano, mais especificamente, em sua capacidade de autodeterminação, soma-se a dimensão coletiva referendada pela obrigação geral de respeito ao gênero humano e à coexistência entre os homens, que encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio.

Isso se deve, em primeiro lugar, pelo reconhecimento dos direitos e interesses coletivos lato sensu, compreendendo os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, consoante art. 81 da Lei n. 8.078/1990.

E, em segundo plano, pela ratificação do programa de solidarismo esculpido na Constituição da República Federativa do Brasil no art. 3º, incisos I e III, os quais dispõem como objetivos da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais (COSTA, 2009, p. 26-33).

A perspectiva coletiva da dignidade da pessoa humana corrobora a concepção de dano moral desvinculada da aferição subjetivista da dor, do sofrimento e da emoção, aspectos eventuais da lesão, o que é ainda mais reforçado pela pacífica admissão do dano moral à pessoa jurídica, conforme art. 52 do Código Civil/2002 e Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça (COSTA, 2009, p. 34-35).

O reconhecimento da aplicabilidade dos direitos da personalidade para as pessoas jurídicas, quando pertinente (art. 52 do CC/02), implicou a admissão da tutela da honra objetiva e, por outro lado, significou a possibilidade de um ente criado por lei ser vítima de dano moral, uma vez que dotado da titularidade de direitos imateriais, dos quais são expressão o nome e a reputação.

4 Danos morais nas relações de emprego e a reforma trabalhista

O dano moral individual é aquele que atinge a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, a reputação da pessoa do trabalhador, sendo decorrente de ato abusivo ou ilícito do empregador, no âmbito da relação empregatícia, tendo como pressupostos a dor moral, a angústia, a humilhação, o constrangimento, entre outros fatores.

Assim, o dano moral configura-se diante de condições de trabalho ofensivas a dignidade do trabalhador como pessoa humana, a ponto de gerar sofrimento íntimo com repercussão em seus direitos de personalidade, pela ofensa à honra, à intimidade e à imagem, de forma a autorizar a reparação por danos morais, com amparo nos arts. 5º, V e X, da CRFB, bem como arts. 186, 187 e 927 do CC.

A Emenda Constitucional 45/2004 atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para o julgamento das ações de compensação de danos morais decorrentes da relação de trabalho.

A reforma trabalhista (Lei n. 13. 647/17) promoveu alterações na CLT (art. 223-A a 223-G), distinguindo a aplicação do instituto civilista do dano moral em relação aos trabalhadores em comparação com os demais seres humanos, com significativas restrições da possibilidade e efetividade da busca pela reparação por danos morais.

Especificamente em relação à tarifação do dano moral, o art. 223-G da CLT dispõe que:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: [\(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#)

I - a natureza do bem jurídico tutelado; [\(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#)

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; [\(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#)

III - a possibilidade de superação física ou psicológica; [\(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#)

IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

VII - o grau de dolo ou culpa; ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

VIII - a ocorrência de retratação espontânea; ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

X - o perdão, tácito ou expresso; ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

XII - o grau de publicidade da ofensa. ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

§ 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: ([Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017](#))

I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017](#))

II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017](#))

III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017\)](#)

IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017\)](#)

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor. [\(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#)

§ 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017\)](#)

§ 4º Para fins do disposto no § 3º, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

Trata-se, assim, de uma desequiparação injusta em relação aos demais cidadãos, em razão da limitação do valor do dano moral considerando o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), conforme alteração promovida pela Medida Provisória 808/2017, a qual excepcionou ainda os parâmetros estabelecidos nos casos de danos extrapatrimoniais decorrentes de morte.

No que tange à tarificação do dano moral, verifica-se a inconstitucionalidade do art. 223-G da CLT, por violar o inciso V, que traz regra de proporcionalidade entre o dano e a lesão, bem como o inciso X, ambos do art. 5º, CF/88 e o princípio da reparação integral consagrado no art. 944 do CC, bem como o princípio da isonomia, consagrado no caput do art. 5º da CR/88 e, em consequência, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/88).

Assim, é necessária uma leitura lógico-racional, sistemática e teleológica das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, em consonância com o ordenamento jurídico, pois a Constituição da República e o Código Civil não limitam a indenização por danos morais.

O princípio da reparação integral impõe a necessidade de individualização de cada caso concreto, de forma que qualquer tentativa prévia de delimitar valores pode acarretar, por conseguinte, em proteção insuficiente e afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Dessa forma, atenta-se contra a própria finalidade dos danos morais individuais, que possui natureza dupla - indenizatória (compensatória) e punitivo-pedagógica -, uma vez que não restitui, integralmente, o dano causado ao trabalhador.

A criação de distinção entre seres humanos, conferindo tratamentos distintos aos trabalhadores em comparação com os demais cidadãos é nítida violação ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CR/88) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88).

Nesse teor, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou pela impossibilidade de tarificação do dano moral ao analisar a Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) e a Lei n. 4.117/1962 (Lei de Telecomunicações), entendendo inconstitucionais os parâmetros adotados para quantificação dos danos morais, ao fundamento de que o art. 5º da CFRB/88, V e X, assegura a indenização por dano moral e por dano material, não sendo constitucional parâmetros fixados para apuração do valor, pois a

indenização decorrente deve ser a mais ampla possível, sem sujeições a limites pré-estabelecidos.

Assim, como afirmado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, proferido no julgamento da ADPF 130/DF, examinada em 30/04/2009 pelo Tribunal Pleno, em que foi relator o Ministro Carlos Britto:

Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o art. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça. Cito, nessa linha, dentre outras seguintes decisões: o RE 396.386-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 447.484/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STF) editou a Súmula 281, de acordo com a qual “indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Dessa forma, as alterações promovidas pela Reforma significam um verdadeiro retrocesso social, em afronta ao princípio da implementação progressiva dos direitos sociais, conforme arts. 1º e 5, II, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica) e, na seara dos direitos trabalhistas, no art. 7º, caput, da Constituição da República.

Diante das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, é necessária uma interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do texto celetista em consonância com o ordenamento jurídico, especialmente em relação a Constituição da República e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dotados de força, ao menos, supralegal, como

reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343/SP.

Os direitos fundamentais são fruto de um processo histórico de reconhecimento, de forma que as restrições aos direitos fundamentais não podem atingir o núcleo ineliminável desses direitos.

Portanto, a tarifação por danos morais nas relações de emprego não passa pelo crivo do controle de constitucionalidade e de convencionalidade, razão pela qual deve ser afastada sua aplicação, nos casos concreto, pelo intérprete do Direito.

5 Conclusão

As alterações promovidas pela Reforma Trabalhista são, em grande parte, inconstitucionais, pois criam situação jurídica diferenciada para os trabalhadores em detrimento de qualquer outro cidadão, como no caso da tarifação dos danos morais individuais nas relações de emprego, em violação aos arts. 1º, III, e 5º, caput, V e X, da CR/88, bem como ao art. 944 do CC.

6 Referências bibliográficas

ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. **Dano Moral Decorrente do Trabalho em Condição Análoga à de Escravo: Âmbito Individual e Coletivo**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 72, nº 3, p. 87 - 104, set / dez, 2006. Disponível em . Acesso em 16 de janeiro de 2018.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**. Esmarn, 2009. Disponível em . Acesso em 16 de janeiro de 2018.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 559, 17 jan., 2005. Disponível em . Acesso em 16 de janeiro de 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª Ed., rev., ampl, e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

CHAMBERLAIN, Marise M. Cavalcanti. Direitos ou Interesses Metaindividuais e sua Classificação. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.) **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano Moral (Extrapatrimonial) Coletivo**. São Paulo: LTr, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1982.

FONSECA, José Geraldo da. Dano Moral da Pessoa Jurídica. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre, RS, v. 75, n 4, p. 43 - 64, out / dez., 2009. Disponível em . Acesso em 16 de janeiro de 2018.

LOZER, Juliana Carlesso. Direitos Humanos e Interesses Metaindividuais. In:LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.) **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004.

LYRA, Bruno. Os Direitos Metaindividuais Analisados Sob a Ótica dos Direitos Individuais. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.) **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. 6ª Ed. Atual e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. BENDAHÁN, Oscar Mago. **Reconocimiento Constitucional de la Dignidad, Individualidad y Derechos de la Personalidad**. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid:, 2006.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a Gestão Ambiental em foco: doutrina, Jurisprudência e Glossário**. 5ª Ed. Reform., Atual., e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILARÉ, Édis. COIMBRA, José Ávila Aguiar. Antropocentrismo x Ecocentrismo na Ciência Jurídica. In: **Revista de Direito Ambiental**. Ano 9, n. 36, out - dez, 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizziatto. **O Dano Moral e sua Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Jaciara de. FERRONI, Edson, Thomas. **Breves Considerações Sobre o Dano Moral Coletivo**. Revista Matiz On Line. Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior. Disponível em . Acesso em 16 de janeiro de 2016.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. **O Dano Pessoal no Direito do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Instituições de Direito Civil. De Acordo com o Código Civil de 2002**. 20º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RÍO, José Manuel Lette Del. **Derecho de la Persona**. 3ª ed. Madrid: Tecnos: 1996.

ROMITA, Arion Sayão. Dano Moral Coletivo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre: RS, v. 73, n. 2, p. 79 - 87, abr / jun, 2007. Disponível em . Acesso em 16 de janeiro de 2018.

SAMPAIO, Tadeu Cincurá de Andrade Silva. Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. **Jornal Trabalhista Consulex**. Brasília, DF, v. 26, n. 1292, p. 4 - 8, set., 2009.

SCHIAVI, Mauro. **Dano Moral Coletivo Decorrente da Relação de Trabalho**. Disponível em . Acesso em 20 de setembro de 2011.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

STANCIOLI, Brunello. **Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em <<http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm>>. Acesso em 04 de outubro de 2011.

LAWTECHS E LIARTECHS

SÉRGIO RICARDO DE SOUZA:

Mestre e Doutor em Direito. Juiz de Direito do TJES e Presidente da Associação de Magistrados do Espírito Santo.

As mudanças que vêm ocorrendo no campo tecnológico causam grande impacto no mundo moderno, não apenas por sua abrangência, atingindo todos os aspectos do cotidiano, como também pela velocidade com que se irradiam pelo planeta. Estima-se que no próximo século o mundo evoluirá em torno de vinte mil anos, sendo perfeitamente possível o homem se tornar um ser pré-histórico no breve interregno de sua existência biológica.

Nas redes sociais voltadas para o entretenimento profissional o que mais se vê é anúncio de palestras que tratam de assuntos referentes à *Blockchains, Bitcoins, Fintechs, Lawtechs*, entre outras inovações, nas quais os especialistas anunciam o fim de diversas profissões, a exemplo das atendentes de *telemarketing*, cirurgiões, policiais, entre outras atividades costumeiras, bem como inúmeros aparelhos eletrodomésticos. Em suma, todos os sistemas analógicos existentes na atualidade estão condenados à extinção, para se tornarem peças raras dos museus virtuais. Em relação aos objetos que conseguirão subsistir, muitas transformações irão sofrer em razão do desenvolvimento da inteligência artificial, como tem ocorrido na indústria automobilística, lançando no mercado veículos que dispensam condutores para chegarem aos seus destinos.

Vale ainda notar que a revolução digital não fica aprisionada apenas ao modo de produzir riquezas. Transcende aos interesses econômicos e alcança até mesmo as relações íntimas de afeto, como vem sendo desenvolvido pelo cientista japonês Hiroshi Ishiguro, que cria robôs de feições perfeitas capazes de substituir a família. O mundo jurídico obviamente não ficaria imune à nova era, muito menos nos dias atuais, em que tudo está sistematicamente interligado. Diversas ferramentas estão sendo criadas e aperfeiçoadas com o objetivo de tornar as atividades cartoriais mais eficientes, assim como os escritórios de advocacia têm

vislumbrado a possibilidade de esquivarem-se das amarras oriundas da burocratização.

No Poder Judiciário, o conhecimento matemático tem sido usado em favor da celeridade do processamento das demandas, bem como no trâmite dos feitos judiciais. Em um país como o nosso, onde há mais de cem milhões de ações ajuizadas, dos quais metade o Estado figura como autor ou réu, a modernização dos métodos de judicialização não surge como opção, mas *conditio sine qua non* para evitar o colapso. É estarrecedor saber que litígios como, por exemplo, os que envolvem a Vasp e a Boi Gordo ainda se arrastam nos tribunais, sem qualquer expectativa de uma solução próxima. Não foi por um acaso que os magistrados do Estado de São Paulo tomaram a iniciativa de implantar as novas varas empresariais, traçando metas na expectativa de melhorias quanto à execução das tarefas, hoje estimadas em trinta por cento.

Igualmente atentos às renovações estão os escritórios de advocacia. Não há mais como abrigar toneladas de papel em salas exclusivas para arquivos, repleta de clipes espalhados pelo chão, com furadores e grampeadores compondo a decoração. O mundo cibernético permite o armazenamento infinito de dados sobre as causas patrocinadas; cadastro de clientes acompanhado de uma avaliação minuciosa do perfil de cada um; auxílio da inteligência artificial na solução das questões sob análise; e o uso da Jurimetria, que não só auxilia os serventuários da justiça, mas os operadores do Direito como um todo, especialmente os advogados, que passam a estimar os riscos inerentes ao processo, com base em estudos estatísticos dentro de um sistema de algoritmos. Dessa forma, os profissionais da área poderão se dedicar com mais afinco às relações com seus outorgantes, entre outras rotinas de maior relevância para o aperfeiçoamento dos serviços prestados.

Entretanto, como acontece em todo período de bruscas transformações, deve-se ter cautela no que diz respeito aos movimentos em paralelo, liderados por oportunistas travestidos de *coaching*, que, na tentativa de atraírem a atenção do público, avançam com previsões inusitadas, sem qualquer compromisso com a razão. Uma das mais gritantes distorções diz respeito ao prenúncio do fim da advocacia

tradicional em razão da substituição do homem pela máquina. Alguns chegam ao ponto de repudiar o terno e a gravata como se representassem o símbolo de um modelo retrógrado e obsoleto, responsável pelo comum distanciamento entre patronos e assistidos. Aliás, o artifício de mudar o rótulo para vender falso conteúdo é milenar, não sendo preciso ir tão longe para ilustrar o embuste. Quantos já deixaram de aparar a barba para se intitular revolucionário de esquerda? Quantos, depois dos trinta, se dispuseram a marcar a pele com agulha e tinta como forma de trapacear os inexoráveis efeitos do tempo e dar sobrevida a uma juventude perdida?

O mesmo aconteceu na época do Iluminismo. Os letrados acreditavam, fielmente, que tudo aquilo que chamavam de obscurantismo do período do *Ancien Régime* seria completamente abandonado, rompendo-se as inúmeras barreiras entre a ciência e a fé, a fim de que o racionalismo imperasse em todos os cantos e sobre todas as coisas. Porém, o que a maioria até hoje ignora é que, justamente naquele período, em que se fomentava a ideia de que o mundo havia se renovado inteiramente, era o tempo de emersão de uma era uma série de paradoxos, como o próprio conceito de Iluminismo, associado ao misticismo e à fé, o caráter elitista dos seus precursores, que colecionavam toneladas de mentiras nas Enciclopédias, além de incontáveis novelas de terceira categoria recheadas de pornografia. Hoje, aprendemos exaltar o momento histórico, porque a luz do racionalismo nos permitiu enxergar com clareza os estudos de Locke, Voltaire, Rousseau, Diderot e Montesquieu, em meio a tantos outros pensadores dentro da gigantesca onda que sacudiu tronos e derrubou altares.

Aqueles que compreendem as transformações tecnológicas com serenidade, sabem discernir o que está no campo do provável daquilo que deve permanecer recluso nas histórias em quadrinhos. Ninguém pretende se tornar um profissional de vanguarda na área jurídica apenas construindo um belo *site* repleto de ferramentas de alta tecnologia, estagiários andróides e sistema informatizado de aferição de produtividade e aplicativos que auxiliam o processo de gestão. Sem dúvida alguma, isso é uma realidade que não há como ser negada, e todos tendem a se adequar ao novo e inevitável modelo. Os engenhosos inventos deverão se conjugar

ao que há de mais nobre no espírito humano, como os virtuosos impulsos do confidencialismo, complacência e fraternidade.

O indivíduo que procura um escritório de advocacia jamais irá se contentar com um serviço de excelência na esfera digital. Certamente gostará de ver a eficiência de uma banca que sabe usar a tecnologia em favor daqueles que são por ela patrocinados, mas não para ser tratado como um mero robô. Ao contrário, deseja se sentir amparado por seres que possuam alma, sentimento e postura ética. Buscam especialistas que não sigam o degenerado ditado “amigos, amigos, negócios à parte”, que institucionaliza a falta de escrúpulos nas questões de *business*, mas sim aqueles que sabem combinar o que há de melhor da revolução digital com os méritos da advocacia tradicional.

MANDADO DE INJUNÇÃO EM FACE DA NÃO EDIÇÃO DO PLANO DIRETOR: O DIREITO FUNDAMENTAL A UMA CIDADE ORDENADA E SUSTENTÁVEL

EMANUELA PILÉ DE BARROS TORRES: Advogada pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio, e graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

RESUMO: O processo de formação desordenado das cidades brasileiras acarretou em inúmeros problemas que dificultam a vida daqueles que usam de forma direta ou indireta de sua infra-estrutura. Com efeito, o Direito Urbanístico, utilizando as técnicas da ciência do urbanismo, busca desenvolver ferramentas aptas a proporcionar a sustentabilidade e o equilíbrio no meio urbano. Desta forma, a Constituição Federal de 1988, fundamentando um Estado Democrático de Direito, instituiu em seu texto um capítulo voltado para a implementação da política urbana, estabelecendo como instrumento essencial à concretização do direito fundamental à cidade sustentável a elaboração do Plano Diretor por parte dos Municípios. Neste sentido, a omissão do poder público municipal no que concerne à não elaboração do Plano Diretor configura verdadeira omissão inconstitucional. Em contraponto, a Constituição fixa como uma ação apta a figurar como um remédio constitucional em caso de falta de norma regulamentadora que obste o exercício de um direito constitucionalmente estabelecido o Mandado de Injunção. Assim, o presente trabalho propõe uma análise dos institutos do Direito Urbanístico, dos contornos do direito à cidade sustentável e da importância do Plano Diretor para sua consecução, avaliando como o Mandado de Injunção poderá figurar como uma ferramenta para a sua tutela.

Palavras- chave: Direitos Fundamentais. Direito à cidade sustentável. Plano Diretor. Mandado de Injunção.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO I- A FORMAÇÃO DAS GRANDES CIDADES BRASILEIRAS, E O ADVENTO DO DIREITO URBANÍSTICO. 1.1 O processo de formação dos grandes centros urbanos brasileiros. 1.2 O advento do Direito Urbanístico como forma de tutelar o bem-estar dos habitantes dos espaços urbanos. CAPÍTULO II- O DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL. 2.1 O Direito à cidade sustentável como um direito

constitucional fundamental. 2.2 A política urbana na Constituição. CAPÍTULO III- O PLANO DIRETOR COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO À CONSECUÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA CIDADE SUSTENTÁVEL. CAPÍTULO IV- O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO REMÉDIO CONSTITUCIONAL APTO A COIBIR A INÉRCIA LEGISLATIVA. 4.1 Os Remédios constitucionais. 4.2 Aplicabilidade das normas constitucionais. 4.3 O mandado de injunção: origem, fundamento e objetivo. 4.4 Legitimidade ativa e passiva no Mandado de Injunção. 4.5 O procedimento do mandado de injunção. 4.6 Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 4.7 O mandado de injunção e a separação dos poderes: uma análise dos efeitos da sentença que julga o mandado procedente. CAPÍTULO V- DA POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO EM FACE DA NÃO EDIÇÃO DO PLANO DIRETOR. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Durante o século XX, com o advento da tecnologia e com a formação dos primeiros distritos industriais no país, o Brasil assistiu à formação de grandes centros urbanos, processo este marcado pela significativa migração da população rural para as cidades. Todavia, este processo ocorreu de forma desordenada, não estando as cidades brasileiras preparadas para receber um contingente populacional tão expressivo: não havia uma política de planejamento urbana apta a fornecer a infra-estrutura necessária para comportar um grande número de habitantes nos centros urbanos. Como conseqüência deste fenômeno, surgiram diversos problemas de ordem social e espacial próprios do desenvolvimento desordenados da urbe, a exemplo da massiva favelização, das habitações ilegais, da segregação territorial, da falta de segurança, das péssimas condições de saneamento, dentre outros.

Tais problemas deram ensejo à construção e ao aperfeiçoamento de vários instrumentos jurídicos, políticos e econômicos que convergissem para a realização da sustentabilidade, do equilíbrio e da ordenação do

meio urbano. Neste contexto, atendendo aos preceitos do caráter social da propriedade, e com objetivo de ajustar e organizar as cidades, regulando a atividade urbanística de forma a garantir a qualidade de vida de todos aqueles que moram e que desempenham suas atividades no meio ambiente urbano, a Constituição Federal, em seus artigos 182 e 183, institui a Política Urbana, respaldando, por sua vez, a edição de regras de Direito Urbanístico.

Neste contexto, foram estabelecidas normas e princípios que disciplinam o planejamento urbano, bem como organizam os espaços das cidades, tudo com o fim de promover o atendimento às necessidades básicas das pessoas que vivem no meio urbano e, assim, preservar a dignidade da pessoa humana. O meio ambiente urbano, pois, deixa de ser encarado como mero espaço no qual se aglomeram pessoas, serviços e a infra-estrutura apta a comportar estes, passando a ser compreendido como meio cultural e coletivo que possui como função comportar de forma digna as relações que nele se desenvolvem, tendo por base a justiça social.

O direito de usufruir de uma cidade sustentável e equilibrada é o marco principiológico que funda toda a atividade jus-política do urbanismo. Tal direito respalda o desenvolvimento de elementos jurídicos em prol da tutela efetiva aos interesses individuais e coletivos de todos aqueles que dependem de um espaço urbano ordenado, garantindo, assim, vida digna e plena aos habitantes e visitantes das cidades. Com efeito, há de se reconhecer e avaliar o caráter fundamental do direito à cidade sustentável, visto que este espaço é o local no qual as pessoas travam suas principais relações, sendo sua conservação e ordenação um requisito essencial para que sejam atendidos os contornos da dignidade da pessoa humana.

De acordo com o que estabelece o art. 182 da Constituição Federal, o Poder Público Municipal deve executar a política de desenvolvimento urbano, objetivando a promoção do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo, assim, o bem-estar de seus habitantes. O plano diretor, lei municipal aprovada pela Câmara Municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, e, conforme estabelece o §1º do art. 182 da Constituição Federal, é obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes.

Cumpra a sua função social a propriedade urbana que atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Assim, tem-se que não será possível auferir quais os parâmetros da correta utilização e da devida otimização do espaço urbano sem que haja plano diretor, não havendo, pois, como adotar políticas que promovam o adequado uso e desenvolvimento do meio urbano sem este instrumento normativo. A não edição do plano diretor acaba, pois, por tolher o direito fundamental dos munícipes ao devido desenvolvimento sustentável da cidade.

A edição do Plano Diretor do Município é medida fundamental para fins de promover a política de ordenação e desenvolvimento do espaço urbano, mostrando-se, assim, instrumento de extrema importância para a promoção da qualidade de vida de todos aqueles que habitam e que desenvolvem as suas atividades neste meio. Desta forma, é necessário que os Municípios, através de suas Câmaras Municipais, editem e aprovem os seus planos diretores, atendendo aos preceitos da função social da propriedade e da necessária organização do meio ambiente urbano, atendendo, como consequência, a dignidade daqueles que nele vivem.

Ocorre que diversos Municípios, muito embora sejam obrigados por determinação constitucional e legal, não editam os seus Planos Diretores, o que acaba por embargar o direito dos munícipes de viver em uma cidade organizada e bem estruturada, planejada objetivamente com o intuito de promover a qualidade de vida dos seus habitantes. Assim, se faz necessário refletir acerca de quais seriam os meios legais e judiciais aptos a promover a edição deste ato normativo, uma vez que dele depende a concretização do direito fundamental à cidade sustentável.

Como forma de garantir a exeqüibilidade de seus dispositivos, bem como de conferir a correta aplicação dos direitos fundamentais nela discriminados, a Constituição Federal prevê em seu texto, como garantias fundamentais, a interposição de determinadas ações judiciais, as quais foram denominadas de remédios constitucionais. Nesta esteira, com o intuito de tutelar os direitos fundamentais que dependam de edição de norma regulamentadora para ter aplicabilidade, a Carta Magna, em seu art.

5º, LXXI, prevê que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Destarte, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos constitucionais será cabível a impetração de Mandado de Injunção em face da inércia da entidade pública competente para edição de tal norma. Assim, ao encarmos o Plano Diretor como norma essencial à concretização do direito fundamental à ordenação e ao desenvolvimento sustentável do meio urbano, conclui-se que o Mandado de Injunção pode ser utilizado como instrumento para, através da tutela jurisdicional, corrigir a inércia do Legislativo Municipal diante da necessidade de edição daquela lei municipal.

Ao passo que é reconhecida a natureza fundamental do direito à cidade sustentável, tem-se que o Mandado de Injunção pode ser utilizado como um meio eficaz de tutela deste direito sempre que o Plano Diretor da cidade não for editado. Constata-se, pois, que a ausência de Plano Diretor nos casos em que há a obrigatoriedade de sua edição, configura verdadeira violação ao direito à cidade sustentável, sendo tal omissão, pois, inconstitucional, pelo que o Mandado de Injunção mostra-se um instrumento hábil a afastar este óbice ao exercício do citado direito fundamental.

Diante disto, este trabalho pretende analisar como o Mandado de Injunção configura um instrumento apto para, através da tutela jurisdicional, coibir a inércia legislativa municipal, determinando a edição do Plano Diretor, promovendo, assim, o pleno desenvolvimento e a adequada ordenação urbana. Para tanto, será feita uma análise do processo de formação dos centros urbanos brasileiros e da gênese de seus principais problemas, após o que será estudado como o urbanismo figura como uma técnica de estudo através da qual são traçados e avaliados instrumentos aptos a promoverem a construção de uma cidade sustentável, bem como qual o papel do Plano Diretor neste processo.

Em ato contínuo, será analisado o caráter fundamental e constitucional do direito à cidade sustentável, avaliando como o equilíbrio e a ordenação do meio urbano atendem à dignidade da pessoa humana. Depois, será feito um estudo acerca da ação do mandado de injunção, observando quais os efeitos da sua sentença de procedência, e como o Judiciário pode atuar em prol da concretização dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Por fim, analisaremos como o direito fundamental à cidade sustentável pode ser concretizado através do uso do Mandado de Injunção quando o ente municipal não realiza a sua obrigação de editá-lo.

CAPÍTULO I- A FORMAÇÃO DAS GRANDES CIDADES BRASILEIRAS, E O ADVENTO DO DIREITO URBANÍSTICO

1.1 O processo de formação dos grandes centros urbanos brasileiros

O fenômeno de formação das cidades está diretamente ligado a um longo processo histórico, sendo resultado de diversas causas de ordem econômica, política, cultural e social. Conforme ensina Júlio César de Sá Rocha^[1], a cidade é um centro populacional permanente, organizado, com costumes, relações sociais, funções urbanas e políticas próprias que transformam o espaço geográfico ocupado.

O espaço urbano se insere no conceito de meio ambiente artificial, uma vez que este advém da modificação do ambiente natural a fim de criar o espaço público urbano, com a construção de calçadas, prédios, avenidas, parque, e etc. O centro urbano é criado, assim, da imersão do homem sob o meio ambiente, compreendendo a idéia de conglomerado de pessoas com interesses individuais e gerais que criam um espaço em prol da funcionalidade de suas atividades.

A cidade, todavia, não se restringe a um mero aglomerado de pessoas em torno do desenvolvimento econômico e da convivência habitacional, não sendo, pois, uma simples entidade destacada e isolada no território. É a cidade, pois, um complexo dinâmico, um espaço que proporciona e direciona o desenvolvimento daqueles que nela habitam e daqueles que com ela interagem, sendo a vida em sociedade no ambiente

urbano um fenômeno que passa por constantes alterações, uma vez que a forma como as relações econômicas, familiares, ambientais e políticas se organizam nesse meio também sempre estão mudando.

Conforme afirma Ana Fani Alessandri Carlos, a cidade “não pode ser analisada como um fenômeno pronto e acabado, pois as formas que a cidade assume ganham dinamismo ao longo do processo histórico”.^[2] Assim, a construção do meio urbano é entendida não só como a formação de um espaço privilegiado em que ocorrem as atividades econômicas mais relevantes e da grande maioria da população, mas também como processo de criação de um espaço difusor de novos padrões de relações sociais, inclusive de produção e de estilo de vida.^[3]

No Brasil, o processo de urbanização começa a ganhar destaque a partir da segunda metade do século XIX e ao longo do século XX, sendo marcado por fatores político-sociais importantes, como a chegada dos imigrantes europeus no país, a Proclamação da República em 1889 e a assinatura da Lei Áurea em 1888. Todavia, de um ponto de vista histórico, a formação dos grandes centros urbanos brasileiros é recente, e está ligada diretamente a um grande ciclo de expansão das migrações internas, principalmente aquelas concernentes ao marcante êxodo rural que se deu a partir de 1940: o crescimento industrial na Região Sudeste do país, as condições precárias na Região Nordeste e a concentração do poder econômico em cidades como Rio de Janeiro e São Paulo atraíram a população do campo para estes centros urbanos em busca de melhores oportunidades de emprego e de condições de vida, fazendo com que a população das cidades aumentasse exponencialmente.

O fenômeno da urbanização do Brasil se deu, neste contexto, em ritmo acelerado: na segunda metade do século XX, a população urbana passou de 19 milhões para 138 milhões, com uma taxa de crescimento médio anual de 4,1%, conforme se nota na Tabela abaixo:^[4]

É estimado que durante o auge do ciclo migratório, o qual se deu entre os anos de 1960 e 1980, cerca de 43 milhões de pessoas saíram do campo para as cidades, o que foi determinante para o crescimento dos centros urbanos brasileiros.^[5]

De acordo com os dados do Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) [6], 84% da população brasileira vive em áreas urbanas. Tal índice demonstra que, em 10 anos, mais de 160.879.708 pessoas mudaram-se da zona rural para o meio urbano, o que demonstra que o processo de migração zona rural-zona urbana ainda continua acontecendo, muito embora ocorra em um ritmo bem menos acelerado que o de anos atrás.

O rápido crescimento das cidades brasileiras ocorreu de forma desordenada, sem planejamento e sem a implementação de políticas públicas específicas, o que provocou diversos problemas de ordem territorial, cultural, ambiental e socioeconômica na zona urbana. A população rural migratória chegou às cidades sem que houvesse uma infra-estrutura adequada para comportar o seu recebimento, tendo estas pessoas dificuldade de acesso à moradia e a serviços básicos, o que gerou uma significativa segregação espacial e econômica, aumentando o número de favelas e de loteamentos ilegais nas periferias. A falta de planejamento urbano, assim, acabou por contribuir com o aumento da desigualdade social, da violência, e para o agravamento de problemas de mobilidade urbana, insuficiência de saneamento ambiental, poluição, dentre outros.

É a falta de infra-estrutura e a ausência de mecanismos que concorram para o adequado desenvolvimento humano no ambiente urbano que ensejam o início dos debates acerca da ordenação do espaço urbano no Brasil, alertando para a necessidade de planejar, ordenar e traçar diretrizes para o crescimento e para a formação e modificação do espaço urbano em prol dos seus habitantes. Desta forma, o planejamento urbano surge como uma solução para minimizar os impactos do crescimento desordenado das cidades, buscando oferecer à população um espaço urbano sustentável, de tal forma que nele possam ser desenvolvidas todas as atividades dos seus habitantes sem que haja desrespeito à dignidade da pessoa humana.

1.2 O advento do Direito Urbanístico como forma de tutelar o bem-estar dos habitantes dos espaços urbanos

O urbanismo, enquanto ciência e técnica criada para solucionar problemas advindos da urbanização, objetiva organizar o espaço urbano visando o bem estar coletivo, sendo “instrumento de correção dos desequilíbrios urbanos, nascidos da urbanização e agravados com a chamada ‘explosão urbana’ do nosso tempo”.^[7] O urbanismo envolve, pois, as ações estatais em prol da organização funcional da dinâmica urbana, proporcionando a habitação, o lazer e o trabalho dos seus habitantes de forma sustentável e digna. É, em verdade, um fato social, uma técnica de criação, reforma e desenvolvimento do meio urbano.

Conforme conceitua Hely Lopes Meirelles, urbanismo é

O conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade. Entendam-se por espaços habitáveis todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro funções sociais: habitação, trabalho, circulação e recreação.^[8]

É importante, pois, diferenciar a urbanização do urbanismo: enquanto aquela abrange o fenômeno de formação das cidades, este envolve o olhar científico para este fenômeno, problematizando a forma como este ocorre, buscando soluções para as conseqüências negativas e propondo institutos de otimização dos pontos positivos. Portanto, é possível concluir que a urbanização é o objeto sob o qual se debruça a técnica do urbanismo.

Em um primeiro momento, o urbanismo se desenvolveu como um conjunto de técnicas para aformoseamento e ornamentação das cidades. Todavia, esse conceito evoluiu para uma dimensão social, estendendo o olhar do urbanismo para além de questões estéticas, entendendo que este abrange a preocupação de adequar o espaço físico às necessidades e à dignidade da população; e, para uma dimensão espacial, compreendendo como objeto a ser avaliado não só a área da cidade, mas também toda a área em que a cidade se integra com os espaços circunvizinhos, abrangendo um plano local, regional e até mesmo nacional, abarcando não só a zona urbana, mas também a zona rural.

Para atingir sua finalidade, o urbanismo trabalha em conjunto com diversos campos do conhecimento, como a Sociologia, a Medicina, a Engenharia, a História, a Geografia, dentre outras áreas do conhecimento. Assim, o fenômeno urbano, enquanto objeto de estudo científico, exige uma avaliação por uma ótica multidisciplinar, tudo com o objetivo de atender as demandas e solucionar os problemas do ambiente urbano.

É da interação entre o Direito e o Urbanismo que advém o Direito Urbanístico enquanto o olhar científico e jurídico para os problemas dos espaços urbanos, buscando, através de normas jurídicas, promover o adequado e correto ordenamento do espaço urbano, visando a dignidade da pessoa humana. Assim, o Direito Urbanístico traz um conjunto de normas e princípios reguladores da atividade e do desenvolvimento urbanístico.

Através dos estudos e das análises do Direito Urbanístico, a ordem jurídica propõe e estuda meios de dispor sobre a formação do espaço urbano, determinando e estabelecendo diretrizes para a política urbana, propondo soluções técnicas e democráticas com o intuito de superar a falta de planejamento, tudo com o fim de promover o desenvolvimento urbano sustentável.

A política de desenvolvimento urbano no Brasil foi impulsionada pelos ideais trazidos pelo Movimento Nacional de Reforma Urbana, na década de 60, o qual perdeu força durante o golpe militar de 1964, voltando a ganhar força na década de 80, compreendendo a reforma urbana como importante elemento no processo de democratização da sociedade brasileira. Os ideais deste movimento foram incorporados pela Constituição de 1988, proporcionando uma mudança de paradigmas em torno da questão urbanística, trazendo a preocupação com a dignidade da pessoa humana para a função desempenhada pela propriedade e pela cidade. Assim, o meio urbano passa a ser encarado como um “espaço cultural e coletivo, cuja função é atender aos interesses dos cidadãos com base nos princípios da justiça social, da função social da cidade e da propriedade.”^[9]

Desta forma, a crise nos centros urbanos despertou a preocupação com o respeito à dignidade de todos os indivíduos que neles habitam e que deles necessitam para desempenhar suas atividades e usufruir de serviços básicos, desenvolvendo neste meio suas relações pessoais, trabalhistas e comerciais. Por isso, mostra-se de extrema importância que as mais diversas áreas do conhecimento, dentre as quais se encontra o Direito Urbanístico, ampliem suas discussões em busca de soluções para os principais problemas das cidades, debatendo acerca da sua forma de gestão e da busca pela sua sustentabilidade.

Com o intuito de superar os problemas existentes no meio urbano, principalmente aqueles que são consequência do citado crescimento desordenado das cidades no Brasil, a Constituição Federal reservou em seu texto um capítulo específico para tratar de política urbana, tratando, ainda, de institutos de extrema importância para tal, a exemplo do Estatuto da Cidade e do Plano Diretor dos municípios.

CAPÍTULO II- O DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL

Através de um ponto de vista crítico acerca da importância do planejamento e da ordenação do espaço urbano, buscando tornar este lugar em um meio no qual seja possível realizar as atividades humanas sob condições dignas para todos os indivíduos, chega-se à constatação de que a persecução de uma cidade sustentável converge na procura pela garantia ao respeito à dignidade da pessoa humana no espaço citadino. Neste sentido, o Direito Urbanístico baseia-se em mecanismos e institutos de ordem jurídica, política e social em prol da promoção de uma gestão democrática da cidade, estimulando a cooperação entre os diferentes atores sociais do meio urbano, buscando implementar transformações nos padrões das relações que se dão no contexto urbano. Assim, tem-se que as políticas públicas aplicadas ao ambiente citadino devem ter como objetivo supremo garantir qualidade de vida para todos os indivíduos que nela habitam ou que nela desenvolvem suas atividades.

Promover a dignidade da pessoa humana nas cidades, pode-se dizer, está diretamente ligado à forma como serão planejadas e promovidas as políticas públicas que proporcionem a ordem no ambiente urbano,

construindo e mantendo, assim, um modelo sustentável de sociedade e vida urbana, guiando-se pelos princípios da solidariedade, da igualdade, da justiça social, do equilíbrio ambiental e do respeito às diferenças culturais. A promoção de uma cidade sustentável não se restringe a uma mudança na forma como se dão as relações entre os indivíduos e o meio ambiente: a sustentabilidade urbana engloba, ainda, a superação dos problemas sociais, a exemplo do desemprego, das péssimas condições de saneamento básico, da falta de mobilidade urbana e da violência.

O princípio da sustentabilidade urbana implica, pois, na “maximização das potencialidades humanas em consonância com o respeito ao meio essencialmente plural e complexo em que se constituem as cidades.”^[10] Ainda, a efetivação de uma melhor qualidade de vida para os indivíduos que desenvolvem suas relações no ambiente urbano, objetivando acabar com o quadro de exclusão social conseqüente do processo de crescimento desordenado das cidades, fundamenta-se na justiça social e no desenvolvimento econômico atento à preservação sustentável dos recursos naturais.

Tem-se, pois, que promover o equilíbrio que demanda a realização de uma cidade sustentável é um dos grandes desafios enfrentados pelos grandes centros urbanos atualmente. Para que haja uma cidade sustentável, conforme muito bem assevera Alva^[11], deve haver a capacidade de reorganizar os espaços, gerir novas economias externas, eliminar as deseconomias de aglomeração, melhorar a qualidade de vida das populações e superar as desigualdades socioeconômicas para o crescimento econômico.

A cidade, enquanto espaço coletivo, deve, pois, possibilitar que todas as pessoas possam viver e usufruir dos benefícios do meio urbano de forma sustentável, democrática, equitativa e justa, devendo o seu território ser um local de exercício e cumprimento dos direitos individuais e coletivos. Assim, o planejamento urbano, enquanto instrumento para o desempenho da função social da cidade, deve convergir para o acesso à moradia, ao transporte público, ao lazer, à cultura, e etc.

O direito à cidade sustentável enquadra-se como um direito difuso, ou seja, um direito de caráter transindividual, de natureza indivisível, sendo suas titulares pessoas indeterminadas, ligadas pela circunstância fática de habitarem ou de interagirem com o mesmo espaço físico e político. Conforme já afirmado, o direito à cidade sustentável implica no respeito à dignidade não só daqueles que nela habitam, mas de todos aqueles que com ela interagem, seja a nível local, regional, nacional ou até mesmo internacional.

A preocupação com o adequado desenvolvimento do espaço urbano diz respeito a todas as esferas de governabilidade, seja a esfera municipal, estadual, nacional, e até mesmo internacional. No que concerne a esta última, diversos documentos já foram assinados em prol do correto aproveitamento e organização do meio urbano, a exemplo da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a ECO/92, realizada no Rio de Janeiro; a Agenda Habitat, resultante da Conferência Habitat II, realizada em Istambul (1978); o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972); a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986); e a Carta Mundial pelo Direito à Cidade, a qual dispõe que:

O Direito à cidade amplia o tradicional enfoque sobre a melhora da qualidade de vida das pessoas centrado na moradia e no bairro até abarcar a qualidade de vida à escala da cidade e de seu entorno rural, como um mecanismo de proteção da população que vive nas cidades ou regiões em acelerado processo de urbanização. Isso implica em enfatizar uma nova maneira de promoção, respeito, defesa e realização dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais garantidos nos instrumentos regionais e internacionais de direitos humanos.^[12]

A efetivação da cidade sustentável depende, pois, do atendimento à função social da cidade e da reestruturação da política de desenvolvimento

urbano. Para que isso ocorra, é necessário que haja uma atuação positiva Estatal em conjunto com a coletividade, o que demonstra, assim, que o direito à cidade sustentável está diretamente ligado aos pilares do Estado Democrático de Direito. Este último, consagrado pela Constituição Federal de 1988, lei fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, consagra uma ordem jurídica que vive sob o primado do Direito, proporcionando, ainda, o exercício dos direitos pelo cidadão de forma direta e indireta, limitando e guiando a atuação estatal em prol da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

2.1 O Direito à cidade sustentável como um direito constitucional fundamental

Os direitos fundamentais, enquanto instrumentos de proteção ao indivíduo frente a atuação positiva ou negativa do poder estatal, advêm do processo de positivação dos direitos humanos pela ordem constitucional. Segundo esclarece Dirley da Cunha Júnior^[13], os direitos fundamentais compõem-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana, informados pelas seguintes características: são inalienáveis, imprescritíveis, intransferíveis, naturais, uma vez que nascem com o próprio ser humano, e não se revestem de caráter absoluto.

Tais direitos se prestam a proteger a dignidade humana em todas as suas dimensões, decorrendo o seu reconhecimento de diversas transformações sociais, políticas, religiosas e econômicas. Assim, conforme ensina Marcelo Galuppo, os “direitos fundamentais são produtos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, entendidos estes últimos como elementos de discursos morais justificados ao longa da História.” ^[14]

As normas constitucionais que consignam direitos fundamentais perfazem princípios e garantias que devem orientar toda a atividade Estatal, vinculando, ainda, todo o Ordenamento jurídico brasileiro. Estas normas concebem a todo o sistema jurídico o suporte axiológico em que irá se basear, incorporando os valores da ética e da justiça.

De acordo com o que ensina Robert Alexy, os direitos fundamentais são “aqueles dotados de uma determinada estrutura, qual seja, a dos direitos individuais de liberdade”.^[15] Neste sentido, A Constituição Federal de 1988 consagra como direitos fundamentais aqueles dispostos no seu Título II, que são os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, e aqueles direitos concernentes à nacionalidade. Todavia, conforme o art. 5º, §2º da Constituição preceitua, o rol do Título II não é taxativo, uma vez que ao longo do texto da Carta Magna é possível encontrar outros direitos fundamentais, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como possuem esta natureza aqueles direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Conforme já apontado, o direito à cidade sustentável, principalmente ao encarmos ele como a garantia a um meio ambiente cultural saudável e apto ao desenvolvimento adequado dos seus habitantes, é sucedâneo do direito à vida, do direito à moradia, do direito ao lazer, do direito à mobilidade, do direito ao trabalho, dentre outros. Também, o direito à cidade sustentável é um desdobramento dos objetivos da erradicação da pobreza e marginalização, da redução das desigualdades sociais, da promoção do bem de todos, bem como apresenta a mesma vertente axiológica e idêntico propósito à consecução do princípio da dignidade da pessoa humana, conformando, além disso, a função social da propriedade, consagrada no art. 5º, XXIII, da CF. Uma vez que o direito à cidade sustentável decorre de todos esses outros direitos e princípios adotados pelo texto constitucional, é inegável, pois, o seu caráter de direito fundamental, conforme estabelecido no art. 5º, §2º da CF.

Um meio urbano sem a estrutura necessária para comportar as atividades dos indivíduos tem um efeito negativo direto sobre a vida humana, influenciando nas condições de saúde, na qualidade de vida, no exercício do direito à propriedade, no trabalho, no comércio, dentre outros. E, neste sentido, não se pode negar que a ausência de uma política urbana adequada, nos moldes do que estabelece o Título VII, Capítulo II da Constituição Federal, acarreta em uma violação a princípios consagrados no texto constitucional, como garantia do bem-estar a todos, e a própria dignidade da vida humana.

Ainda, nos termos do art. 225 da Lei Fundamental, o direito a um meio ambiente equilibrado é um direito fundamental, sendo este bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida. Por extensão conceitual, uma vez que a zona urbana se encaixa na categoria de meio ambiente artificial, sendo a cidade o local em que se concentram as atividades humanas, a inserção do meio ambiente equilibrado como um direito fundamental envolve também o direito à cidade sustentável.

De acordo com a classificação proposta por Paulo Bonavides^[16], os direitos fundamentais podem indicar uma atividade negativa do Estado (direitos de 1ª geração), uma atividade positiva do Estado (direitos de 2ª geração), um posicionamento de toda a sociedade mundial em torno de direitos que são difusos (direitos de 3ª geração), ou uma garantia dos povos no contexto da globalização político-econômica (direitos de 4ª geração). Sob esta perspectiva, o direito à cidade sustentável impõe uma postura ativa do Estado, fazendo-o disponibilizar prestações de natureza jurídica e material necessárias ao efetivo exercício dos direitos constitucionalmente conferidos aos indivíduos e à coletividade, configurando, assim, um direito de 2ª geração. Conforme bem pontua Sarlet, os direitos prestacionais “implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).”^[17]

Todavia, além de um dever estatal, a ordenação e a conservação de um meio urbano equilibrado é um dever de todos, dado o caráter difuso do direito a uma cidade sustentável, já que, como meio ambiente artificial que é, serve às atividades não só daqueles que nela habitam, mas também de todos aqueles que, efetiva ou potencialmente, direta ou indiretamente, possam com ela interagir, configurando, sob esta perspectiva, um direito de 3ª geração.

Uma vez que as cidades são o cenário em que ocorrem as interações sociológicas, políticas, culturais e econômicas entre os indivíduos, se faz imprescindível a tutela jurídica deste meio, o qual deve ser equilibrado, sendo, pois, inegável a natureza jurídica de direito fundamental do direito à cidade sustentável. Necessária, desta forma, a disciplina constitucional da política urbana, uma vez que a afirmação da superioridade da Constituição,

como norma superior e matriz das demais normas, só faz sentido se direcionada a assegurar a maior proteção possível de iguais direitos fundamentais a todos os membros uma dada sociedade. [18]

2.2 A política urbana na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988, a qual é social, democrática e dirigente, confere ao Estado o papel de responsável pela promoção do bem-estar social. Em seu Título VII, Capítulo II, a Constituição Federal estabelece, de forma inédita, as diretrizes para a política urbana, objetivando ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, o que foi um grande avanço no que concerne à busca pela sustentabilidade dos espaços urbanos.

O texto constitucional dá respaldo às políticas urbanas para a criação e manutenção de uma cidade sustentável, sobretudo, através da determinação da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito que vigora na República Federativa do Brasil, o que o faz em seu art. 1º, III, bem como através do estabelecimento de objetivos fundamentais da República, como a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos.

Trazendo estes fundamentos para a perspectiva urbana, tem-se que o Direito Urbanístico encontra nestas disposições constitucionais, pois, o respaldo necessário para desenvolver suas técnicas de ordenação do território citadino e de uso correto da propriedade urbana, promovendo melhores condições de moradia, lazer, circulação e trabalho, por exemplo, concretizando, assim, a dignidade da pessoa humana através da promoção de uma cidade sustentável. Neste contexto, a Constituição Federal por meio de suas normas e princípios constitui a base normativa que determina a necessidade da sustentabilidade do meio urbano. Conforme ensina José Afonso da Silva,

A Constituição fundamenta a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função

social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar habitação (moradia), condições adequadas de trabalho, recreação e de circulação humana.[\[19\]](#)

Em seu art. 21, XIX, a CF estabelece como competência privativa da União instituir as diretrizes para o desenvolvimento urbano no país, o que inclui, entre outras, as diretrizes para as políticas de habitação, saneamento e transportes urbanos. Com fulcro no seu art. 24, I, §2º e no art. 30, II, ambos da Constituição Federal, os Estados e os municípios possuem competência para, respectivamente, suplementar a norma federal em matéria urbanística e para editar normas de direito urbanístico de interesse local.

Ainda com base no art. 24, I, §2º da CF, fica determinado que cabe à União estabelecer as normas gerais de direito urbanístico por meio de lei federal. Também, o art. 182 da CF dispõe que a política de desenvolvimento urbano deve ser executada pelo Poder Público Municipal em conformidade com as diretrizes federais fixadas em lei. Com o intuito de regulamentar os mencionados dispositivos constitucionais, a União editou a Lei 10.257 de 2001, o Estatuto da Cidade, a qual, com base nos artigos 182 e 183 da Constituição, contém as diretrizes do desenvolvimento urbano e regional, os objetivos da política urbana nacional, os instrumentos urbanísticos e o sistema de gestão da política urbana.

O Estatuto da Cidade tem como princípios jurídicos e políticos a função social da propriedade, a participação popular e a dignidade da pessoa humana, estabelecendo as principais diretrizes do meio ambiente artificial, figurando como o principal instrumento da reforma urbana, estabelecendo normas de ordem pública e interesse social, regulando o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, conforme dispõe o seu art. 1º, Parágrafo Único. Além disto, o Estatuto da Cidade dá especial atenção ao princípio da proteção à propriedade privada, estabelecido nos arts. 5º, caput, X, XII, XIII, XXIV, e 170, III da Constituição Federal, observando a função social da propriedade, bem como ao direito

à moradia, previsto no art. 6º da CF, o qual é um dos principais direitos sociais a serem promovidos pelo Estado.

Com o objetivo de concretizar a sustentabilidade do meio citadino, o Estatuto da Cidade fixa em seu texto diretrizes de cunho social, jurídico, econômico-financeiro, governamental, bem como de ordenação do solo urbano, estabelecendo, ainda, os principais instrumentos da política urbana. Assim, a edição desta lei significa um grande avanço em prol da realização da função social da cidade, sendo sua observância extremamente necessária pelos Poderes locais.

Conforme previsto no art. 182 da CF, a política do desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, tem como objetivos ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Tal determinação cria para o Poder Público Municipal o dever de implementar um planejamento urbano, aplicando-o de forma contínua e permanente, desenvolvendo de forma racional a política urbana, de forma a sanar os problemas que afetam a sociedade citadina.

Como cada localidade apresenta suas peculiaridades, possuindo determinados problemas que lhe são próprios, andou bem o constituinte originário ao estabelecer que a competência para executar a política de desenvolvimento urbano pertence ao Município, uma vez que é no contexto municipal que se conhecem a realidade e as necessidades locais. Tal competência confere ao Município, conforme já demonstrado nesta obra, a possibilidade de editar normas de caráter local para fixar os parâmetros para o desenvolvimento da política urbana, sempre respeitando as normas urbanísticas de cunho federal e estadual. Todavia, tal competência não se restringe a uma prerrogativa: mais do que um poder, a execução da política urbana na busca pela sustentabilidade do espaço urbano é um dever do ente político municipal.

Em seu art. 182, §1º, a Constituição Federal estabeleceu como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana o Plano Diretor, o qual será editado pelos municípios, sendo obrigatório, conforme o texto constitucional, para cidades com mais de vinte mil

habitantes. Dada a importância de tal instrumento normativo, é necessário que se analise como a sua edição é fundamental para que se alcance a sustentabilidade no meio urbano.

CAPÍTULO III- O PLANO DIRETOR COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO À CONSECUÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA CIDADE SUSTENTÁVEL

Consoante já apontado no presente trabalho, a Constituição Federal de 1988, de forma inédita, instituiu o dever da implementação da política urbana no Brasil, determinando a sua execução ao Poder Público Municipal. Dentre os instrumentos que serviriam ao direcionamento desta política, a Lei Maior conferiu ao Poder Federal a competência para legislar acerca das diretrizes que iriam guiar a ordenação do meio urbano, o que foi feito através do Estatuto da Cidade, a Lei 10.257/2001. Tanto a Constituição Federal quanto o Estatuto da Cidade consagram o Plano Diretor como instrumento destinado à gestão urbana, através do qual será promovida a função social da cidade.

Conforme conceitua Lilian Regina,

o plano diretor é o instrumento de planificação urbana mais importante do nosso ordenamento jurídico, pois ele determina as exigências de ordenação da cidade, tendo como finalidade assegurar a qualidade de vida, a justiça social e o desenvolvimento das atividades econômicas dos cidadãos que nele habitam.^[20]

O plano diretor, neste sentido, traz para a realidade local a consecução das diretrizes estabelecidas no Estatuto da Cidade, objetivando de forma mais direta a ordenação cidadina.

Contudo, importa destacar que o Plano Diretor não é um mero documento técnico, que ignora as práticas sociais do cotidiano da cidade. Em contraponto, é um instrumento político que interfere diretamente do desenvolvimento local, contemplando e ponderando os fatores e as características locais. O plano diretor, sobretudo, traça as diretrizes e os

planos específicos para determinada área municipal, respeitando a diversidade das características sociais, econômicas, demográficas, políticas e geográficas da cidade, não sendo, assim, um documento fixo e padronizado. Segundo José Afonso da Silva, a nomenclatura de plano diretor pode ser compreendida da seguinte forma:

É plano, porque estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo em que estes devem ser alcançados (ainda que, sendo plano geral, não precise fixar prazo, no que tange às diretrizes básicas), as atividades a serem executadas e quem deve executá-las. É diretor, porque fixa as diretrizes do desenvolvimento urbano do Município.^[21]

De acordo com o art. 182, §1º da CF e com o art. 40 do Estatuto da Cidade, o plano diretor será aprovado pela Câmara Municipal, sendo obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, sendo instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Assim, através do plano diretor serão fixados os moldes da política urbana, dispondo este de mecanismos para que se possa orientar o espaço urbano a ponto de solucionar os efeitos da expansão urbana sem planejamento, assegurando a melhor qualidade de vida para a população.

Desta forma, o plano diretor mostra-se uma ferramenta de intervenção, ordenando o meio urbano a fim de propiciar um desenvolvimento justo e equilibrado da cidade, atendendo às necessidades dos indivíduos de toda a sociedade.

Conforme ensina Carvalho Filho^[22], os planos diretores devem conter os seguintes aspectos gerais: aspectos físicos, planejando a ocupação e ordenação do solo do município; aspectos econômicos, projetando a destinação de áreas para a atividade de construção de edifícios comerciais ou não e residências, em especial para atender o mercado imobiliário; aspecto ambiental, abrangendo a proteção ao meio ambiente cultural, artificial e natural; aspecto social, organizando e dispondo sobre os serviços de educação, saúde, habitação, transporte, trabalho, dentre outros; e aspecto administrativo, planejando a execução dos projetos urbanísticos. O plano diretor deve englobar todo o território

municipal, abrangendo, inclusive, as áreas rurais existentes dentro do perímetro do Município, uma vez que são áreas de expansão urbana, sendo os serviços desenvolvidos no centro urbano também destinados de forma direta ou indireta a estas áreas.

De acordo com o que dispõe o art. 41 do Estatuto da Cidade, o plano diretor é obrigatório não só para as cidades com mais de vinte mil habitantes, como estabelece a Constituição Federal, mas também para: cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas (art. 41, II); cidades onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do artigo 182, da CF/88, qualquer que seja a população (art. 41, III); cidades integrantes de áreas de especial interesse turístico (art. 41, IV); e cidades inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto de âmbito regional ou nacional (art. 41, V). É importante destacar que, muito embora tal norma cogente não tenha natureza constitucional, visto que decorre diretamente de lei, esta se fundamenta na ordem constitucional de estabelecimento de diretrizes gerais para a política urbana, a qual é disposta no Estatuto das Cidades, concluindo-se, portanto, que o desrespeito a tal mandamento configura violação a uma determinação constitucional.

Consoante ensina José Afonso da Silva^[23], existem quatro etapas para a elaboração do plano diretor: primeiro, são feitos estudos preliminares, onde se elabora uma avaliação sumária da situação e dos problemas existentes no município. Depois, faz-se um diagnóstico acerca dos principais problemas da cidade, traçando soluções para estes, prevendo as perspectivas de evolução. A terceira fase, por sua vez, consiste em elaborar o plano de diretrizes, estabelecendo a política para a consecução das soluções propostas para os problemas diagnosticados, bem como os objetivos e metas para a organização espacial da cidade. Por último, instrumenta-se o plano com base nas ferramentas e meios de atuação traçados nas fases anteriores.

A lei que estabelece o plano diretor deve ser revista, pelo menos, a cada dez anos. Tal regra, prevista no art. 40, §3º do Estatuto da Cidade, atende ao princípio da adequação, uma vez que o plano diretor deve se

adequar às novas realidades do ambiente urbano. Esta revisão constitui um dever jurídico imposto ao Poder Municipal, constituindo a inércia em fazê-lo verdadeira omissão ilegal. Neste sentido, o Estatuto da Cidade prevê no art. 52, VII que tal omissão é uma conduta que figura improbidade administrativa.

O plano diretor deve, necessariamente, tratar de determinados conteúdos, sem os quais será um instrumento vazio, não tendo condições de regular a ordem urbana. Assim, o art. 42 do Estatuto da Cidade estabelece que o plano diretor deverá tratar, no mínimo das seguintes matérias: delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização; sistema de acompanhamento e controle da política urbana; direito de preempção municipal; outorga onerosa do direito de construir; alteração do uso do solo; operações urbanas consorciadas; e a transferência do direito de construir.

Dentro da conjuntura de um Estado Democrático de Direito, a política de desenvolvimento urbano deve advir de uma construção conjunta do poder público com a população por ela abarcada, sendo imprescindível a participação popular não só na elaboração do Plano Diretor, mas também na constante fiscalização da sua execução. O engajamento da população na política urbana é, portanto, extremamente importante, uma vez que a concepção de sustentabilidade do meio urbano abarca a idéia de uma cidade feita para atender as necessidades de todos.

Neste sentido, o processo de elaboração do plano diretor e a fiscalização de seu cumprimento deverá observar o respeito a certas garantias de participação da sociedade e da publicidade. Deve o plano diretor, portanto, ser fruto de mecanismos democráticos, tendo na gestão compartilhada uma importante forma de controle social. Para tanto, conforme determina o art. 40, §4º do Estatuto da Cidade, no preparo do plano diretor os Poderes Executivo e Legislativo municipais deverão garantir: a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; a publicidade quanto aos documentos e informações

produzidos; o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos. A ausência da participação popular pode resultar na inconstitucionalidade da lei que institui o plano diretor.

Repensando os espaços habitáveis e a ocupação do solo urbano, o plano diretor define a função social da propriedade e da cidade, sendo estas alcançadas através da implementação de medidas que diminuam as desigualdades e segregações espaciais. O direito de propriedade, que antes era tido como absoluto, ganha novos contornos na medida em que impõe ao proprietário o dever de observar o interesse público, conferindo um conteúdo social àquele direito. Neste sentido, José Cretella Júnior afirma que “a propriedade privada urbana predial cumpre, por inteiro, sua função social, quando adequadamente utilizada. O solo urbano cumpre sua função social sempre que tenha aproveitamento racional e adequado.”^[24]

O art. 182, §2º da CF dispõe que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.” Assim, o plano diretor é essencial para a definição dos parâmetros de uso da propriedade privada, delimitando o conteúdo social da propriedade urbana.

Para que o Município utilize dos instrumentos conferidos no art. 182, §4º da Constituição Federal, promovendo o adequado aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, é necessário, também, que seja editado plano diretor. Desta forma, as medidas de parcelamento ou edificação compulsórias, progressividade temporal do Imposto Predial Territorial Urbano e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública (que serão aplicadas sucessivamente) só poderão ser utilizadas por Municípios que tenham editado os seus respectivos planos diretores.

A construção de uma política urbana através do plano diretor é essencial para a criação de cidades sustentáveis. Neste sentido, o plano diretor é um instrumento básico no delineamento das diretrizes urbanísticas do município, promovendo o uso racional do espaço urbano, democratizando a cidade, estimulando a melhoria de vida dos seus cidadãos, direcionando a construção de uma sociedade mais solidária e

igualitária, sempre focando nos parâmetros da justiça social e da dignidade da pessoa humana, atendendo, assim, a todos os demais preceitos de um Estado Democrático de Direito. O plano diretor é, assim, uma peça de extrema valia dentro do complexo normativo que se destina a concretizar o direito fundamental a uma cidade sustentável.

A não edição do plano diretor constitui, portanto, verdadeira violação ao citado direito fundamental, infringindo, ainda, os princípios constitucionais da justiça social, do meio ambiente equilibrado, da gestão democrática, da função social da propriedade e da cidade, dentre outros. Assim, busca-se no Mandado de Injunção a solução para o problema da inércia do Poder Municipal ao não editar o Plano Diretor, ou ao fazê-lo de forma insuficiente, uma vez que, nestes casos, há verdadeiro impasse ao exercício de um direito constitucional fundamental.

CAPÍTULO IV- O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO REMÉDIO CONSTITUCIONAL APTO A COIBIR A INÉRCIA LEGISLATIVA

4.1 Os Remédios constitucionais

Com o intuito de conferir aplicabilidade e efetivação aos direitos fundamentais, dando-lhes validade prática, a Constituição Federal traz em seu texto os chamados remédios constitucionais, os quais são garantias instrumentais destinadas à proteção dos direitos individuais e coletivos fundamentais. Os remédios constitucionais, neste sentido, constituem juridicamente um conjunto de meios garantísticos em face do abuso do poder estatal apto a ameaçar os direitos constitucionalmente previstos. Neste sentido,

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos

fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.[\[25\]](#)

Assim, como um mecanismo de tutela aos próprios direitos constitucionais, os remédios constitucionais funcionam como ações postas a salvaguardar os direitos fundamentais de todos os indivíduos, conferindo segurança quanto à eficácia da norma constitucional que os conferem. Conforme ensina José Afonso da Silva, as garantias constitucionais exprimem os meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais. [\[26\]](#)

As garantias constitucionais se diferenciam dos direitos na medida em que, ao passo que estes últimos possuem uma feição material, aquelas são asseguradas como direitos de ordem processual, provocando a tutela estatal para proteger e conferir eficácia aos direitos fundamentais. Desta forma, as garantias funcionam como instrumentos em relação aos direitos, protegendo-os em caso de lesão ou ameaça de lesão. Tais ações constitucionais, dado o objetivo de proteger direitos fundamentais, se desenvolvem de forma mais célere em comparação às ações ordinárias, possuindo como principais características:

A sumariedade dos ritos e preferência de trâmite;
b) a informalidade processual; c) antecipação da tutela, de caráter preventivo ou repressivo; d) manifestação jurisdicional de caráter condenatório/mandamental; e) amplitude na legitimação ativa.[\[27\]](#)

Neste sentido, são garantias ou remédios constitucionais: a) o *habeas corpus* (art. 5º LXVIII, CF); b) o *habeas data* (art. 5º, LXXII, CF); c) o mandado de segurança, individual e coletivo (Art. 5º LXIX e LXX, CF); d) o mandado de injunção, individual e coletivo (Art. 5º, LXXI); e) a ação popular (Art. 5º, LXXIII, CF); e f) a ação civil pública (art. 129, III, CF).

4.2 Aplicabilidade das normas constitucionais

Em regra, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme estabelece o art. 5º, §1º da Lei Maior. Isso implica que, usualmente, as normas que estabelecem os direitos fundamentais possuem eficácia plena, tendo aplicabilidade independentemente de posterior regulação, não podendo o legislador criar norma posterior que restrinja a sua aplicabilidade.

Todavia, há certas normas constitucionais que, apesar de definirem direitos fundamentais, possuem eficácia contida ou eficácia limitada. No primeiro caso, a norma pode ser aplicada de forma imediata, tendo eficácia plena em um primeiro momento, podendo, contudo, ter sua aplicação restringida pela atuação do legislador infraconstitucional. Exemplo de norma de eficácia contida é aquela descrita no art. 5º, XIII da Constituição Federal, que estabelece que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

No caso da norma de eficácia limitada, a Constituição delega ao legislador infraconstitucional a tarefa de regular e definir a aplicação da norma, sendo sua eficácia, assim, condicionada à atuação legislativa. Assim, o exercício do direito consignado no dispositivo constitucional fica prejudicado enquanto não houver a edição da lei regulamentadora da norma de eficácia limitada, conforme determinado pelo próprio texto constitucional, uma vez que esta não reúne todos os elementos necessários para a produção de todos os seus efeitos jurídicos, possuindo tão somente aplicabilidade indireta ou mediata.

Uma vez que determinadas normas que prevêm direitos fundamentais possuem eficácia limitada, dependendo da edição de uma norma infralegal para que haja o exercício do direito nela consignado, a omissão por parte do legislativo, nesses casos, configura uma ameaça a estes direitos e liberdades constitucionais. Neste sentido, com o objetivo de solucionar tal problema, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXI, trouxe o Mandado de Injunção como um remédio apto a sanar a ameaça a estes direitos decorrente da falta de uma norma regulamentadora.

4.3. O mandado de injunção: origem, fundamento e objetivo

Após o fim da ditadura militar no Brasil em 1985, e durante o processo de redemocratização, a Assembléia Nacional Constituinte que deu origem à Constituição Federal de 1988 preocupou-se em consignar no texto constitucional formas para dotar o cidadão e toda a sociedade de instrumentos que lhes garantissem a efetividade da norma fundamental, proporcionando-os ferramentas para evitar que a concretização de seus direitos restasse impossibilitada. Neste contexto, a Carta Magna de 1988 elencou, de forma inédita, um mecanismo que servisse de meio de tutela às omissões estatais. Assim, surgia em nosso ordenamento jurídico, com status de garantia constitucional, o mandado de injunção.

Muito se discute na doutrina acerca de qual é a origem do instituto do Mandado de Injunção, havendo quem acredite que este é um produto derivado do direito inglês e do direito norte-americano, quem defenda a sua originalidade, afirmando que esta ação é uma criação do direito brasileiro, e quem advogue que a fonte do mandado de injunção no nosso ordenamento é o próprio mandado de segurança. Segundo José Afonso da Silva, o mandado de injunção tem sua origem no direito inglês, derivando dos conceitos de equity traçados naquele ordenamento jurídico.^[28] Hely Lopes Meireles, por sua vez, afirma que “o nosso mandado de injunção não é o mesmo writ dos ingleses e norte-americanos, assemelhando-se apenas na denominação”.^[29]

No direito inglês, a injunction tem fundamento na idéia de equidade, servindo como um instrumento apto para proteger os casos não abarcados pela lei ou pelo sistema da common Law. Esta ação se presta a solucionar situações em que existe um dito vácuo legislativo, podendo ter caráter de writ, possuindo efeito mandamental; ou ter caráter de prohibitory, consignando uma ordem de não fazer ou de não cumprir um ato determinado quando este constituir uma violação a determinado direito.^[30] Da mesma forma, seguindo os contornos do direito anglo-saxão com as devidas adaptações e modificações, o direito norte-americano adota o chamado writ of injunction como um remédio extraordinário, o qual se presta a solucionar questões de direito público e de direito privado através da imposição de um mandamento de não fazer

Ultrapassando a discussão acerca da originalidade do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro ou da exportação do instituto do direito estrangeiro, certo é que no direito nacional esta ação constitucional ganha novos contornos, propondo-se a, através de um juízo de justiça e equidade, corrigir a omissão ilegal que acaba por impedir o exercício direto e imediato de um direito constitucionalmente assegurado. Desta forma, não se pode negar que há originalidade no instituto pátrio, o qual dá, dentro da perspectiva do direito estrangeiro, um importante passo para salvaguardar os direitos dos indivíduos em face da inércia do Poder Estatal.

Em um Estado Democrático de Direito, no qual o Poder Público desempenha importante papel na realização dos direitos sociais e na concretização de direitos individuais, é comum que existam dispositivos constitucionais de cunho programático, bem como aqueles aos quais corresponda o dever de legislar para garantir a efetivação dos direitos e garantias conferidos pela Carta Magna. Neste contexto, em um sistema em que são impostas tarefas ao Estado em prol do bem-estar dos cidadãos é importante que exista uma preocupação com a inércia do poder estatal, principalmente no que concerne às omissões legislativas, uma vez que estas impedem que os direitos sejam efetivamente implantados no mundo dos fatos.

Conforme muito bem pontua André Rosa, o imperativo de promoção da igualdade material confere ao Poder Judiciário a permissão para não apenas funcionar como legislador, mas também para atuar como “verdadero órgano de corrección activa de la labor del parlamento.”^[31] Assim, a omissão legislativa nos casos em que a norma constitucional demanda regulamentação implica em uma perda de força normativa do texto constitucional, não sendo, pois, desejável a manutenção desta.

A omissão pode ser total ou parcial. No primeiro caso, não existe norma infraconstitucional sobre tema, o que implica na completa impossibilidade de exercício do direito. Já no segundo caso, a norma infraconstitucional trata a matéria de forma insuficiente, seja porque alguns aspectos da norma constitucional não foram regulados, ou porque o

diploma infraconstitucional deixou de contemplar possíveis destinatários da norma constitucional.

De acordo com Cunha Júnior, a expressão “norma regulamentadora” utilizada no art. 5º, LXXI da Constituição Federal deve ser interpretada de forma extensiva, abrangendo não apenas atos legislativos, mas também atos regulamentares e, até mesmo, atos materiais da Administração Pública.^[32] Desta forma, o mandado de injunção se presta a sanar a omissão não só em sede legislativa, mas também em sede administrativa.

O mandado de injunção configura uma ação judicial de caráter constitucional, consistindo, conforme ensina Marcelo Novelino, uma

Ação de controle difuso-concreto de constitucionalidade, na qual a pretensão é deduzida em juízo por meio de um processo constitucional subjetivo destinado a assegurar o exercício de direitos subjetivos.^[33]

Assim, como medida essencial ao exercício de determinado direito, liberdade ou prerrogativa relacionada à nacionalidade, soberania ou cidadania, em face da inércia legislativa ou administrativa, o Poder Judiciário poderá ser provocado a solucionar tal situação através da impetração do mandado de injunção.

O mandado de injunção é, pois, uma garantia fundamental à efetivação da Constituição, relacionando-se diretamente com o princípio da inafastabilidade jurisdicional e, sobretudo, com a dignidade da pessoa humana e com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Com efeito, todo aquele que necessite da complementação da Constituição com o fim de conferir plenitude ao exercício do seu direito subjetivo constitucionalmente garantido possui o direito fundamental à impetração de Mandado de Injunção.

O Mandado de Injunção consigna um direito fundamental à efetivação da Constituição, e, consoante aponta Dirley da Cunha Júnior^[34], é possível identificar neste uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva: pela dimensão subjetiva, o direito investe o cidadão na posição

jurídica subjetiva de exigir o desfrute imediato de todos os direitos e garantias fundamentais, e de exigir a emanção de normas ou atos materiais de concretização da Constituição; pela dimensão objetiva, o mandado de injunção irradia uma eficácia dirigente, impondo ao Estado o dever jurídico permanente de concretizar e realizar todas as normas constitucionais, incumbindo a todos os órgãos e todas as entidades estatais o dever-poder de efetivá-las.

O instrumento do mandado de injunção confere proteção a toda a sociedade, servindo como elemento de concretização da cidadania, ao passo que evita que a coletividade fique refém da vontade do Poder Estatal em concretizar ou não um direito dependente de regulamentação. A omissão legislativa acarreta um desequilíbrio na sistemática dos direitos fundamentais, constituindo uma violação à ordem constitucional como um todo.

Para que haja a possibilidade de impetração de Mandado de Injunção, a doutrina e a jurisprudência afirmam que é necessário que sejam atendidos determinados requisitos, quais sejam: a previsão de um direito constitucional relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; e a ausência de norma regulamentadora que inviabilize a fruição deste direito.

Observa-se que o Mandado de injunção não se presta a tutelar todo e qualquer direito. A prerrogativa carente de regulamentação deve possuir previsão constitucional, não sendo cabível a interposição do remédio em análise para obter a fruição de direito previsto em qualquer outra espécie normativa.

Esclarecido que apenas prerrogativas elencadas no texto fundamental receberão a tutela através da ação de injunção, questiona-se quais seriam os direitos constitucionais não regulamentados que ensejarão a prestação jurisdicional por meio do citado mandado. A priori, quis a doutrina e a jurisprudência delimitar o seu alcance às normas de eficácia limitada elencadas no Título II da Constituição Federal, o qual diz respeito aos direitos e garantias fundamentais. Todavia, no decorrer do aprofundamento dos estudos doutrinários constatou-se que o espectro de

incidência deste instituto é muito mais amplo, sendo capaz de tutelar todo e qualquer direito, liberdade ou prerrogativa prevista ao longo do texto constitucional. Neste sentido, Piovesan aponta para existência de três correntes que tratam da norma constitucional objeto do mandado de injunção, nos seguintes termos:

A corrente mais restritiva sustenta que a parte final do art. 5º, LXXI, ao se referir a prerrogativas “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, restringe o alcance da expressão “direitos e liberdades constitucionais” a estes bens jurídicos. Uma segunda corrente restringe a expressão “direitos e liberdades constitucionais” aos direitos e garantias fundamentais do Título II do texto. A terceira corrente, a que se adota, entende que os direitos, liberdades e prerrogativas tuteláveis pela injunção não são apenas os constantes no Título II da Carta Maior, que se refere aos direitos e garantias fundamentais, mas quaisquer direitos, liberdades e prerrogativas, previstos em qualquer dispositivo da Constituição, tendo em vista que inexistente qualquer restrição no art. 5º., LXXI, do texto. Entende-se que o Mandado de Injunção protege os direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas, estas sim, inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.^[35]

Portanto, o posicionamento atual é de que, sendo de eficácia limitada, qualquer norma constitucional que conferir direitos, liberdades e prerrogativas pode ensejar a utilização do mandado de injunção.

Quanto à ausência de norma regulamentadora enquanto condição para a impetração de mandado de injunção, tem-se que este termo não se restringe à inexistência de lei propriamente dita, abrangendo, por sua vez, outras espécies normativas. Neste sentido, Diomar Ackel Filho afirma que

O regulamento a que atine a injunção é aquele em sua acepção material, ampla e compreensiva de

todas as modalidades de normas necessárias para operar a exeqüibilidade de um dispositivo constitucional ou legal (leis complementares, leis ordinárias, decretos, resoluções, etc.). Por isso, a expressão regulamento não deve ser tomada em seu sentido literal. Formalmente, o regulamento é um ato legislativo ou administrativo que traduz a norma primária em seus aspectos menores, aclarando-a e disciplinando a sua exigibilidade. Mas, sob o aspecto material, o regulamento é ato legal necessário para a exeqüibilidade de outra norma superior.^[36]

Assim, a norma regulamentadora faltante poderá ter não só natureza legislativa, mas também natureza administrativa, o que reflete diretamente na definição da legitimidade passiva do *mandamus*.

4.4 Legitimidade ativa e passiva no Mandado de Injunção

É parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda de injunção aquele que possuir o dever constitucional de editar a norma regulamentadora faltante. Não cabe, todavia, sob o argumento de que somente as pessoas estatais possuem competência para a edição de provimentos normativos, afirmar que tal legitimidade atinge somente tais entes.

Pode figurar no pólo passivo da ação, assim, qualquer órgão da Administração direta ou indireta, sejam pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado. Neste sentido, defende-se a possibilidade de impetração de mandado de injunção em face de pessoa jurídica privada, ao passo que estas também podem obstar direitos em conseqüência de uma omissão normativa inconstitucional, como, por exemplo, ocorre no caso das empresas que estão obrigadas a conceder participação nos lucros a seus empregados e não o fazem através de ato geral. Neste sentido, Flávia Piovesan salienta que

Cabe mandado de injunção tanto nas relações de natureza pública como nas relações privadas, como, por exemplo, nas relações de emprego privado,

hipótese que envolve os direitos previstos no art. 7º do texto constitucional. Nesta ótica, sustenta-se que no mandado de injunção a legitimidade passiva recai sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da injunção. Isto é, a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante.^[37]

O pólo passivo, assim, deve ser constituído pelo órgão que sofrerá o ônus de se submeter à decisão de procedência do mandado de injunção, seja ele um ente político, um ente administrativo, ou até mesmo uma pessoa jurídica de direito privado.

Quanto ao sujeito legitimado para figurar no pólo ativo da ação de injunção, nota-se que este, dada a natureza de garantia fundamental deste remédio constitucional, poderá ser pessoa física ou jurídica, brasileiro ou estrangeiro, ente personalizado ou despersonalizado. A legitimidade ativa no writ em questão é, pois, ampla, podendo ser autor da ação qualquer pessoa que tenha o exercício do seu direito constitucionalmente conferido obstaculizado pela falta de norma regulamentadora. Não se exige, assim, legitimação específica, qualificada: qualquer um que tiver interesse jurídico por prevalecer-se do mandado de injunção.^[38]

Muito embora não haja previsão constitucional, a jurisprudência passou a admitir o Mandado de Injunção Coletivo, uma vez que restou entendido determinados entes coletivos possuem legitimidade ativa para impetrar mandamus. Neste sentido, destaca-se o Mandado de Injunção nº 833, no qual o Supremo Tribunal Federal deferiu pedido de mandado de injunção coletivo impetrado pelo Sindicato dos Servidores das Justiças Federais do Estado do Rio de Janeiro.

Todavia, com a promulgação da Lei 13.300/16, a qual regulamenta o procedimento de Mandado de Injunção, sedimentou-se de vez a possibilidade de impetrar o Mandado de injunção coletivo, sendo este cabível para tutelar os direitos, as liberdades e as prerrogativas

pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria, podendo esta ação ser promovida:

“Art. 12. I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do [inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.](#)”

A sentença proferida no mandado de injunção coletivo faz coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo ente impetrante.

4.5 O procedimento do mandado de injunção

O dispositivo constitucional que prevê a possibilidade de interposição de Mandado de Injunção possui aplicabilidade imediata, não dependendo, pois, de regulamentação por meio de lei. Todavia, a ausência de uma disciplina legal acerca do instituto trouxe à tona, por um longo período de

tempo, diversas dificuldades em estabelecer os contornos do seu procedimento, o que deu ensejo a uma forte construção doutrinária e jurisprudencial em torno desta ação. Foi definido, assim, que ao Mandado de Injunção seria aplicado o procedimento da Lei 12.016/09, que trata do mandado de segurança.

Ocorre que, no ano de 2016, foi promulgada a Lei 13.300, a qual disciplinou o procedimento do mandado de injunção, determinando que a este procedimento é aplicável de forma subsidiária as regras da Lei do Mandado de Segurança e o Código de Processo Civil. Tal lei regulamentou o processo e o julgamento não só do mandado de injunção individual, mas também do mandado de injunção coletivo.

O processo do mandado de injunção começa com a petição inicial, a qual, além de atender aos requisitos legais dos arts. 319 e 320 do CPC, deverá indicar o órgão impetrado e a pessoa jurídica que ele integra ou a que está vinculado. Caso à petição inicial falte algum pressuposto processual, ou caso o mérito do pedido seja manifestamente improcedente, nos contornos do art. 332 do CPC, o juiz poderá indeferir de pronto, cabendo apelação se a decisão for proferida em 1ª instância, ou agravo interno se a decisão tiver sido prolatada por Relator em processo de competência originária do Tribunal.

Recebida a inicial, o juiz ou o relator dará um despacho ordenando a notificação do impetrado para que, no prazo de 10 dias, preste as informações cabíveis; bem como determinando a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada para que, querendo, ingresse no feito. Após o término do prazo para a prestação de informações pelo impetrado, o Ministério Público deverá oferecer parecer no prazo de 10 dias. Depois disto, o juiz ou o órgão colegiado apreciarão a ação, proferindo sentença ou acórdão.

Observa-se que o procedimento do mandado de injunção tem como característica a simplicidade e a celeridade. Isso se dá pelo caráter garantidor da ação, a qual, atendendo os preceitos de um Estado Democrático de Direito, se propõe a tutelar direitos fundamentais carentes de efetividade.

A Lei 13.300/2016 não prevê a possibilidade de pedido liminar no âmbito do mandado de injunção. Neste sentido, o STF já se pronunciou diversas vezes pela impossibilidade de implementar liminarmente a tutela no mandado de injunção. Todavia, parte da doutrina advoga a possibilidade de concessão de pedido liminar na ação de injunção quando presentes os requisitos de periculum in mora e fumus boni juris. Mas, ressalta-se, esta não é a tese adotada pelo STF e pela Lei que disciplina o mandado de injunção.

Nos termos do art. 102, I, q da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal é competente para conhecer do mandado de injunção quando a incumbência referida couber ao Presidente da República, ao Congresso Nacional, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal, à Mesa de uma dessas Casas Legislativas, ao Tribunal de Contas da União, aos Tribunais Superior ou, por fim, a ele próprio. O art. 105, I, h da CF, por outro lado, dispõe que o Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar originariamente o mandado de injunção quando a elaboração da norma faltante for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, desde que não sejam esses casos já açambarcados pela competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

4.6 Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Ao lado do mandado de injunção, figura no texto constitucional como ferramenta para solucionar uma omissão legiferante a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a qual é um instituto do controle de constitucionalidade brasileiro. Quando o Estado deixa de tomar as medidas necessárias à concretização das normas da Constituição, deixando de praticar atos legislativos ou executivos indispensáveis para tornar aplicáveis os mandamentos constitucionais, observar-se-á a inconstitucionalidade por omissão, prevendo o art. 103, §2º da CF, neste caso, a possibilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Com efeito, a referida ação busca

sanar uma inatividade consciente do Poder Estatal quando da aplicação da Constituição.

Nota-se que ambas as citadas ações possuem objeto semelhante, qual seja, a finalidade de implementar a aplicabilidade da norma constitucional em face de uma omissão estatal. Todavia, apesar de possuírem as mesmas finalidades, os dois institutos possuem notáveis diferenças, sobretudo no que concerne à legitimação para interposição, o âmbito de incidência e os efeitos da decisão.

Primeiramente, tem-se que o mandado de injunção figura como uma ação de caráter subjetivo, sendo um instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, objetivando, neste sentido, tutelar direitos subjetivos. Por sua vez, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação de caráter objetivo, idealizada como ferramenta de controle abstrato, concentrado e principal de constitucionalidade da omissão, defendendo objetivamente a Constituição. Com efeito, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação de cunho jurisdicional que busca garantir a própria Constituição, o mandado de injunção é um remédio constitucional que visa garantir direitos.

Ao passo que o mandado de injunção objetiva tornar viável o exercício de direitos fundamentais, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem como finalidade tornar efetiva uma norma constitucional, seja ela definidora de um direito ou não. No mandado de injunção, a atividade jurisdicional será dirigida para garantir a viabilidade do exercício de um direito, enquanto na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a providência judicial visará a concretização da própria Constituição.

É interessante notar que o mandado de injunção possui um caráter de especialidade, na medida em que se destina a sanar uma omissão ilegal que empata o exercício de um direito fundamental. Em contraponto, a omissão objeto da ação direta de inconstitucionalidade pode dizer respeito à efetividade de qualquer norma constitucional, diga ela respeito a um direito fundamental ou não.

Ao tratar da distinção entre mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Flávia Piovesan salienta que este writ tutela direitos individuais ou coletivos, mas não direitos difusos. Isso porque, segundo afirma a doutrinadora, a tutela de direitos difusos cabe à ação direta, ao passo que o mandado de injunção atua em defesa de direito subjetivo.^[39]

No momento em que se auferir a impossibilidade da efetividade de um direito fundamental em decorrência da falta de norma que o regulamente, poderá ser impetrado o mandado de injunção, não havendo, portanto, estipulação de prazo para o exercício desta garantia constitucional. Por outro lado, no que concerne à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é imprescindível que seja aguardado um lapso temporal razoável para que seja caracterizada uma omissão inconstitucional apta a ensejar a manifestação jurisdicional.

Outro ponto de importante divergência entre as ações aqui analisadas se encontra na fixação da legitimidade ativa e passiva: ao passo que na ação direta por inconstitucionalidade a Constituição fixa um rol de legitimados para propô-la, no mandado de injunção a legitimidade ativa é mais ampla, ao passo que, conforme já apontado no presente trabalho, permite que qualquer indivíduo ou ente coletivo impetire a ação em face da omissão estatal. Por este motivo, afirma-se que em sede de mandado de injunção o controle da omissão legislativa é muito mais democrático quando comparado com aquele que se dá no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O mandado de injunção, enquanto ação de controle concreto, se funda na análise de uma relação jurídica instituída por partes definidas, limitando os seus efeitos, em regra, às partes processuais. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui efeito *erga omnes*, uma vez que possui natureza abstrata e objetiva.

4.7 O mandado de injunção e a separação dos poderes: uma análise dos efeitos da sentença que julga o mandado procedente

Na ordem político- jurídica brasileira vigora a separação de poderes, princípio este instituído no art. 2º da Lei Maior, o qual dispõe

que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário serão independentes e harmônicos entre si. Desta forma, o mesmo texto que estipula uma separação entre os poderes determina que estes atuem de forma harmônica, o que significa que os poderes exercerão uma fiscalização e um controle mútuo, tudo à luz da sistemática de “freios e contrapesos”.

A separação harmônica entre os poderes da República deve ser utilizada como meio, e não como fim do Estado, tudo com a finalidade de atingir os objetivos fundamentais proclamas no texto constitucional. O Poder Judiciário, neste sentido, não pode se ingerir na atividade legislativa, prestando-se a, através do seu exercício, legislar nos casos em que o Poder Legislativo ou o Poder Administrativo restaram inertes. Todavia, isto não significa que o Poder Judiciário não possa fazer o controle judicial desta omissão. Conforme **ensina Esteves**,

Não se pode negar que é preciso que o Judiciário atue de forma ativa, anulando regras inconstitucionais, dando aplicação à norma infraconstitucional no caso concreto de forma que o resultado seja adequado aos objetivos constitucionais e supra omissões legislativas e administrativas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância dos outros poderes.[\[40\]](#)

Assim, ao exercer sua tutela nas ações de mandado de injunção, visando corrigir a omissão legislativa ou administrativa, o Poder Judiciário não pretende substituir o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Em verdade, o Judiciário busca concretizar os objetivos traçados na Constituição através de um instituto previsto na própria lei fundamental. Neste sentido, é possível afirmar que o mandado de injunção serve como ferramenta do controle judicial das atividades administrativa e legislativa, uma vez que este é um meio de provocar a atividade jurisdicional em prol da aplicação concreta de norma constitucional em face da falta de regulamentação que lhe embargue a eficácia.

Ao passo que o chamado ativismo judicial não pode ser admitido a ponto de haver uma sobreposição da atividade jurisdicional ao exercício do Poder Legislativo, a separação dos poderes não pode ser encarada de forma rígida a ponto de afastar o controle judicial da omissão legislativa. Ao passo que esta não-atuação legislativa traz prejuízo aos indivíduos, entende-se que, através do Mandado de Injunção, a separação dos poderes é flexibilizada a fim de viabilizar a atividade do Judiciário em prol da fruição dos direitos previstos na Carta Magna.

Consoante já afirmado no presente trabalho, o mandado de injunção é um instituto recente, uma novidade da Constituição Federal de 1988, não havendo no direito estrangeiro nenhum outro instituto semelhante. Também, até o ano de 2016 não havia uma legislação ordinária que regulamentasse o instituto, o que, apesar de ser dispensável, gerou uma grande discussão acerca de como se daria o seu processamento e como seria feita, propriamente, a tutela ao direito obstado pela inércia estatal. Nesta esteira, ao longo do tempo foram sendo construídos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da natureza jurídica e dos efeitos da decisão proferida no julgamento do mandado de injunção.

Muitos posicionamentos surgiram acerca dos efeitos da sentença procedência do mandado de injunção, os quais, segundo Alexandre de Moraes, podem ser divididos em dois grandes grupos: concretista e não concretista. A posição concretista, por outro lado, pode ser subdividida em geral e individual, sendo esta última dividida em direta ou intermediária.^[41]

Na posição concretista tem-se que o Poder Judiciário poderá, através da sentença de procedência, implementar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, tendo tal decisão eficácia constitutiva, conferindo máxima efetividade ao instrumento. O concretismo advoga, pois, a possibilidade de a decisão judicial suprir a lacuna legislativa de forma a viabilizar desde já o exercício do direito prejudicado pela lacuna legislativa, funcionando, assim, como instrumento de suprimento da norma regulamentadora faltante, disciplinando a matéria até a superveniente regulamentação.

A corrente concretista é subdividida em outras duas: a concretista geral e a concretista individual. No que concerne à primeira, a sentença que declara a existência da omissão inconstitucional produz efeito erga omnes, possuindo, assim, uma normatividade geral.

Os críticos da corrente concretista geral argumentam que este entendimento permite que o Poder Judiciário, ao prolatar decisões com efeitos erga omnes em sede de mandado de injunção, usurpe a competência que foi constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo. Segundo ensina Carraza, este posicionamento “implicitamente admite que o Judiciário avoque a competência do Legislativo, vulnera o princípio da harmonia e separação dos Poderes e, destarte, à falta de autorização constitucional, não pode prevalecer.”^[42] Também neste sentido, advoga Piovesan que “não seria razoável que o Poder Judiciário elaborasse norma geral e abstrata, quando da apreciação de um caso concreto, cujo pedido é a restauração de direito subjetivo violado”.^[43]

Gilmar Mendes, ministro do Supremo Tribunal Federal, pontua que o mandado de injunção versaria sobre o controle abstrato da omissão inconstitucional e, como tal, deve ter eficácia erga omnes da mesma forma como tem a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim,

É de excluir-se, de plano, a idéia de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão deva ter eficácia *inter partes*, porque tais processos de garantia da Constituição, enquanto processos objetivos, não conhecem partes. As decisões proferidas nesses processos, tal como admitido pelo Tribunal, devem ser dotadas, necessariamente, de eficácia geral.^[44]

A corrente concretista individual, por outro lado, defende que a decisão produz efeitos apenas entre as partes, beneficiando somente o impetrante do mandado de injunção. Desta forma, a decisão deixa de lado a generalidade dos casos que poderiam ser enquadrados na mesma situação fática que aquela levada a juízo, limitando-se a disciplinar somente o caso concreto submetido à apreciação judicial. Aparece, assim,

como uma solução ao impasse apontado no concretismo geral, uma vez que não configura uma ingerência do Judiciário na atividade legislativa. Este posicionamento, por sua vez, se subdivide nas correntes individual direta e individual intermediária.

Na concretista individual direta tem-se que a sentença de procedência do pedido do mandado de injunção deve, desde já, implementar entre as partes a eficácia da norma em questão. Dentro desta perspectiva, há autores que defendem que a decisão do mandado de injunção não tem, propriamente, um cunho legislativo, mas sim tem como finalidade a aplicação direta do preceito constitucional. Há, ainda, autores que entendem que a sentença que reconhece a omissão constitui, por si, uma lei provisória aplicável apenas ao caso concreto, fixando, assim, parâmetros para haja o exercício do direito obstado pela lacuna legislativa.

Na concretista individual intermediária, em contraponto, o Poder Judiciário deve determinar um prazo para que o Poder Legislativo elabore a norma regulamentadora faltante. Apenas após o escoamento do prazo assinalado o juiz fixará as condições necessárias ao exercício do direito fundamental obstado pela omissão inconstitucional. Defende este posicionamento o doutrinador Jorge Hage, o qual afirma, ainda, que o mandado de injunção “não visa à defesa objetiva do ordenamento jurídico”^[45], mas sim a viabilização do exercício de um direito obstado pela ausência de norma regulamentadora, devendo, assim, ter a sua decisão eficácia apenas entre as partes do processo, dado o seu cunho subjetivo.

Em oposição à corrente concretista há a posição não concretista, a qual nega que a sentença de procedência do mandado de injunção possa ter qualquer efeito constitutivo, limitando-se tão somente a declarar a existência da omissão inconstitucional. Assim, a finalidade única do mandado de injunção seria o reconhecimento formal da omissão.

Muito embora prevaleça na doutrina o posicionamento concretista, uma das primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal adotou um posicionamento não concretista. No julgamento do MI 107-3/DF, no ano de 1990, restou consignado no teor da decisão que

Não se diz que caberá ao Poder Judiciário, substituindo-se ao Poder competente, fazer essa regulamentação, restrita ao caso concreto, ou extensível a todos os casos análogos. A Constituição partiu da premissa de que, com a procedência da ação direta ou do mandado de injunção, o Poder competente, declarada a inconstitucionalidade de sua omissão, não persistirá em sua atitude omissa. E, bem ou mal, contentou-se com essa eficácia. Ao Supremo Tribunal Federal, a que precipuamente incumbe a guarda dessa Constituição, não é dado, sem qualquer apoio em elementos interpretativos sólidos, desconsiderar essa eficácia, para, com base nessa desconsideração, ter como inócuo o mandado de injunção, e atribuir-lhe efeitos que, como se demonstrou, não se coadunam com o sistema dessa mesma Constituição.

Percebe-se, pois, que a decisão proferiu o entendimento de que a decisão do mandado de injunção possui meramente efeito declaratório. E, muito embora a sentença tenha carga mandamental, uma vez que determina que o poder competente inerte adote medidas para editar a norma faltante, não existe nenhum instrumento de coação que assegure que o órgão omissor cumprirá a determinação judicial. Por este motivo, parte da doutrina saiu em oposição a tal posicionamento, considerando que conferir à decisão de procedência do mandado de injunção natureza meramente declaratória tornaria tal remédio constitucional uma ferramenta inócua, incapaz de ter a efetividade que lhe seria razoável esperar. Não possuiria a sentença, assim, força executiva, ficando na dependência de sua observância por parte dos responsáveis, escapando ao controle do Poder Judiciário, perdendo sua eficácia prática.

Após a prolação da decisão do MI 107-3/DF o STF continuou aplicando o posicionamento não-concretista em outros casos. Todavia, de forma tímida, a Corte foi fazendo breves incursões à posição concretista, como pode ser percebida da leitura da decisão prolatada no Mandado de

Injunção 232/RJ, no qual, ao apreciar um pedido de entidade beneficente da assistência social, a Corte fixou prazo de seis meses para elaboração da norma faltante, sob pena de, ultrapassado este prazo, a requerente passar a gozar da imunidade pretendida. Desta forma, a decisão apontou um tendência ao uso do posicionamento concretista individual intermediário.

Foi em 2007, no julgamento do Mandado de Injunção nº 670/ES, o qual discutia o direito de greve dos servidores públicos, que a Suprema Corte demonstrou uma modificação em seu posicionamento. Em um primeiro momento, o STF assinalou um prazo para que o Poder Legislativo editasse a norma faltante, o que, apesar das diversas prorrogações deste prazo, não ocorreu. Diante da persistente omissão legislativa, a Corte proferiu decisão suprindo-a, determinando que aos servidores públicos fosse aplicada a lei de greve dos empregados privados até que o Poder Legislativo venha a editar norma sobre o tema. Com efeito, esta decisão significou um expressivo avanço na proteção dos direitos constitucionais, vez que, com maior efetividade, viabilizou uma solução prática para o problema posto à sua análise.

Desta forma, apesar de não ter sido unânime a decisão, restou consignada a possibilidade de o Mandado de Injunção possuir efeitos concretos, de forma a viabilizar o gozo imediato dos direitos e liberdades constitucionais. Privilegiou-se, assim, a eficácia dos direitos constitucionais fundamentais em face da rígida separação de poderes.

Com a promulgação da Lei 13.300/16, estabeleceu-se que a decisão proferida no mandado de injunção terá eficácia subjetiva limitada às partes, produzindo efeitos até o advento da norma regulamentadora. Todavia, consoante o art. 9º, §1º da citada lei, “poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”.

CAPÍTULO V- DA POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO EM FACE DA NÃO EDIÇÃO DO PLANO DIRETOR

O processo desordenado de formação dos grandes centros urbanos brasileiros deu origem a sérios problemas na zona urbana, como a falta de mobilidade, a exclusão espacial, a falta de saneamento básico, a marginalização de parcela da sociedade, o uso precário do solo, dentre outros. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual consagrou um Estado Democrático de Direito na República brasileira, o ordenamento jurídico pátrio voltou-se para a tutela da dignidade da pessoa humana, demonstrando uma relevante preocupação com o meio em que os indivíduos se desenvolvem, e com a forma como este desenvolvimento acontece.

Neste contexto, o texto constitucional conferiu ao Poder Público a árdua tarefa de, através da cooperação com a sociedade, planejar e fornecer ferramentas para a concretização dos direitos concernentes ao meio urbano. Para isso, foi inserido na Carta Magna um capítulo específico para tratar da política urbana, visando solucionar o grande caos encontrado nas cidades brasileiras, delegando aos entes políticos a competência para legislar e para executar os principais planos para a regulamentação do desenvolvimento urbano.

Implicando numa busca constante por transformações na dinâmica cidadina, o direito fundamental à cidade sustentável surge como fundamento axiológico para impulsionar as mudanças necessárias na ordenação do espaço urbano. Ao lado de princípios como o da função social da cidade e da propriedade urbana, da justiça social, da equidade e da gestão democrática da cidade, a cidade sustentável funciona como base para o arcabouço jurídico urbanístico, o qual fundamenta a política de desenvolvimento e expansão urbana.

Compreendendo o espaço cidadão como um meio coletivo e cultural, o qual objetiva atender aos interesses dos cidadãos, o direito fundamental à cidade sustentável leva a uma reflexão acerca da função social, política, filosófica e jurídica da cidade, encarando esta como o local onde se desenvolvem as potencialidades humanas, e onde se realizam as condições de vida digna dos seus cidadãos. Curial, pois, reconhecer que o direito à cidade sustentável carrega o status de direito fundamental constitucional, uma vez que se presta a concretizar os princípios e objetos

fundamentais da nossa República, como a busca pela erradicação da pobreza e da marginalização, pela redução das desigualdades sociais, e pela promoção do bem de todos, bem como o respaldo na dignidade da pessoa humana. Com efeito,

O direito à cidade sustentável insere-se na categoria de “trunfo”, tal como no jogo de cartas, impondo a observância por parte dos demais participantes, cuja ideia inspiradora remonta às lições de Dworkin, voltada aos direitos fundamentais individuais. Por outro lado, tal concepção possui maior abrangência, haja vista a evolução da teoria dos direitos fundamentais, consideradas as suas múltiplas dimensões ou gerações, deitando raízes, inclusive, nos direitos fundamentais sociais e coletivos lato sensu.^[46]

O direito à cidade sustentável é o fundamento para todo o desenvolvimento do Direito Urbanístico. Este, enquanto o conjunto de normas que se destinam a disciplinar a organização do espaço urbano, compreende a efetivação de direitos civis e sociais, proporcionando o acesso ao sistema de educação, de saúde, de segurança, de lazer, de transporte, à promoção do meio ambiente equilibrado, dentre outros. Neste sentido, tem-se que o direito fundamental à cidade sustentável, e o direito urbanístico como um todo, não se restringem aos espaços maciçamente urbanizados, implicando, ainda, a tutela aos direitos daqueles que vivem às margens da cidade, nos espaços rurais e semi-rurais. Com efeito, reconhece-se a característica de universalidade da titularidade deste direito, uma vez que ele se estende a todos os indivíduos, sejam eles habitantes de espaço rural, semi-rural ou amplamente urbanizado.

O Direito Urbanístico, nesta conjuntura, se volta para as pessoas, sendo elas a sua principal preocupação, sendo a sustentabilidade das cidades voltada para a qualidade de vida de todos. O espaço urbano, assim, é repensado como um local em que se desenvolvem as potencialidades humanas e, como tal, merece ser conservado e

equilibrado, repercutindo o conceito de sustentabilidade diretamente na dignidade da pessoa humana. Desta forma,

No rol dos desafios atinentes ao estado pós-liberal, viver em um ambiente cidadão sustentável envolve questões que não se restringem somente as relações entre seres humanos e meio ambiente ecologicamente equilibrado, este constitui um dos seus objetivos primordiais, porém não é o único, sustentabilidade urbana engloba, também, a superação de mazelas sociais a exemplo da busca pelo equilíbrio que deve existir entre os diferentes fatores sociais de poder, inclusão cidadã das camadas sociais historicamente excluídas, através da efetivação dos direitos cidadãos promotores de dignidade da pessoa humana, e principalmente, visa contribuir na formação de uma identidade social que só passará a ser desenvolvida quando a população “urbana” se reconhecer como construtor e principal destinatário da cidade e, conseqüentemente, dos mecanismos cidadãos. O direito fundamental à cidade sustentável visa alcançar a harmonização entre as diversas vertentes aludidas, que traduz-se basicamente em sustentabilidade, através do princípio da sustentabilidade urbana aliado ao princípio da gestão democrática da cidade, que impõe a criação de órgão deliberativo composto pelos diversos setores da sociedade para a governança local.^[47]

A sustentabilidade urbana implica a busca pela maximização das potencialidades humanas no espaço urbano, respeitando sempre as características deste meio como um local plural e complexo, o qual abrange não só diferentes relações sociais, mas também a interação do homem com o próprio meio ambiente artificial. O urbanismo se destina, assim, à busca pelo equilíbrio que deve existir na cidade, fundamentando-se na justiça social, podendo ser conceituado como

A ciência que se preocupa com a sistematização e desenvolvimento da cidade buscando determinar a melhor posição das ruas, dos edifícios e obras públicas, de habitação privada, de modo que a população possa gozar de uma situação são, cômoda e estimada.[\[48\]](#)

Com a finalidade de concretizar o direito fundamental à cidade sustentável, o Direito Urbanístico, através dos seus estudos, desenvolve diversos instrumentos de cunho político e jurídico. A base da consecução deste direito se funda no planejamento urbano municipal, conforme decorre da política urbana traçada na Constituição Federal, o qual será traçado pelo Plano Diretor Municipal, tendo como principal característica a convergência entre as diretrizes gerais fixadas na Lei Maior e no Estatuto da Cidade e as principais características socioculturais do Município.

Dentro desta perspectiva, o Plano Diretor assume o papel de um instrumento imprescindível para a realização do direito à cidade sustentável, planejando-o em âmbito local. Assim, pode-se afirmar que o plano diretor

Define o melhor modo de ocupar um município ou região, prever as áreas onde se localizarão os pontos de lazer, as atividades industriais e todos os usos do solo, não somente no presente, mas também no futuro. Isso permitirá a consolidação de valores com vista à qualidade de vida urbana.[\[49\]](#)

Neste sentido, o Plano Diretor tem a sua validade condicionada à observância da gestão democrática, da justiça social, da função social da propriedade e da cidade, do equilíbrio ambiental e da dignidade da pessoa humana, sem o que será considerado inconstitucional.

Uma vez que o Plano Diretor é o instrumento básico para delinear objetivamente a função social da cidade, estipulando as diretrizes jus-urbanísticas do município, traçando o planejamento urbanístico municipal, pode-se dizer que os entes políticos municipais possuem grande responsabilidade na execução da Política Urbana, garantindo, assim, a

vida digna aos indivíduos que habitem os centros urbanos e ao que necessitem, ainda que indiretamente, da estrutura cidadina.

Neste contexto, a promoção do uso racional e sustentável do espaço urbano, enquanto meio de concretização do direito fundamental à cidade sustentável, depende diretamente da elaboração do Plano Diretor, uma vez que é neste que serão traçadas de forma objetiva as metas e diretrizes para a consecução do equilíbrio, da ordenação e da sustentabilidade territorial. O Plano Diretor concretiza, assim, em nível municipal, os ditames do Estado Democrático de Direito, respaldando um complexo normativo que torne possível a realização dos direitos fundamentais e humanos, respeitando à dignidade da pessoa humana.

O Plano Diretor é composto de mecanismos técnicos e jurídicos que respaldam a política urbana. Conforme determina a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade, cabe ao legislativo municipal, com observância ao devido processo legislativo, aprovar o Plano Diretor, sendo este instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes e para as cidades: com mais de vinte mil habitantes; integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no [§ 4º do art. 182 da Constituição Federal](#); integrantes de áreas de especial interesse turístico; inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos. Ainda, o Estatuto da Cidade, em seu art. 40, §3º determina que a lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

Sintetizando a definição do que vem a ser o Plano Diretor, Jacintho Arruda Câmara afirma que este é

O mais importante instrumento de planificação urbana previsto no Direito Brasileiro, sendo obrigatório para alguns Municípios e

facultativo para outros; deve ser aprovado por lei e tem, entre outras prerrogativas, a condição de definir qual a função social a ser atingida pela propriedade urbana e de viabilizar a adoção dos demais instrumentos de implementação da política urbana (parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, IPTU progressivo, desapropriação com pagamento em títulos, direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir, operações urbanas consorciadas e transferência do direito de construir).[\[50\]](#)

Constata-se que a elaboração do Plano Diretor por parte do poder municipal configura um poder-dever, uma vez que, ao passo que o Município tem a competência para a sua elaboração, a norma constitucional, disciplinada por lei federal, indica que a elaboração deste instrumento consiste em uma obrigação. Isso se dá pela importância do Plano Diretor para a consecução da política urbana e para a concretização do direito fundamental à cidade sustentável.

Neste sentido, a Lei 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, fixa sanções cabíveis no caso do descumprimento da obrigação de elaboração do Plano Diretor. Dentre elas destacam-se as consequências institucionais, as quais consistem na impossibilidade de utilização, pelo município, de vários instrumentos de política urbana, uma vez que o plano diretor é um requisito para que estes possam ser aplicados, como, por exemplo, o direito de preempção, a outorga onerosa, a edificação compulsória, dentre outros.

Ocorre que, ao passo que serve à concretização do direito fundamental à cidade sustentável, a não elaboração do Plano Diretor ou a sua não revisão em conformidade com a determinação legal configuram uma omissão inconstitucional, que embarga o usufruto de um direito constitucionalmente conferido a toda a coletividade. E, ao passo que os Direitos Fundamentais são pautas ético-políticas intimamente ligadas à concepção de dignidade da pessoa humana, a existência de barreiras à concretização destes deve ser prontamente eliminadas.

Os Direitos Fundamentais determinam ao poder estatal um fazer ou um não fazer, ao passo que estabelecem, respectivamente, direitos positivos e prestacionais ou direitos negativos. Estes direitos não são meras normas matrizes de outras, mas são, sobretudo, normas diretamente reguladoras de todas as relações jurídicas travadas no mundo dos fatos. O Poder Estatal, assim, tem sua atividade condicionada à observação desses direitos, os quais ficam verdadeiros princípios para a atividade estatal. A ação ou a omissão do Poder Público, neste contexto, configura uma inconstitucionalidade no momento em que deixa de atender aos preceitos fixados nos direitos fundamentais constitucionais.

É preceito de um Estado Democrático de Direito que a atuação estatal esteja condicionada e limitada pelos ditames constitucionais e legais, sendo, ao mesmo tempo, responsável pela concretização dos direitos dos seus administrados. E, como consequência, cabe à Lei Fundamental que consagrar este Estado Democrático de Direito fixar ferramentas para inibir a atuação ou a omissão inconstitucional do poder público.

Neste sentido, ao passo que o direito a uma cidade sustentável figura como um direito constitucional fundamental, conforme já demonstrado neste trabalho, a sua não elaboração configura uma omissão inconstitucional, cabendo, portanto, a utilização de remédios constitucionalmente ou legalmente previstos a fim de inibir tal violação à Lei Maior. Assim, dá-se ensejo a um posicionamento proativo do Judiciário, a fim de que o direito fundamental ganhe consecução. A respeito desse entendimento, utilizando a concepção de cidade como meio ambiente artificial, tem-se que o ativismo judicial configura

A capacidade de o juiz –liberto dos antolhos positivistas que resumem sua atividade, seu raciocínio, aos parâmetros da lógica formal, subserviente ao falso paradigma da segurança jurídica –de utilizar toda indumentária teórico-jurídica, imposta e posta a sua disposição, com a finalidade precípua de salvaguardar, defender e reagir energeticamente contra qualquer ameaça ao

meio ambiente. Deixar de ser a montesquiana “inanimada boca que pronuncia as palavras da lei”, servo que coxeia atrás da carruagem do sistema, desideologizado, neutro, para assumir a dimensão política de sua atividade, tornar-se *lawmaker* sem legislar, não se ocultando por detrás de dogmas esclerosados e aceitando as implicações morais e práticas de suas escolhas.^[51]

Assim, levanta-se a possibilidade de utilizar ações judiciais como meios de, através da prestação jurisdicional, auferir a concretização do direito perseguido, o qual, neste caso, está embargado pela inércia estatal concernente à não elaboração do Plano Diretor. Assim, embora caiba ao Poder Legislativo elaborar o Plano Diretor, e ao Poder Executivo implementar as diretrizes da política urbana nele estabelecidas, tem-se que o Poder Judiciário poderá apreciar a omissão estatal quanto à não elaboração desta norma, vez que esta é um importante instrumento para a implementação do direito à cidade sustentável. Neste sentido, destaca-se o seguinte julgado:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (STF –RE – AGr 410.715/SP –2ª Turma–rel: min. Celso Mello – DJ 03.02.2006).

Com o intuito de conferir proteção ao meio ambiente, conceito no qual encontra-se o meio urbano, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de várias ações, dentre as quais a doutrina destaca a ação popular e a ação civil pública, que são as mais utilizadas por aqueles que pretendem tutelar o direito a um meio ambiente equilibrado.

A ação popular pode ser interposta por qualquer cidadão com o objetivo de anular ato lesivo ao meio ambiente, conforme prevê o art. 5º, LXXIII da Constituição Federal. A Ação civil pública, por sua vez, a qual é disciplinada pela Lei 7347/85, busca responsabilizar aqueles que, por omissão ou ação, causam danos ao meio ambiente, sendo partes legitimadas a ingressarem com tal ação o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista, ou associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 ano e inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente.

Todavia, muito embora não seja um instrumento comumente utilizado para tutelar o direito à cidade sustentável, destaca-se como remédio constitucional apto a solucionar o problema do embargo ao usufruto do direito fundamental ao equilíbrio e à sustentabilidade diante da não elaboração do Plano Diretor o Mandado de Injunção. Tal remédio constitucional, conforme ensina Rachel Bruno Anastácio, figura no ordenamento jurídico como uma “garantia de exaltação constitucional, ação que visa conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional nas hipóteses de normas fundamentais não autoaplicáveis ou de eficácia limitada”.[\[52\]](#)

Uma vez que esta ação constitucional presta-se a proteger o exercício de um direito constitucional em face da não elaboração de uma norma regulamentadora que proporcione a sua concretização, tem-se que a ausência de Plano Diretor pode, indubitavelmente, figurar como seu objeto. Não restam dúvidas de que, em um Estado Democrático de Direito, não se pode permitir que a população seja impedida de usufruir de direitos que lhe proporcionem a fruição de lazer, transporte, moradia, e, em síntese, de uma vida digna.

Visto que o Plano Diretor se presta a tornar exequível a ordenação do meio urbano, direcionando a política de desenvolvimento citadino com destino à solução dos principais problemas destes locais, este se mostra um instrumento fundamental na realização da dignidade da pessoa humana e, como tal, merece concretização. A ausência do Plano Diretor, por sua vez, configura uma ululante violação a direitos fundamentais básicos, vez que o Poder Público resolve ignorar o seu dever constitucional de dar consecução à política pública, não realizando, desta forma, o desenvolvimento ordenado e equilibrado do espaço urbano.

Conforme já destacado no presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao Mandado de Injunção um caráter concretista, afastando a antes vigente natureza meramente declaratória do instrumento constitucional. Portanto, ao passo que a Constituição e a lei federal que a disciplina estipulam casos em que a elaboração do Plano Diretor é obrigatória, a não elaboração desta norma configura omissão a ser solucionada pelo Mandado de Injunção, vez que configura omissão que embarga que os indivíduos e a coletividade em geral tenham acesso a direito constitucionalmente garantido.

Muito embora a doutrina e a jurisprudência utilizem-se de meios indiretos para coibir a falta do Plano Diretor como impeditivo à implementação da política urbana no Município, a exemplo das sanções aplicadas ao Chefe do executivo municipal, a ação popular e a ação civil pública, tem-se que estes não são capazes de efetivamente institucionalizá-lo ou coagir a sua institucionalização. Ao passo que a jurisprudência e a Lei 13.300/2016 vêm reconhecendo o caráter concretizador da sentença de procedência do Mandado de Injunção, é inegável que, através deste instrumento, será possível chegar-se a uma solução mais efetiva para o problema causado pela falta do Plano Diretor.

Além disto, é importante salientar que o Mandado de Injunção figura como meio mais democrático à tutela de direitos fundamentais descritos em normas de eficácia limitada, se comparados com ações como a ação popular e a ação civil pública. Ao passo que estas últimas possuem um número taxativo de legitimados, o mandado de injunção permite que todo e qualquer indivíduo, seja ele pessoa jurídica ou física, ente personalizada

ou despersonalizado, impetre o writ com a finalidade de proteger direito fundamental cuja executividade esteja embarga pela falta de norma regulamentadora.

No caso de ausência de Plano Diretor, todos os requisitos necessários para a propositura de Mandado de Injunção estarão atendidos: haverá uma omissão estatal inconstitucional impedindo o usufruto de um direito fundamental individual e coletivo. Cabível, pois, esta ferramenta constitucional, visto que além do direito fundamental à cidade sustentável, a falta do Plano Diretor impede o devido acesso ao direito de moradia, lazer, saúde, transporte, dentre outros.

É importante pontuar que, no caso da falta do Plano Diretor, a sentença do Mandado de Injunção não poderá suprimir a necessária participação popular na sua confecção, execução e fiscalização, uma vez que isto é um ditame decorrente da própria concepção de tutela à dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático de Direito. Desta forma, abordando os efeitos da sentença que julga procedente o Mandado de Injunção nestes casos, tem-se que, muito embora possa ter caráter concretizador, há de determinar uma formulação do Plano junto à sociedade diretamente interessada, coagindo, assim, o Poder Público a promovê-la.

A omissão estatal pode ser tão ofensiva à coletividade quanto uma ação quando o Poder Público possuir o dever de atuar em prol da concretização de um direito fundamental dos indivíduos. Neste contexto, o Mandado de Injunção, enquanto garantia constitucional à concretização dos direitos constitucionalmente conferidos, é ferramenta apta a inibir os embargos ao usufruto a uma cidade sustentável diante da falta do Plano Diretor. Portanto,

O desrespeito à Constituição por inércia legislativa, quer dizer, o efetivo estado o efetivo “estado de mora (inconstitucional) do poder legislativo” não deve frustrar o exercício de direitos, impondo-se assim que o mandado de injunção seja “visto e qualificado como instrumento de

concretização das cláusulas constitucionais frustradas em sua eficácia pela inaceitável omissão” do legislativo.^[53]

Com efeito, não há dúvidas de que, vez que o Plano diretor constitui verdadeiro instrumento destinado à efetivação de direitos e liberdades constitucionais, dentre os quais encontra-se o direito fundamental à cidade sustentável, no que concerne à não elaboração do Plano Diretor, o Mandado de Injunção é uma ferramenta cabível e de extrema eficácia diante da omissão do poder municipal.

CONCLUSÃO

Através da positivação dos direitos dos homens por parte da Constituição Federal, processo pelo qual forma-se a base axiológica sobre a qual todo o arcabouço jurídico brasileiro se funda, tem-se o estabelecimento dos direitos fundamentais constitucionais no ordenamento jurídico pátrio. Tais direitos informam a ideologia juspolítica de todo o sistema jurídico, concretizando, em termos gerais, o direito à liberdade, à igualdade e a uma vida digna. São, assim, consectários da lógica humanística fixada por um Estado Democrático de Direito, ao passo que a existência deste pressupõe o atendimento e o respeito a direitos individuais e coletivos, limitando e direcionando, assim, a atividade do poder público.

A Constituição Federal prevê inúmeros direitos e garantias fundamentais ao longo do seu texto, sem excluir aqueles advindos de tratados internacionais. Tais direitos, muito embora tenham caráter relativo, são indisponíveis, imprescritíveis e inalienáveis, sendo oponíveis não só contra o Estado, mas também em face de outros indivíduos, pelo que são pontuadas as suas eficácias horizontal e vertical.

Por fundamentarem todo o arcabouço normativo, indicando os valores garantísticos que respaldarão a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, tem-se que os direitos fundamentais devem ser protegidos de toda e qualquer ação ou omissão que implique em violação ou tolhimento exercício destes. Neste sentido, com o intuito de resguardar a eficácia e a aplicabilidade dos direitos fundamentais, a própria Constituição Federal estabelece ações aptas a afastar qualquer ameaça ao usufruto e ao

exercício desses, que são as garantias processuais constitucionais chamadas de remédios constitucionais.

O processo desordenado de formação dos centros urbanos, o qual teve seu estopim no Brasil após o século XX, gerou diversos problemas que ainda hoje são encontrados nas cidades brasileiras: falta de segurança, marginalização, favelização, segregação territorial, falta de mobilidade urbana, ausência de saneamento básico, dentre outros. Tal quadro negativo se agravou nos últimos anos, restando conclusivo que a manutenção do desequilíbrio e da desordem nas cidades acarreta um ululante desrespeito aos direitos fundamentais daqueles que travam suas principais relações neste meio, a exemplo do direito à saúde, à segurança, ao transporte, à moradia, ao lazer, e, em resumo, à vida digna.

A situação de precariedade dos grandes centros urbanos brasileiros demandam um posicionamento científico das mais diversas áreas do conhecimento na busca por instrumentos que viabilizem a melhor solução para eles. Neste contexto, o urbanismo, através dos seus estudos, busca solucionar os problemas decorrentes da urbanização desordenada, procurando medidas técnicas para organizar o espaço urbano, garantindo a todos o acesso aos seus direitos subjetivos fundamentais.

Trazendo a ciência do urbanismo para uma perspectiva jurídica, é desenvolvido o Direito Urbanístico, o qual propõe instrumentos jurídicos associados a ferramentas políticas, econômicas e sociais em prol da promoção de uma infra-estrutura urbana básica que garanta àqueles que travam suas relações no meio citadino uma vida digna.

Atendendo aos anseios de movimentos que buscavam a correção dos problemas existentes nos grandes centros urbanos brasileiros, a Constituição Federal de 1988 trouxe um capítulo específico para tratar da política urbana, fixando instrumentos técnicos e jurídicos que auxiliassem na concretização da função social da cidade e da garantia do bem-estar dos habitantes do espaço citadino. Com efeito, destaca-se a preocupação com a construção de uma cidade sustentável e equilibrada, que proporcione aos seus moradores e àqueles que se relacionem com este

meio a ordenação apropriada para abarcar suas atividades e o seu desenvolvimento pleno, saudável e digno.

O direito à cidade sustentável, decorrente do estabelecimento da política urbana prevista na Carta Magna, é corolário dos princípios e objetivos fundamentais da República Federativa brasileira, a exemplo da busca pela erradicação da pobreza e da marginalização, pela promoção do bem de todos e pela realização da dignidade da pessoa humana. Neste contexto, o direito à cidade sustentável tem natureza de direito fundamental constitucional, tendo este consagrado, dentro da perspectiva urbana, o valor da busca pelo bem de todos. Fixando as diretrizes básicas da política urbana, o Estatuto da Cidade esclarece que o direito a cidades sustentáveis envolve o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Com o intuito de promover a sustentabilidade e o equilíbrio no meio urbano, a Lei Fundamental, em seu art. 182, §1º, estabelece como um dos instrumentos da política urbana o Plano Diretor, o qual deverá ser editado pelo Poder Público Municipal, com aprovação da Câmara de Vereadores, sendo obrigatório para municípios com mais de vinte mil habitantes, e para os municípios elencados no art. 41 do Estatuto da Cidade (Lei 10. 257/01). Esta lei dispõe sobre o planejamento urbano, balizando o desenvolvimento e a expansão do espaço cidadão, tudo com o intuito de alterar a realidade urbana e trazer melhoras para a vida da população.

O Plano Diretor é, pois, uma ferramenta imprescindível para a realização do direito a uma cidade sustentável, sendo a sua não edição uma omissão inconstitucional que demanda uma solução célere e eficaz, visto que embarga o exercício do mencionado direito fundamental constitucional.

Para corrigir uma omissão estatal que impeça o exercício de direitos fundamentais constitucionais, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto a previsão do Mandado de Injunção, o qual funciona como um remédio constitucional apto a afastar uma omissão inconstitucional. Vê-se, assim, que o Mandado de Injunção configura uma garantia constitucional

ao usufruto dos direitos subjetivos fundamentais frente à falta de norma regulamentadora que obstaculiza o exercício destes.

Tal instituto, enquanto um instrumento originalmente formulado e desenvolvido no ordenamento jurídico brasileiro, demandou um intenso estudo por parte da doutrina e da jurisprudência acerca dos seus contornos. Dentre as questões que mais levantavam dúvidas estava a da incerteza quanto aos efeitos da sentença de procedência da ação, vez que se cogitava que a disciplina do exercício de determinado direito por meio de sentença configuraria uma ingerência do Poder Judiciário na atividade do Poder Legislativo, violando, assim, a separação dos poderes.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal viesse entendendo que a sentença de procedência no Mandado de Injunção teria como única finalidade a notificação da autoridade legiferante inerte acerca da necessidade de editar a norma faltante, o que acabava por configurar uma menor eficácia do writ perante a tutela dos direitos fundamentais, atualmente o posicionamento da Suprema Corte vem mudando, dando-se à sentença de procedência da ação de injunção um novo contorno: vem ganhando força o entendimento concretista, pelo qual o Mandado de Injunção possui efeitos concretos, estando a decisão que o julgar apta a viabilizar o gozo imediato dos direitos e liberdades constitucionais.

Uma vez que a não edição do Plano Diretor impede a vigência e a concretização do direito fundamental à cidade sustentável, tem-se que o Mandado de Injunção, enquanto remédio constitucional apto a solucionar omissões inconstitucionais, é uma ferramenta hábil na busca pela solução da inércia do poder municipal. Todavia, é importante ressaltar que a sentença que julgue procedente o Mandado de Injunção nesses casos não pode ter um efeito concretizador máximo, vez que a edição do Plano Diretor deve respeitar regras essenciais à sua validade, como o planejamento e a edição democráticos do seu projeto de lei, exigência esta que não pode ser superada pela disciplina judicial do tema por meio de sentença.

Desta forma, o presente trabalho demonstrou, através de uma análise da formação dos grandes centros brasileiros e do desenvolvimento da

técnica urbanística, como o direito à cidade sustentável possui o caráter de direito fundamental, sendo o Plano Diretor essencial para a sua concretização. Quando o Município que esteja obrigado a possuir um plano diretor não o tiver por omissão do poder público municipal, estará configurada uma omissão inconstitucional a ser tutelada, na via judicial, pelo Mandado de Injunção, vez que este é um instrumento jurisdicional eficaz, respaldado em uma base garantística.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVA, Eduardo Neiva. **Metrópoles (in) sustentáveis**. Rio de Janeiro: Relume Damará, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ANASTÁCIO, Rachel Bruno. **Mandado de injunção: em busca da efetividade da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal nº 7, de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL, Lei 10.257 de 20 de julho de 2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências**. Disponível em . Acesso em 24/03/2017.

BRASIL, Lei 13.300 de 23 de junho de 2016. **Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em 24/03/2017.

BRITO, Fausto; SOUZA, Joseane. **A expansão urbana nas grandes metrópoles: o significado das migrações intrametropolitanas e da modalidade pendular**. São Paulo em perspectiva, Outubro- Dezembro de 2005.

CÂMARA, Jacintho Arruda et. al. **Estatuto da Cidade**: Comentário à Lei Federal 10.257/2001. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARLOS, Ana Fani Alessandri. **A cidade**. São Paulo: Contexto, 1992.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 24ª Ed – São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Atlas, 2013. Págs. 340 a 342.

CARVALHO, JAM; GARCIA, R.A. **Estimativas decenais e quinquenais de saldos migratórios e taxas líquidas de migração no Brasil**. Belo Horizonte: CEDEPLAR- UFMG, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Coordenadores: José Adércio LEITE SAMPAIO; Álvaro Ricardo de SOUZA CRUZ. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev., ampl. e atualizada. Bahia: Editora JusPodivm. 2010.

ESTEVES, João Luiz Martins. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HAGE, Jorge. A realização da constituição, a eficácia das normas constitucionais e o mandado de injunção. In: **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Ano 5, nº 9.

IBGE. **Censo Demográfico 2010 – Trabalho e Rendimento, Educação e Deslocamento**. Rio de Janeiro, IBGE, 2010.

LIMA, Vinícius de Melo. O direito fundamental à cidade sustentável e a atuação do Ministério Público: estudo de caso. In: **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 68, jan. 2011-abr.2011.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão**. Revista de Informação Legislativa, n. 101, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____. **Mandado de segurança**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre. **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.

MUKAI, Toshio. **Direito e legislação urbanística no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de injunção**. 2ª Ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

PINHEIRO, Gabriele Araújo; RODRIGUES, Wagner de Oliveira. **Direito fundamental à cidade sustentável e os dilemas do planejamento urbano no Estado Democrático de Direito**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 106/107. Jan./dez. 2011/2012.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª Ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIRES, Lilian Regina Gabriel. **Função Social da Propriedade Urbana e o Plano Diretor**. São Paulo: Editora Fórum, 2007.

ROCHA, Júlio César de Sá. **Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado**. São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 1999.

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAYAGO, Doris; PINTO, Mariana Oliveira. **Plano Diretor: instrumento de política urbana e gestão ambiental**. Disponível em <http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/vi_en/artigos/mesa3/des_urbano_meioambiente.pdf>. Acesso em 02 de abril de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luis Virgílio Afonso. **O Proporcional e o Razoável.** In **Revista dos Tribunais.** Ano 91, vol. 798, p. 23-45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOTAS:

[1] ROCHA, Júlio César de Sá. **Função ambiental da cidade:** direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado. São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 1999. Pág. 37.

[2] CARLOS, Ana Fani Alessandri. **A cidade.** São Paulo: Contexto, 1992. Pág. 57.

[3] BRITO, Fausto; SOUZA, Joseane. **A expansão urbana nas grandes metrópoles:** o significado das migrações intrametropolitanas e da modalidade pendular. São Paulo em perspectiva, Outubro- Dezembro de 2005. Pág. 48.

[4] IBGE. **Censo Demográfico 2010:** Trabalho e Rendimento, Educação e Deslocamento. Rio de Janeiro, IBGE, 2010.

[5] CARVALHO, JAM; GARCIA, R.A. **Estimativas decenais e quinquenais de saldos migratórios e taxas líquidas de migração no Brasil.** Belo Horizonte: CEDEPLAR-UFMG, 2003. Pág., 5.

[6] IBGE. **Censo Demográfico 2010:** Trabalho e Rendimento, Educação e Deslocamento. Rio de Janeiro, IBGE, 2010.

[7] SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2012. Pág. 28.

[8] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro.** São Paulo: Editora Saraiva. 2003. Pág., 377.

[9] PINHEIRO, Gabriele Araújo; RODRIGUES, Wagner de Oliveira. **Direito fundamental à cidade sustentável e os dilemas do planejamento urbano no Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, janeiro a dezembro de 2011/2012. Pág., 373.

[10] PINHEIRO, Gabriele Araújo; RODRIGUES, Wagner de Oliveira. **Direito fundamental à cidade sustentável e os dilemas do planejamento urbano no Estado Democrático de Direito.** Revista da

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 106/107. Jan./dez. 2011/2012. Pág., 106.

[11] ALVA, Eduardo Neiva. **Metrópoles (in) sustentáveis**. Rio de Janeiro: Relume Damará, 1997. Pág., 15.

[12] **Carta Mundial pelo Direito à Cidade**. Documento produzido através do Fórum Social das Américas - Quito - Julho 2004, Fórum Mundial Urbano - Barcelona - Setembro 2004 e V Fórum Social Mundial - Porto Alegre - Janeiro 2005.

[13] CUNHA JR., Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev., ampl. e atualizada. Bahia: Editora JusPodivm. 2010. Pág., 615

[14] GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Pág., 233.

[15] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores. 2006. Pág., 67.

[16] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. Pág., 563.

[17] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Pág., 204.

[18] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág., 211.

[19] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. e atual. Malheiros Editores: São Paulo, 2005. Pág., 817.

[20] PIRES, Lilian Regina Gabriel. **Função Social da Propriedade Urbana e o Plano Diretor**. São Paulo: Editora Fórum, 2007. Pág., 137.

[21] SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Pág., 139.

[22] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Atlas, 2013. Págs. 340 a 342.

[23] SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Pág., 141.

[24] CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. Pág., 3975.

[25] MORAES, Alexandre. **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, Pág., 21.

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

[27] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Coordenadores: José Adércio LEITE SAMPAIO; Álvaro Ricardo de SOUZA CRUZ. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001. p. 234.

[28] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15º ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 449.

[29] MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Pág., 258.

[30] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. Pág., 26.

[31] ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pág., 46.

[32] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág., 265.

[33] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. Pág., 323.

[34] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág., 265.

[35] PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª Ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Pág., 140.

[36] ACKEL FILHO, Diomar. Apud. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de injunção**. 2ª Ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pág., 53.

[37] PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª Ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Pág., 145.

[38] MACIEL, Adhemar Ferreira. **Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão**. Revista de Informação Legislativa, n. 101, 1989. Pág., 131.

[39] PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª Ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Pág., 191.

[40] ESTEVES, João Luiz Martins. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007. Pág., 76.

[41] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. Pág., 175.

[42] CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 24ª Ed – São Paulo: Malheiros, 2008. Pág., 407.

[43] PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª Ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Pág., 191.

[44] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Pág. 296.

[45] HAGE, Jorge. **A realização da constituição, a eficácia das normas constitucionais e o mandado de injunção**. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Ano 5, nº 9, p. 111-142, 1997.

[46] LIMA, Vinícius de Melo. O direito fundamental à cidade sustentável e a atuação do Ministério Público: estudo de caso. In: **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 68, jan. 2011-abr.2011. Pág., 49.

[47] PINHEIRO, Gabriele Araújo; RODRIGUES, Wagner de Oliveira. **Direito fundamental à cidade sustentável e os dilemas do planejamento urbano no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, janeiro a dezembro de 2011/2012.

[48] MUKAI, Toshio. **Direito e legislação urbanística no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. Pág., 3.

[49] SAYAGO, Doris; PINTO, Mariana Oliveira. **Plano Diretor**: instrumento de política urbana e gestão ambiental. Disponível em http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/vi_en/artigos/mesa3/des_urbano_meioambiente.pdf. Acesso em 02 de abril de 2017.

[50] CÂMARA, Jacintho Arruda et. al. **Estatuto da Cidade**: Comentário à Lei Federal 10.257/2001. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág., 324.

[51] SILVA, Luis Virgílio Afonso. **O Proporcional e o Razoável**. In **Revista dos Tribunais**. Ano 91, vol. 798, p. 23-45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Págs., 60 e 61.

[52] ANASTÁCIO, Rachel Bruno. **Mandado de injunção: em busca da efetividade da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Pág., 30.

[53] Voto do Ministro Celso de Melo, MI/708-DF, 19/09/2007.

CASO VARIG: UM ESTUDO PRÁTICO DOS INSTITUTOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DA FALÊNCIA

EMANUELA PILÉ DE BARROS TORRES: Advogada pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio, e graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

RESUMO: A Varig foi uma das mais bem sucedidas empresas brasileiras do ramo de aviação, a qual, todavia, no decorrer dos anos 80 e 90, passou a enfrentar sérios problemas financeiros, o que, em 2005, culminou no início de um processo de Recuperação Judicial. Tal processo, entretanto, não alcançou o êxito de restaurar a estabilidade financeira da empresa, motivo pelo qual, no ano de 2010, a Varig teve sua falência determinada. Uma vez que a Varig foi a primeira empresa brasileira a ter sua recuperação judicial processada em conformidade com a Lei 11.101/05, é pertinente fazer um estudo do citado caso, vez que através da sua análise é possível verificar a aplicação dos ditames legais que regem a recuperação empresarial e o processo falimentar no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o presente trabalho se propõe a, traçando um histórico daquela que um dia foi a maior companhia aérea do Brasil, demonstrar como se dá a aplicação da Lei 11.101/05 em um caso concreto, salientando a importância da manutenção da atividade empresarial, pois esse é o paradigma que rege a busca pela recuperação judicial das empresas, sendo a falência a última ferramenta a ser utilizada, vez que esta implica a extinção empresarial.

Palavras- chave: Varig; Recuperação judicial; Falência.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O PROCESSO FALIMENTAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A LEI Nº 11.101/05. 2. A HISTÓRIA DA VARIG. 3. O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA VARIG. 4. A FALÊNCIA DA VARIG. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A Varig, companhia criada no ano de 1927, foi uma das maiores e mais importantes empresas aéreas do Brasil, tendo como razões do seu crescimento a forma requintada com que tratava o seu cliente, bem como o intenso treinamento técnico e humano dos seus funcionários.

A empresa viveu sua época de ouro do fim dos anos 60 até o fim dos anos 70, superando a crise do petróleo, e se firmando no mercado internacional. Porém, a partir de meados dos anos 80, a Varig passou a ser intensamente afetada pelas mudanças político-econômicas ocorridas no Brasil, bem como pelas sucessivas falhas em seu setor administrativo, o que acabou por culminar naquilo que seria o início de uma grande crise econômico-financeira.

Por mais que tentasse se recuperar da situação de colapso financeiro, a Varig, no ano de 2005, ingressou em juízo com pedido de recuperação judicial, que teve seu processamento deferido no dia 22 de junho de 2005. Assim, a Varig foi a primeira grande empresa que teve o processamento de sua recuperação judicial em conformidade com a então nova Lei 11.101/2005. Cerca de cinco anos após ter iniciado a sua recuperação judicial, a Varig, não conseguindo superar a sua situação de insolvência, requereu em juízo a decretação de sua falência.

Com base nisto, o presente trabalho irá abordar a aplicação prática da Lei 11.101/05, a Lei de Recuperação Empresarial e Falência, tendo como base o estudo do caso da Varig. Desta forma, serão analisadas as inovações trazidas pela aludida Lei, observando as mudanças de paradigma no instituto da falência, bem como será feita uma breve exposição da história da Varig, demonstrando como se deu a aplicação prática da Lei de Recuperação Empresarial nos processos de recuperação judicial e falência desta empresa.

1. O PROCESSO FALIMENTAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A LEI Nº 11.101/05

O desenvolvimento econômico, cada vez mais acentuado com a inovação industrial e com o incremento de novas formas de produção, traz consideráveis mudanças na conjuntura socioeconômica mundial, salientando a importância da atividade empresarial na sociedade

contemporânea. Empresas em operação geram emprego, fortalecendo a economia do local em que estão instaladas, bem como, ao passo que fornecem às comunidades produtos e serviços, sustentam e suprem as necessidades humanas.

Neste contexto, a paralisação e a extinção de empresas insolventes através da decretação de sua falência possui efeitos desvantajosos: pessoas perdem seus empregos e, como consequência, suas fontes de renda, e há, ainda, a interrupção na produção e no fornecimento de bens e serviços necessários àqueles que deles usufruem. Assim, é mais benéfico, em grande parte das vezes, que estas empresas permaneçam em atividade, uma vez que desta forma podem vir a recuperar-se e a manter em operação seus trabalhos, contribuindo para a estabilidade e para o progresso socioeconômico.

A insolvência da empresa não deve mais ser vista apenas como uma patologia dos devedores desonestos: para além disso, a insolvência deve ser encarada como um evento comum à atividade empresarial, o qual exige a adoção de medidas que conduzam a empresa até sua total recuperação. Frente a esse paradigma, foi exigido que, em prol da manutenção da operação comercial, houvesse a revisão dos institutos do direito falimentar, o que culminou na elaboração da Lei 11.101/05. Tal norma consagrou a recuperação judicial como um instrumento processual capaz de guiar a gestão das empresas insolventes a favor da restauração total delas, deixando a falência apenas para aquelas realmente irrecuperáveis.

Foi com base no princípio da preservação da empresa, o qual consagra a função social da atividade empresarial, que pontos relevantes do direito falimentar foram alterados pela Lei 11.101/2005, como a substituição da figura da concordata pelo instituto da recuperação judicial. De acordo com o art. 47 da referida lei,

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos

trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Assim, em homenagem ao princípio da preservação da empresa, a nova lei concede às empresas em crise a oportunidade de reverter esta situação por meio da recuperação judicial, mantendo sua atividade econômica.

Todavia, caso a empresa esteja em uma situação de crise irreversível, ou caso a recuperação mostre-se de difícil consecução, conforme as hipóteses do art. 73 da Lei 11.101/05, não restará outra alternativa que não decretar a falência da empresa devedora. A falência é, pois, um instituto do regime jurídico empresarial que figura como uma execução especial para os devedores empresários em situação de grave insolvência. No processo falimentar, todos os credores são reunidos em concurso em um mesmo processo de execução contra a empresa insolvente. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a regra do concurso de credores na execução da empresa insolvente serve para evitar a injustiça, baseando-se na *par conditio creditorum*, ou seja, no tratamento paritário dos credores.^[1]

Em busca da perpetuação de suas atividades em um momento de crise financeira, no ano de 2005 a empresa aérea Varig S.A. teve deferido o processamento de sua recuperação judicial, sendo a primeira empresa brasileira a ser objeto de um processo de recuperação em conformidade com a então nova Lei 11.101/05. Todavia, vez que a empresa não conseguiu se recuperar, foi decretada no ano de 2010 a falência daquela que um dia foi a maior companhia aérea do país. Desta forma, através do estudo do caso da Varig é possível analisar a aplicação prática dos institutos da recuperação judicial e da falência conforme a disciplina da Lei 11.101/05.

2. A HISTÓRIA DA VARIG

A Viação Aérea Rio Grandense, a Varig, foi fundada no dia 7 de maio do ano de 1927, em Porto Alegre, sendo a primeira empresa aérea brasileira. Deu início às suas atividades operando a pequena rota que ficou

conhecida como “Linha da Lagoa”, ligando Porto Alegre, Pelotas e Rio Grande.

No ano de 1933, a Varig já operava em quase todo o estado do Rio Grande do Sul, demonstrando um crescimento em ritmo acelerado, aumentando não apenas a sua frota, mas também o seu prestígio entre as autoridades e o público em geral. Em 1942, a empresa aérea inaugura sua primeira rota internacional, ligando Porto Alegre a Montevideu. Em 1965, com a falência da Panair, então empresa aérea brasileira com maior malha internacional, a Varig assume as linhas da ex-concorrente para a Europa.

Muito embora a crise do petróleo no início dos anos setenta tenha sido um golpe muito forte para as empresas aéreas, a Varig conseguiu superá-la, fechando o ano de 1973 como uma das empresas mais lucrativas do mundo, vivendo sua “época de ouro”. Todavia, no final de 1982, o governo brasileiro pede ajuda ao Fundo Monetário Internacional, o que causou a interrupção dos financiamentos por parte dos bancos norte-americanos, obrigando a Varig a assinar um contrato em Yen com a Orient Leasing do Japão. A desvalorização do dólar frente à moeda japonesa, bem como a desvalorização do cruzeiro prejudicaram demasiadamente a empresa, decorrendo disso os seus primeiros problemas financeiros: as viagens internacionais sofreram um decréscimo enorme, e a taxa de ocupação dos vôos caiu vertiginosamente.^[2]

A mudança do panorama político brasileiro no ano de 1985, bem como os congelamentos de preço dos Planos Cruzado I e II no ano de 1986 ajudaram a piorar o quadro financeiro da Varig, a qual começou a ter problemas de liquidez. Nesse quadro, a empresa passou a ter que vender seu patrimônio para cobrir suas despesas, realizando operações para aumentar o dinheiro em caixa, como as de *sale and lease back* (acordo comercial pelo qual a propriedade é, simultaneamente, vendida e alugada de volta ao proprietário^[3]).

Nos anos seguintes o quadro não melhorou: a economia brasileira estava em colapso, e a sucessão de planos econômicos mal-sucedidos que tentavam conter a inflação só pioravam a situação. As companhias aéreas foram extremamente impactadas com a forte intervenção

governamental nas políticas de reajustes tarifários, a exemplo dos congelamentos das tarifas executados no governo Sarney. Com essas medidas, o custo para voar era mais alto do que o valor da tarifa fixado pelo governo, o que gerou para a Varig um prejuízo estimado em R\$ 6 bilhões, segundo cálculos realizados pela empresa até o ano de 2014. A empresa ingressou com ação contra a União a fim de receber a devida indenização em decorrência do aludido dano, a qual transitou em julgado no ano de 2014, determinando o STF o pagamento da devida indenização, valor que será usado para o pagamento de dívidas trabalhistas individuais e com o fundo de previdência Aerus, que reúne ex-funcionários e aposentados pela Varig.^[4]

No início dos anos 90, o quadro econômico da empresa não melhorou: com a política liberalizante, implementada no governo Collor, o mercado internacional ficou sendo disputado entre a Varig, a Vasp e a Transbrasil. A isso se soma a entrada de grandes empresas aéreas norte-americanas no mercado brasileiro, como a American, Delta e Continental Airlines, as quais passaram a ser concorrentes diretas da Varig. Ainda assim, a empresa aérea buscava renovar-se, investindo no crescimento da frota. Todavia, todo esse quadro econômico ocasionou uma queda considerável no patrimônio líquido da Varig, o qual em 1986 era avaliado em US\$ 867 milhões e, em 1993, era de US\$86 milhões.

Em 1997, a empresa apresentou uma tímida recuperação sob o comando de Fernando Pinto, entrando oficialmente para a *Star Alliance*^[5] no mesmo ano. Porém, em 1999, diante de uma nova superdesvalorização do real em relação ao dólar, e, conseqüentemente, uma queda nas viagens internacionais, a empresa volta a enfrentar mais uma crise financeira. No fim do ano de 2000, a Varig apresentava um patrimônio líquido negativo estipulado em meio bilhão de reais.

Não era só o quadro econômico da época que influenciava a recessão financeira da Varig: a empresa enfrentava problemas em sua administração, que, muito embora tentasse recuperar a empresa, não conseguia fazê-lo. Em 2002 houve uma proposta de empréstimo de cerca de R\$ 400 milhões por parte do BNDES, mas a Fundação Ruben Berta (FRB), órgão controlador da Varig, negou-se a assinar o memorando,

acabando com a possibilidade de negociação. Soma-se a isso o crescimento da concorrente TAM Linhas Aéreas e o surgimento da GOL, as quais apresentavam ao mercado um novo modelo de gestão, embasado na redução de custos.

No início do governo de Luís Inácio Lula da Silva houve a implementação de um plano de ajuda ao setor aéreo brasileiro, tendo o governo incentivado a formação de um acordo entre Varig e TAM, para a promoção de uma fusão, sendo a proposta oficializada pelo protocolo de entendimentos assinado pelo presidente da Varig em fevereiro de 2003. Os funcionários da Varig não receberam bem a notícia do acordo, o que gerou uma onda de manifestações nos aeroportos brasileiros.

O acordo chega ao fim em maio de 2005, uma vez que era difícil implementar a fusão diante da frágil situação da Varig, bem como das diferenças de gestão e “cultura” entre as duas empresas. No mesmo ano a Varig cancela parte de suas rotas, e perde participação no mercado doméstico, sendo ultrapassada pela Gol.

Com dívidas estimadas no valor de R\$ 7 bilhões, no dia 17 de junho de 2005, a Varig S.A., a Rio Sul Linhas Aéreas e a Nordeste Linhas Aéreas, empresas do mesmo grupo, entram com pedido de recuperação judicial. No dia 22 de junho do mesmo ano, o juiz da 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro defere o processamento da recuperação judicial das companhias, suspendendo todas as ações e execuções ajuizadas contra elas. A Varig foi uma das primeiras grandes companhias a ter sua recuperação judicial processada conforme a Lei nº 11.101/2005, sendo um caso de grande notoriedade.

3. O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA VARIG

Com o intuito de resolver a situação de crise de sua empresa, e de superar a insolvência sem precisar interromper suas atividades, o empresário que exercer regularmente suas atividades há mais de 2 anos, e que atender aos demais requisitos elencados no art. 48 da Lei 11.101/05, pode ir a juízo requerer a sua recuperação judicial. Geralmente, o pedido de recuperação judicial é feito antes de algum credor pedir a falência do

devedor: uma vez o empresário notando o início de uma crise em sua atividade, este já vai a juízo requerer sua recuperação. Todavia, salienta-se, é possível que o pedido de recuperação seja feito no prazo de contestação ao requerimento de falência, ou seja, após um credor pedir a falência do devedor.

Muito embora a lei não faça previsão a respeito, tem-se admitido o litisconsórcio ativo na recuperação judicial quando as sociedades empresárias autoras pertençam ao mesmo grupo econômico e atendam aos requisitos exigidos no art. 49 da Lei 11.101/05. Isso se deve ao fato de que, em havendo um grupo econômico de direito ou de fato, é possível prever que se uma das empresas vier a falir e a ter suas atividades encerradas, isso será nocivo à atividade da outra empresa participante do mesmo grupo. Neste sentido, a Varig S.A., a Rio Sul Linhas Aéreas e a Nordeste Linhas Aéreas, empresas do mesmo grupo econômico, ingressaram com pedido de recuperação judicial em litisconsórcio, no dia 17 de junho de 2005, sendo a petição inicial distribuída para a 8ª Vara Empresarial da Capital do Rio de Janeiro.

Muito embora a Varig fosse uma sociedade empresária sediada em Porto Alegre, observa-se que o seu pedido de recuperação foi distribuído no Rio de Janeiro. Isso se deve à regra do art. 3º da Lei 11.101/05, a qual estabelece que o pedido de recuperação deve ser feito no foro do principal estabelecimento do devedor. Assim, uma vez que a empresa aérea tinha o seu maior volume de negócios concentrado no Rio de Janeiro, tendo neste local o seu principal estabelecimento do ponto de vista econômico, é este o foro competente.

Fora os requisitos de legitimidade ativa expostos no art. 48, a empresa devedora deve, ainda, atender a outras condições formais e materiais exigidas na Lei. Neste sentido, o art. 51 da Lei 11.101/05 exige que petição inicial seja instruída com determinados documentos, a exemplo da relação de credores, das demonstrações contábeis e relatórios referentes aos 3 últimos exercícios, a relação de seus empregados, os documentos societários, a exposição de motivos que levaram a empresa ao estado de insolvência, dentre outros. Na ação de recuperação judicial em análise, foi designada pelo juízo a empresa Exato Assessoria Contábil para examinar se os requisitos contábeis exigidos pelo art. 51 foram

devidamente atendidos, designando, ainda, a empresa Cysneiros Vianna Advogados Associados para acompanhar os trabalhos da perícia, nomeando-lhe administrador judicial.

Caso a inicial não esteja devidamente instruída, faltando-lhe algum documento exigido na Lei, o juiz deve, a princípio, intimar a empresa requerente para que esta emende a inicial. Neste sentido, no caso Varig, após a perícia realizada para examinar os requisitos contábeis, o laudo indicou “pendentes de juntada complementar ou regularização os documentos apontados no corpo do próprio laudo, todos, acrescente-se, suscetíveis de atendimento”. Assim, o juiz da causa proferiu despacho determinando a manifestação dos autores acerca desses documentos, os quais procederam com a apresentação desses posteriormente.

Uma vez estando devidamente instruída a petição inicial, o art. 52 da Lei 11.101/05 estabelece que o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial. Assim, o juiz, após realizar um juízo sumário de cognição, defere o processamento da recuperação, atestando que a empresa atendeu aos requisitos exigidos na lei. Ressalta-se que isso não significa que houve a concessão da recuperação judicial, mas tão somente que foi dada à empresa requerente a oportunidade de ter a sua ação processada. Em 22 de junho de 2005, foi proferida decisão deferindo o processamento da recuperação judicial da Varig, nos seguintes termos:

“Isto posto, considerando presentes e atendidos os requisitos exigidos pelo artigo 51, da Lei nº 11.101, de 09.02.05, ratifico a nomeação da empresa CYSNEIROS VIANNA ADVOGADOS ASSOCIADOS como ADMINISTRADOR JUDICIAL, conforme fls. 1.659, (1) defiro o processamento da recuperação judicial; (2) determino a dispensa da apresentação de certidões negativas para que as devedoras exerçam suas atividades, exceto para a contratação com o Poder Público ou para o recebimento de benefícios ou incentivos fiscais creditícios, acrescendo, em todos os atos, contratos e documentos firmados pelas autoras, após o respectivo nome empresarial, a expressão "em Recuperação Judicial"; (3) ordeno a suspensão de todas as ações ou execuções contra as

devedoras, na forma do art. 6º da mesma lei, tudo nos exatos termos do item III do respectivo art. 52; (4) determino às devedoras a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto durar a recuperação judicial, sob a sanção da lei; (5) ordeno a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e todos os Estados e Municípios em que as devedoras tiverem estabelecimento, conforme elas próprias também informarão no mesmo prazo de 48 horas acima referido; (6) determino, finalmente, a expedição de edital para publicação no órgão oficial, que conterà os requisitos dos três itens do § 1º do mesmo art. 52. P.R.I. RIO DE JANEIRO, 22 DE JUNHO DE 2005. ALEXANDER DOS SANTOS MACEDO. JUIZ DE DIREITO.”

Do trecho da decisão em destaque é possível perceber que o juiz adotou as medidas descritas nos incisos do art. 52, como nomear o administrador judicial, que vai fiscalizar de perto a empresa durante a recuperação; ordenar a suspensão de todas as execuções ou ações contra a empresa devedora, entre outras medidas.

Após publicada a decisão que defere o processamento do pedido de recuperação, a empresa devedora terá sessenta dias para apresentar em juízo o seu plano de recuperação, sob pena de ter decretada sua falência. Este plano deverá ser elaborado de forma cuidadosa, uma vez que é de extrema importância para o eventual sucesso do pedido de recuperação, não sendo ele uma mera formalidade. Segundo o art. 53, o plano deverá conter:

“I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica;
e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por

profissional legalmente habilitado ou empresa especializada”

Em seu plano de recuperação judicial, a Varig S.A., a Rio Sul e a Nordeste, além de atentar ao estabelecido em lei, destacaram a relevância sócio-econômica das companhias para o país, salientando que elas constituem “a maior empresa aérea de transporte de passageiros do Brasil, com uma participação média de 58% dos passageiros transportados durante os últimos cinco anos, sendo de 84% no mercado internacional e 36% no doméstico”, sendo responsáveis pela geração de muitos empregos e renda. Também, relatam as causas que contribuíram para a situação de crise da empresa, apresentam a classificação dos credores e o valor devido a cada classe, bem como estruturam o plano de recuperação da seguinte forma: plano de reestruturação operacional (que inclui o planejamento de rede e frota; vendas, distribuição e marketing; manutenção e engenharia, operações de vôo, etc), e plano de reestruturação financeira (que envolve formação de consórcio, capitalização e recuperação das companhias, venda de ativos, reestruturação das obrigações financeiras, etc), sempre traçando medidas de longo e curto prazo. Uma das medidas mais notórias proposta no plano, foi a de criar uma Nova companhia, que funcionaria como uma Unidade Produtiva Isolada, para a qual seria transferida parte dos negócios das três companhias, o que, segundo alegava o plano, viabilizaria a obtenção de dinheiro novo.

Depois que a empresa devedora apresenta o seu plano de recuperação judicial, o juiz ordenará a publicação de edital para fins de notificar os credores do recebimento do plano. Cabe a estes últimos analisar o plano e decidir se o devedor deve ter a concessão da recuperação ou não. Assim, poderão os credores apresentar objeções ao plano no prazo de trinta dias, contados da publicação da relação preliminar de credores que o administrador judicial elaborará.

Se nenhum credor interpuser objeções aos termos do plano de recuperação judicial, haverá uma aprovação tácita do deste. Todavia, se for apresentada alguma objeção por parte de qualquer credor, o juiz deverá

convocar a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação, nos termos do art. 56 da Lei 11.101/05.

No caso em análise, foram apresentadas objeções ao plano de recuperação, convocando-se assembléia de credores para deliberação. O plano foi aprovado em 19 de dezembro de 2005, sendo objeto de Detalhamento, o qual foi aprovado pela Assembléia Geral de Credores em 23 de fevereiro de 2006.

O art. 58 da Lei 11.101/05 dispõe que, uma vez aprovado o plano pela Assembleia Geral de Credores, o juiz concederá a recuperação judicial. Proferida esta decisão, o credor fica em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem em até 2 anos depois da concessão da recuperação. Todavia, frisa-se que, durante este tempo, não é proibida a modificação do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores. Isso porque o quadro econômico da atividade empresarial sofre mudanças constantemente, o que pode implicar na necessidade de adaptação do plano. Caso seja necessário realizar mudanças no plano, deve ser convocada nova Assembléia de Credores com o fim de deliberar sobre as modificações.

Neste sentido, em 09 de maio de 2006 as Companhias propuseram aos credores, reunidos em Assembléia Geral de Credores, a alteração do Plano anteriormente aprovado, objetivando que fosse autorizada a alienação judicial de uma das unidades operacionais isoladas da Varig, tudo isso em razão da queda acentuada do faturamento das companhias.

A Varig é arrematada por 24 milhões de dólares, no dia 20 de julho de 2006, pela VRG Linhas Aéreas, empresa pertencente ao grupo da Varig Log, ex-subsidiária da Varig, a qual houvera sido vendida para o Grupo TAP em janeiro de 2006. Logo depois, no dia 28 de março de 2007, a Gol Linhas Aéreas compra, por um valor de 275 milhões de dólares, o controle da Varig. Disto surgiu a fusão da Gol com a VRG, e a divisão da Varig em duas empresas: a VRG Linhas Aéreas, que passa a ser a “nova” Varig, e a Flex Linhas Aéreas S.A..

No dia 01 de setembro de 2009, o juiz da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro decretou o encerramento da recuperação judicial das companhias, afirmando que, durante os dois anos de consecução do plano

de recuperação, houve o cumprimento do plano e das obrigações correlatas, tudo nos termos do art. 63 da Lei 11.101/05. Determinou, ainda, que em 15 dias fosse apresentado pelo administrador judicial relatório da execução do plano, bem como que, em 30 dias, fosse realizada prestação de contas. A sentença não transitou em julgado, havendo renúncia do Gestor eleito pelos credores na forma do art. 65, sendo nomeado em fevereiro de 2010 novo Administrador e Gestor Judicial.

4. A FALÊNCIA DA VARIG

Como já foi dito anteriormente, a falência se desenvolve como uma execução especial, na qual todos os credores são reunidos em concurso, com o objetivo de executar conjuntamente a empresa devedora. Neste sentido, a falência tem natureza jurídica híbrida, ao passo que ora se apresenta como norma processual, ora se apresenta como norma material. Ao mesmo tempo em que regula a execução concursal do devedor empresário, o que demonstra o seu caráter processual, a legislação falimentar também regula os efeitos da decretação da falência em relação aos bens e aos contratos, por exemplo, apontando um caráter material.

Diante da crise econômico-financeira, não sendo mais vislumbrada a possibilidade de uma recuperação viável, resta requerer em juízo a falência. Esta envolverá um procedimento de liquidação do patrimônio do empresário ou sociedade empresária insolvente, passando-se, pois, a realizar o seu ativo e, com os valores apurados, saldar o patrimônio passivo.^[6]

São três os pressupostos da falência: a qualidade de empresário do devedor, o seu estado de insolvência, e a decretação de falência por meio de sentença. A chamada fase pré-falimentar vai do pedido de falência até a sua decretação por meio de sentença. Conforme ensina Ricardo Negrão, o procedimento pré-falimentar tem natureza cognitiva, na qual, sumariamente, o magistrado irá conhecer os fatos trazidos pelo autor e, ao final, decretará ou não a falência do devedor.^[7]

O sujeito passivo do pedido falência é o empresário ou a sociedade empresária, nos termos do art. 1º da Lei 11.101/05. Já o sujeito ativo, nos

termos do art. 97 da Lei 11.101/05, pode ser: o próprio devedor; o cônjuge sobrevivente, o herdeiro do devedor ou o inventariante; o cotista ou acionista do devedor; ou qualquer credor.

É extremamente raro, na prática, que o próprio devedor requeira a sua autofalência, muito embora a lei, em seu art. 105, imponha ao devedor em crise econômico- financeira o dever de requerer a sua própria falência, expondo as razões de impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial e instruindo a petição com os documentos exigidos no aludido dispositivo. A doutrina destaca que a lei não prevê nenhum tipo de sanção à empresa em crise que deixar de requerer ao juízo sua falência^[8]. Todavia, na sentença de decretação de falência da Varig, a juíza salientou que há o dever de requerer a falência, sob pena de responsabilização dos administradores da sociedade, na forma do art. 82 da Lei.

Neste sentido, a própria Varig S.A., neste momento chamada Flex, a Rio Sul Linhas aéreas e a Nordeste linhas aéreas, representadas pelo Administrador Judicial, também Gestor Judicial, requereram a sua autofalência, ante a grave situação de insolvência pela qual passavam. Alegaram que, mesmo após o período de recuperação judicial, as companhias não conseguiram se recuperar, operando sempre em prejuízo. O próprio gestor judicial reforçou que não vislumbrava nenhuma possibilidade de superação da situação de crise, não restando outra saída que não a decretação da falência.

Muito embora tenham sido realizadas alienações de ativos da Varig, transferência de controle das sociedades VarigLog e Vem, bem como a alienação judicial de unidade produtiva, dentre outras medidas visando a recuperação da empresa, não se conseguiu ultrapassar a crise econômico- financeira da Varig/Flex.

Como já dito acima, para ter o pedido de falência decretado é essencial que se demonstre o estado de insolvência da empresa. O art. 94 da Lei 11.101/05 aponta sistemas determinantes da insolvência: estado patrimonial deficitário, que é a insuficiência do ativo do empresário para saldar o passivo; a cessação de pagamentos, que gera a presunção de insolvibilidade; a impontualidade, que é o não pagamento injustificado de

determinada obrigação líquida no seu vencimento; e a prática de atos de falência, enumerados no inciso II do art. 94, e taxados no inciso III do mesmo dispositivo.

Nota-se, desta forma, que mesmo tratando-se de pedido de autofalência, ainda assim é necessário que a empresa demonstre que está em situação de insolvência, fazendo jus ao procedimento falimentar. Isso se deve ao fato de que empresas devedoras, mas não insolventes, possam deliberadamente pedir falência para não pagar da forma devida determinados credores, configurando verdadeira fraude de credores.

Assim, o Gestor judicial, ao alegar a insolvência da Varig, dentre outros argumentos, informou atrasos no pagamento dos salários dos operadores dos serviços de rádio, que, inclusive, tinha ameaçado entrar em greve. Afirmou que isso ameaçava a prestação desses serviços, e que, caso paralisados esses, haveria a interrupção do tráfego aéreo nas estações que orientam os pilotos nas decolagens e pousos.

A intervenção do Ministério Público no processo de falência, bem como na fase pré-falimentar, é tema de grandes debates, uma vez que a lei não obriga, diretamente, a participação do *parquet* no trâmite da falência. Todavia, conforme vêm entendendo a jurisprudência, “a decretação da falência tem efeitos graves na economia, sendo necessário e imprescindível que o Ministério Público, como fiscal do fiel cumprimento da lei, seja chamado a opinar antes da sentença.”^[9]

Destarte, conforme orientação do art. 189 da Lei 11.101/05, em consonância com os artigos 81 a 85 do Código de Processo Civil, o Ministério Público foi chamado para dar parecer em relação ao pedido de falência da Varig, o qual opinou pela decretação da falência, e pela concessão de autorização para que o Administrador Judicial paralisasse a prestação dos serviços das rádios, bem como que se procedesse com a locação dos equipamentos para a permissionária escolhida pelo Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo, conforme requerido pelo Gestor Judicial.

De acordo com o art. 75 da Lei 11.101/05, “a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”. Deste trecho, destacam-se dois princípios que regem o Direito falimentar: a preservação da empresa, e a maximização dos ativos.

Na sentença de decretação de falência da Varig é notória a preocupação com a preservação da atividade empresarial, uma vez que a própria juíza afirma que “as requerentes desempenham duas atividades empresariais que, se paradas abruptamente, trarão desvalorização do ativo e, principalmente, colocarão em risco a atividade empresarial de terceiros e a segurança do trânsito aéreo”. As referidas atividades são as de prestação de serviços de treinamento de aeronautas, e a prestação de serviços de comunicação por meio de estação de rádio.

A decretação da falência da empresa devedora não significa, necessariamente, o fim da atividade empresarial por ela exercida: a atividade pode, por exemplo, ser continuada sob a responsabilidade de outro empresário, se o estabelecimento empresarial do devedor for vendido, nos termos do art. 140, I da Lei 11.101/05. Neste sentido, a juíza da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, na sentença que decretou a falência da Flex (antiga Varig), determinou que esta continuasse operando os serviços de comunicação por meio de estações de rádio, por um período de duas semanas. Isso com o objetivo de não causar interrupção do tráfego aéreo e desvalorização dos ativos. Depois desse período, a juíza determinou que a atividade seria transferida para a empresa de aviação Trip Linhas Aéreas S.A.. Ainda, determinou que, mesmo após a falência, deveriam ser continuados os serviços de treinamento de aeronautas, para não causar desvalorização dos ativos, nem prejuízos a terceiros e ao público consumidor.

Isso objetiva preservar e otimizar a utilização produtiva dos ativos, dos bens e dos recursos produtivos da empresa falida. Desta forma, quando no curso do processo de falência forem vendidos os bens da empresa, será mais fácil de conseguir interessados em adquirir o estabelecimento empresarial, obtendo um preço justo por este, angariando

dinheiro que será utilizado para o pagamento dos credores, promovendo, assim, a maximização dos ativos.

Caso o pedido de falência seja julgado procedente, uma vez que atende aos pressupostos legais, e caso durante o prazo de contestação não tenha havido o depósito elisivo, ou seja, não tenha a empresa devedora procedido com o depósito do valor correspondente ao total do crédito cujo não pagamento gerou impontualidade ou execução frustrada, será proferida sentença decretando a falência da empresa devedora, instaurando, assim, o processo de execução concursal do empresário falido. No caso Varig, a sentença decretando a falência da empresa aérea foi proferida no dia 20 de agosto de 2010.

Atendendo ao exigido no art. 99, II, da Lei 11.101/05, a sentença que decretou a falência da Varig apresentou termo legal de falência no nonagésimo dia anterior ao primeiro protesto por falta de pagamento. A fixação de tal termo é de extrema importância, uma vez que este “estabelece o espaço de tempo imediatamente anterior à declaração da falência dentro do qual os atos eventualmente praticados pelo falido são considerados suspeitos de fraude”.[\[10\]](#)

Em respeito aos incisos III e IV do art. 99, a juíza determinou que deveria ser aproveitado o quadro de credores da recuperação judicial, marcando, ainda, o prazo de 15 dias para os credores apresentarem suas habilitações de crédito. Já em consonância com o inciso VI, do art. 99, proibiu a juíza a prática “de qualquer ato de disposição ou oneração de bens da falida e daqueles que estão também sob os efeitos da falência, ressalvados os bens inerentes a atividade de comunicação por rádio categoria ‘A’”. Também, determinou que fossem realizadas as publicações e comunicações previstas no art. 99, VIII, X, XIII e parágrafo único da Lei 11.101/05.

Em cumprimento ao estabelecido no inciso IX do art. 99, a juíza nomeou como administrador judicial a Licks Contadores Associados, representada por Gusta Licks, grupo que já era Administrador Judicial na recuperação judicial, tendo a sentença apenas mantido este na função. O administrador judicial é de fundamental importância no processo de

falência. Ele auxilia o juiz, exercendo diversas atribuições de cunho administrativo que a lei lhe confere, bem como representando legalmente a massa falida subjetiva, que é a comunidade de credores que se instala com a decretação da falência, e procedendo com a arrecadação dos bens do devedor falido.

A Fundação Ruben Berta, controladora da Varig/Flex, entrou com agravo em face da sentença que decretou a falência da empresa aérea, nos termos do art. 100 da Lei 11.101/05. Desta forma, cerca de um mês após ser decretada a falência, esta foi suspensa pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, até que fosse apreciado o recurso.^[11]

Após ser decretada a falência por meio de sentença que tem natureza constitutiva, é instaurado um novo regime jurídico aplicável ao devedor, o qual trará repercussões a toda sua esfera patrimonial e jurídica^[12]. Depois de sua edição, a pessoa, os bens, os atos jurídicos e os credores do empresário falido são submetidos a um regime jurídico específico, diverso do regime geral do direito obrigacional, sendo gerados uma série de efeitos.^[13] Dentre esses efeitos, destaca-se a formação da massa falida objetiva, ou seja, a arrecadação de todos os bens do devedor, com exceção dos absolutamente impenhoráveis.

Durante o processo falimentar ocorrerá a chamada realização do ativo, nos termos do art. 139 da Lei 11.101/05, que consiste, de forma simplória, na venda dos bens da massa falida. Os valores conseguidos a partir da venda desses bens serão utilizados para o pagamento dos credores habilitados no processo. Assim, no presente momento, o processo de falência da Varig continua em andamento, sendo realizados diversos Leilões com o fim de vender os bens da massa falida, tudo conforme o art. 142 da Lei 11.101/05.

CONCLUSÃO

O momento de crise é encarado, atualmente, como um acontecimento comum à atividade empresarial. A recuperação de uma empresa insolvente demanda planejamento, estratégia, e atuação dos administradores da empresa de comum acordo com os seus credores, não sendo uma tarefa fácil.

A preservação da atividade empresarial deve ser vista como uma prioridade, uma vez que o encerramento dessa acarreta sérias conseqüências para toda a sociedade, já que a empresa é fonte de renda e de trabalho, bem como geradora de riquezas para todo o país, de certa forma. Por esta razão, a Lei 11.101/05 trouxe como novidade a possibilidade de a empresa requerer em juízo a sua recuperação judicial, promovendo a quitação das suas dívidas sem precisar interromper suas atividades.

Todavia, caso a recuperação judicial mostre-se inviável, estando a empresa em uma crise irreversível, não haverá outra saída senão requerer a decretação da falência da empresa. Nesta, haverá a execução da massa falida, a fim de promover o pagamento dos débitos na medida do possível, atuando os credores em verdadeiro concurso.

A Varig passou cerca de 5 anos em recuperação judicial, implementando uma série de medidas com o fim de pagar os valores devidos aos seus credores, executando plano de recuperação devidamente aprovado em Assembléia Geral de Credores. Porém, no ano de 2010, a própria empresa requereu sua falência, alegando que estava em um estado de insolvência irreversível.

Através da análise da história da Varig, bem como dos seus respectivos processos de recuperação judicial e falência, é possível ver como as circunstâncias político- econômicas de um país podem influenciar a atividade empresarial, seja positiva ou negativamente. No presente caso, a Varig chegou a uma crise econômico- financeira em decorrência não só de falhas no seu setor administrativo e gerencial, mas também em conseqüência dos planos econômicos implementados nos governos a partir dos anos 80, bem como em razão da desvalorização da moeda brasileira em comparação ao dólar, dentre outros fatores.

Apesar dos esforços despendidos para que a Varig se recuperasse, não foi possível fazer com que esta voltasse ao estado de solvência. Desta forma, restou a falência àquela que um dia foi uma das maiores empresas brasileiras, processo falimentar este que ainda encontra-se em processamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAETA, Zínia. **Processo de falência da Varig é suspenso**. Disponível em <http://www.tmabrasil.org/pt-br/materias/noticias-na-midia/processo-de-falencia-da-varig-e-suspenso>. Acesso em [18/07/2015](#).

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 8. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Pág. 421.

HELMS, Henrique. **O Panorama da aviação nacional de 1986 a 2006 e a quebra da Varig**. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/2347/1/425648.pdf>. Acesso em [15/07/2015](#).

OLIVEIRA, Mariana. Supremo manda União indenizar Varig por congelamento de tarifas. Disponível em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/03/supremo-manda-uniao-indenizar-varig-por-congelamento-de-tarifas.html>. Acesso em [15/07/2015](#).

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 4. Vol. São Paulo: Atlas, 2006.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas e falência**. 7. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Editora Método, 2010.

JURISPRUDÊNCIA

TJDFT, 5ª Turma Cível, Processo 20070020034701 AGI/DF, Acórdão 275973, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, j. 13.06.2007, DJU, 27.07.2007, p. 121.

REsp 752.624/PR, Rel. Min Sidnei Benetti, 3ª Turma, j. 10/11/2009, DJe 23/11/2009.

NOTAS:

[1] COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 8. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. Pág. 303.

[2] HELMS, Henrique. **O Panorama da aviação nacional de 1986 a 2006 e a quebra da Varig**. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/2347/1/425648.pdf>. Acesso em 15/07/2015.

[3] Disponível em <http://catenaecastro.com.br/sale-leaseback>. Acesso em 16/07/2015.

[4] OLIVEIRA, Mariana. Supremo manda União indenizar Varig por congelamento de tarifas. Disponível em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/03/supremo-manda-uniao-indenizar-varig-por-congelamento-de-tarifas.html>. Acesso em 15/07/2015.

[5] Aliança de companhias aéreas global, com sede em Frankfurt na Alemanha, da qual fazem parte empresas como Air Canada, Lufthansa, Scandinavian Airlines, Thai Airways International e United Airlines, Avianca e Asiana Airlines.

[6] MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 4. Vol. São Paulo: Atlas, 2006. Pág. 307.

[7] NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas e falência**. 7. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Pág. 286.

[8] RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Editora Método, 2010. Pág. 522.

[9] TJDFT, 5ª Turma Cível, Processo 20070020034701 AGI/DF, Acórdão 275973, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, j. 13.06.2007, DJU, 27.07.2007, p. 121.

[10] REsp 752.624/PR, Rel. Min Sidnei Benetti, 3ª Turma, j. 10/11/2009, DJe 23/11/2009.

[11] BAETA, Zínia. **Processo de falência da Varig é suspenso**. Disponível em <http://www.tmabrazil.org/pt-br/materias/noticias-na-midia/processo-de-falencia-da-varig-e-suspenso>. Acesso em 18/07/2015.

[12] RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Editora Método, 2010. Pág. 555.

[13] COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Pág. 421.

LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE COM BASE NO CASO DO GRUPO AGRENCO (BRASIL)

RICARDO MIRANDA BARBOSA:
Advogado. Bacharel em Direito pela
Universidade Federal de Pernambuco -
UFPE.

RESUMO: O presente artigo busca analisar como é utilizada a Lei de Falências e Recuperação de Empresas, nº 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005 (“LFRE”) na prática forense brasileira, aproveitando, como base, o plano de recuperação judicial do GRUPO AGRENCO (BRASIL) e também seu processo de falência.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação judicial. Falência. Grupo Agrenco (Brasil).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. História do direito falimentar; 2.1. Direito falimentar no Brasil; 3. Princípios importantes; 4. da recuperação judicial; 4.1. O pedido de recuperação judicial; 4.2. O plano de recuperação judicial; 5. Da falência; 5.1. A fase pré-falimentar; 5.2. O processo falimentar; 6. O caso do Grupo Agrenco (Brasil); 7. Conclusão; 8. Referências

1. INTRODUÇÃO

Todo processo de falência começa da mesma forma: com a insolvência da empresa. Ao passo que os ativos não são mais suficientes para pagar todas as dívidas que ela adquiriu, a empresa vai enfrentar uma crise financeira que pode gerar a sua falência, caso ela não consiga se recuperar. Nas palavras de Sérgio Campinho^[1]:

“a crise econômico-financeira constitui-se em um fenômeno tradutor de um desequilíbrio entre os valores realizáveis pelo devedor e as prestações que lhe são exigidas pelos credores. Espelha, assim, sob o ponto de vista econômico, um efeito patológico do funcionamento do crédito”.

O presente trabalho busca fazer uma análise do procedimento que levou o GRUPO AGRENCO (BRASIL) a falir. Para isso, é necessário fazer uma análise de alguns dos mais importantes institutos do processo falimentar e da recuperação judicial, fundamentais para que seja possível entender o caso em destaque.

Para realizar o estudo da matéria, como é de praxe, é importante entender melhor seu desenvolvimento histórico, para compreender como ela mudou ao longo do tempo, quais contextos históricos favoreceram para que o direito falimentar tivesse sempre em mudança, visando exatamente tutelar os ânimos sociais de cada época.

É fundamental, também, analisar os princípios norteadores da matéria, pois eles explicam muito o porquê de cada caminho ser percorrido, com fundamental destaque para o princípio da preservação da empresa, de grande importância prática atualmente, estando, inclusive, sendo usado para fundamentar inúmeras decisões judiciais sobre o tema.

Por fim, usaremos todos os institutos analisados para a melhor elucidação do caso do GRUPO AGRENCO (BRASIL).

2. HISTÓRIA DO DIREITO FALIMENTAR

A maior parte da doutrina aceita que o direito falimentar tem sua origem mais remota no Império Romano. Até mesmo Sebastião José Roque^[2], para quem o Direito Falimentar é fruto do século XVI, por entender que a mentalidade do povo romano não permitira a existência nem de um Direito Empresarial, tampouco do falimentar, aceita que os fundamentos do direito falimentar podem ser encontrados na Roma Antiga. Para o autor, a falência seria uma “moderna figura jurídica calcada no figurino romano”.

Nos primeiros anos do Império Romano, a pessoa do devedor era a garantia do credor. O devedor respondia por suas obrigações com sua liberdade, seu corpo ou até sua própria vida.

Isso mudou com a edição da *Lex Poetelia Papiria*, em 428, a.C., que imprimiu um abrandamento sensível nos meios de execução das dívidas do devedor insolvente, porquanto a execução não mais poderia recair obre a pessoa do devedor, mas apenas sobre o seu patrimônio.

Surgiu então, a dúvida: quando o devedor não possuísse bens suficientes, como ele pagaria aos seus credores? Segundo André Santa Cruz[3], a resposta mais antiga para essa questão veio com o Código Justiniano:

“(...) no direito de Justiniano havia a previsão de uma execução especial contra o devedor insolvente: tratava-se da chamada *missio in possessio bonorum*, por meio da qual os credores adquiriam a posse comum dos bens do devedor, os quais, por sua vez, passavam a ser administrados por um curador, o *curador bonorum*. A partir de então, os credores adquiriam, conseqüentemente, o direito de vender os bens do devedor, com o intuito de saldar a dívida que este tinha em relação àqueles”.

Até aqui, como visto, havia um tratamento muito repressivo ao falido. Era uma punição por ter agido com má-fé nos negócios, pois não possuía fundos para pagar as obrigações assumidas.

Na Idade Média, o Direito Comercial e Falimentar foi organizado e sistematizado, na civilização das comunas, formando características presentes até hoje.

O Poder Judiciário começou a ganhar destaque, pois passou a condicionar a atuação dos credores. Como explica o professor Amador Paes de Almeida[4], havia a obrigatoriedade de os credores habilitarem-se em juízo, por onde se processa a arrecadação dos bens do devedor, atribuindo-se ao juiz a função de zelar para que se guardasse e vendesse os bens do devedor, partilhando-se o produto entre os credores.

Contudo, as regras na Idade Média ainda eram aplicadas a qualquer espécie de devedor, fosse ou não comerciante, e ainda

mantinham seu caráter extremamente repressivo, existindo, por exemplo, a pena de infâmia, que ainda era cominada com outras penas vexatórias.

Tudo mudou com a Codificação Napoleônica, que foi o primeiro a separar o direito civil do direito comercial, a partir da teoria dos atos de comércio. A partir daí começou a existir um conjunto de normas específicas para o Direito Falimentar, aplicáveis somente aos comerciantes. Apesar desses avanços, o Código Napoleônico não chegou a alterar ainda o caráter repressivo e punitivo ao devedor.

Com o passar do tempo, a sociedade foi observando que nem só o empresário desonesto ficava insolvente, que é algo que pode acontecer com qualquer um que enfrentar uma crise econômica, cada vez mais comum ao passar dos anos e do desenvolvimento do sistema capitalista.

Aos poucos, foi reconhecida a importância da função social da empresa, visualizando os efeitos negativos que o fechamento de uma empresa pode causar à sociedade, como o desemprego e o retrocesso econômico e social. Então, foi visto que a recuperação do devedor em crise poderia ser mais benéfica do que a sua imediata exclusão do meio empresarial. É este o pensamento atual, de modo que o Direito Falimentar busca sempre a recuperação da empresa, restando a falência somente àquelas que estão em situação realmente irrecuperável.

2.1. DIREITO FALIMENTAR NO BRASIL

No início do Brasil Colônia, o direito português era aplicado no país, que aplicava as Ordenações Afonsinas, que não traziam nenhuma distinção entre direito civil e empresarial. Em 1521, surgiu em Portugal as Ordenações Manuelinas, elaboradas pelo Rei D. Manoel, que previam que o devedor falido seria preso até pagar o que devia aos credores, ou poderia ceder seus bens aos credores, evitando assim sua prisão.

No ano de 1603, surgiram as Ordenações Filipinas, de origem espanhola, mas que foi aplicada aqui por causa da União Ibérica, submetida ao Reino de Castela. Nessa fase, sendo o devedor condenado

por sentença que transitasse em julgado, era executado e tinha seus bens penhorados, podendo, inclusive, ser preso se não pudesse pagar.

Com a abertura dos portos brasileiros às nações amigas, após a chegada da Família Real ao Brasil, houve uma grande pressão popular para a propositura de uma lei nacional, que atendesse às exigências brasileiras da época. Nesse contexto, foi formada a "Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábrica e Navegação", que deveria tornar viável a ideia de criar um direito comercial brasileiro. Ela cumpriu seu objetivo com a promulgação, em 1850, do nosso Código Comercial, pela lei 556, que em sua terceira parte trazia um capítulo reservado "às quebras", o início do nosso direito falimentar.

O novo código comercial, contudo, foi muito criticado pelos especialistas, tendo sofrido muitas alterações com o Decreto 917/1890, 40 anos após sua promulgação. Como explicou Celso Marcelo de Oliveira^[5], sobre as características desse decreto:

"Essa nova lei trouxe as esperanças de conter a fraude, sendo considerada um marco para o andamento em matéria de falência, caracterizando-se pelo estado de falência por atos ou fatos previstos na lei e na impontualidade do pagamento da obrigação mercantil líquida e certa, tendo instituído como meios preventivos à moratória, a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva".

A partir de então vários decretos foram criados e revogados, alterando o dispositivo em comento, até que foi editado, o Decreto-lei 7.661, em 1945, que regulou o direito falimentar brasileiro por 60 anos. Algumas de suas principais mudanças foram a abolição das Assembleias dos Credores, diminuindo a influência destes, reforçando os poderes dos magistrados, a extinção da figura do liquidatário e a concordata, preventiva e suspensiva, deixou de ser um contrato, para ser um benefício concedido pelo Estado, através do Juiz, ao devedor.

Com a globalização comercial, que foi muito acentuada nas décadas de 80 e 90, houve a necessidade de uma nova reforma legislativa.

Com isso, em 1993, foi apresentado um novo projeto de lei. Após mais de 10 anos tramitando no Congresso Nacional, com inúmeras emendas e modificações, o projeto foi aprovado, dando origem à Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a “Lei de Recuperação Judicial”, ou “Lei de Falência”, vigente até os dias atuais.

André Santa Cruz^[6], de forma sintética, enumerou algumas das principais alterações trazidas pela lei:

“(i) a substituição da ultrapassada figura da concordata pelo instituto da recuperação judicial; (ii) O aumento do prazo de contestação, de 24 horas para 10 dias; (iii) a exigência de que a impontualidade injustificada que embasa o pedido de falência seja relativa à dívida superior a 40 salários-mínimos; (iv) a redução da participação do Ministério Público no processo falimentar; (v) a alteração de regras relativas ao síndico, que passa a ser chamado agora de administrador judicial; (vi) a mudança na ordem de classificação dos créditos e a previsão de créditos extraconcursais; (vii) a alteração nas regras relativas à ação revocatória; (viii) o fim da medida cautelar de verificação de contas; (ix) o fim do inquérito judicial para apuração de crime falimentar; e (x) a criação da figura da recuperação extrajudicial”.

Após ser publicada, a lei 11.101/05 sofreu duas ações direitas de constitucionalidade – a ADI 3.424, que ainda não foi julgada, e a ADI 3.934, julgada improcedente, cujo acórdão está transcrito abaixo – impetradas, respectivamente, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e pelo Partido Democrático Trabalhista.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI 11.101/2005. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. ADI JULGADA IMPROCEDENTE.

I - Inexiste reserva constitucional de lei complementar

para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial.

II - Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas.

III - Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários.

IV - Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho.

V - Ação direta julgada improcedente.

3. PRINCÍPIOS IMPORTANTES

Existem vários princípios importantes para se compreender o estudo da falência e da recuperação judicial, e alguns serão analisados agora neste trabalho.

Os mais importantes são o Princípio da Preservação da Empresa e o Princípio da Função Social da Empresa. Os dois estão relacionados, visto que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, garante a propriedade privada como um direito fundamental. A empresa, por se tratar de uma propriedade, deve cumprir uma função social perante a sociedade.

O Princípio da Preservação da Empresa, como é claro, normatiza a regra que é preciso tentar sempre salvar a empresa, uma vez que seja viável economicamente. É um princípio clássico do direito empresarial, muito utilizado pela jurisprudência, como caso abaixo:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA AJUIZADA SOB AÉGIDE DO DECRETO-LEI 7.661/1945. IMPONTUALIDADE. DÉBITO DE VALOR ÍNFIMO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1. O

princípio da preservação da empresa cumpre preceito da norma maior, refletindo, por conseguinte, a vontade do poder constituinte originário, de modo que refoge à noção de razoabilidade a possibilidade de valores inexpressivos provocarem a quebra da sociedade comercial, em detrimento da satisfação de dívida que não ostenta valor compatível com a repercussão sócio-econômica da decretação da quebra. 2. A decretação da falência, ainda que o pedido tenha sido formulado sob a sistemática do Decreto-Lei 7.661/45, deve observar o valor mínimo exigido pelo art. 94 da Lei 11.101/2005, privilegiando-se o princípio da preservação da empresa. Precedentes. 3. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1023172 SP 2008/0012014-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/04/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/05/2012)

No julgado acima, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, para ser decretada a falência da empresa, ela realmente deve estar em uma crise insuperável. Valores proporcionalmente insignificantes não podem levar à quebra da empresa. É preciso que seja feito um balanço comparando os valores realizáveis pelo devedor e as prestações que lhe são exigidas pelos credores. Tudo isso com base no princípio ora em análise.

O princípio da preservação da empresa, entretanto, deve sujeitar-se a certos limites, não podendo ser em termos absolutos interpretados, devendo ser respeitado o ordenamento jurídico e princípios superiores, ou, nas palavras do professor Ivanildo Figueiredo^[7]:

“Em nome da preservação da empresa, sem embargo, os direitos dos credores não podem ser limitados, reduzidos ou até mesmo vilipendiados, sem justificativa lógica razoável”.

O Princípio da Função Social da Empresa, como visto, está inserida na Constituição Federal, em seu Artigo 5º, inciso XXIII, que enfatiza que “a propriedade atenderá a sua função social”. Ele, de acordo com Eduardo Tomasevicius Filho[8], “constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos”.

Assim, pode-se dizer que a função social da empresa é poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade para a realização dos interesses coletivos. Ela vai ajudar o Estado a criar o sentimento de bem-estar social.

Não obstante, o maior objetivo de uma empresa privada sempre será a aferição de lucros, de modo que o empresário não pode abrir mão disso em busca do desenvolvimento social. Nas palavras de Rodrigo Almeida Magalhães[9], “a função social não pode predominar sobre os direitos e interesses individuais, cabendo apenas conciliar os interesses da empresa com os da sociedade”.

Outro importante princípio é o da Maximização dos Ativos, previsto de forma implícita no art. 75 da Lei de Falência, a 11.101/05. Segundo ele, deve-se sempre buscar preservar e otimizar a utilização produtiva dos ativos da empresa, mesmo em caso de falência do devedor. Com a manutenção da empresa em funcionamento, evita-se que seus ativos - sobretudo os intangíveis, como uma marca - se desvalorizem ou se deteriorem. Assim, se a empresa precisar ser vendida, haverá uma maior oferta, visto que a empresa ainda funciona bem, o que gera também um maior lucro com a transação, beneficiando não só o falido, como seus credores.

Outros dois princípios importantes e claramente vistos na lei 11.101/05 é a proteção aos trabalhadores, e por fim os interesses dos credores, ambos expressos no art. 47 da lei. O primeiro é intimamente relacionado com o princípio da preservação da empresa, pois, com a continuidade da atividade do empresário, o empregado pode manter seu emprego.

A participação dos credores no processo de recuperação judicial foi muito ampliada no dispositivo em comento, tendo reduzido, inclusive, a interferência do juízo. Como exemplo, o próprio deferimento da recuperação judicial é resultante da aprovação, pelos credores, do plano apresentado pelo devedor (art. 45), entre outras atribuições no processo de recuperação judicial.

4. da RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A O instituto da recuperação judicial foi concebido pela Lei 11.101/05, a Lei de Falência e Recuperação Judicial, para promover, conforme o art. 47, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, objetivando permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Assim, não é somente o interesse dos credores da empresa que é protegido, mas também o próprio Estado, cuja higidez do sistema econômico e confiança do mercado são dependentes da solvência dos agentes. Apesar disso, não é toda empresa que merece ser recuperada, como bem ensina Fábio Ulhoa^[10]:

“Como é a sociedade brasileira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação das empresas, é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas. Não se pode erigir a recuperação das empresas em um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo. Na maioria dos casos, se a crise não encontrou uma solução de mercado, o melhor para todos é a falência, com a realocação em outras atividades econômicas produtivas dos recursos materiais e humanos anteriormente empregados na da falida”.

Desse modo, resta evidente que o benefício da recuperação só deve ser facultado aos devedores viáveis, aqueles que realmente demonstram condições de se recuperar, que podem devolver para a sociedade o sacrifício feito para salvá-la.

O instituto da Recuperação Judicial, destarte, é uma consequência da importância cada vez maior dada ao princípio da função social da empresa e ao princípio da preservação da empresa, já analisados nesse trabalho de pesquisa.

4.1. O Pedido de Recuperação Judicial

O empresário, evidentemente, percebe quando sua empresa começa a entrar em crise, analisando o mercado, a redução de seu faturamento e a previsão de melhora. É nesse momento, percebendo a situação irreversível que se encontra a empresa, que o empresário deve pedir a recuperação judicial. Contudo, também pode ocorrer desse pedido ser feito na contestação de processo de requerimento de falência, proposto por algum dos credores, em que a empresa atua como ré.

Vale lembrar que a lei 11.101/05, em seu art. 2º, exclui alguns tipos de empresas da possibilidade de serem recuperadas judicialmente. São elas: empresa pública e sociedade de economia mista, instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Além disso, que o empresário individual irregular ou a sociedade empresária que estiver irregular perante Junta Comercial também não têm direito à recuperação judicial, conforme o *caput* do art. 48 da LRE, transcrito abaixo, que ainda traz outros requisitos que o devedor deve atender para que o juiz autorize seu pedido de recuperação:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Interessante analisar o inciso I, que fala sobre o empresário individual, que já teve sua falência decretada anteriormente. Ele não pode requerer recuperação judicial se suas obrigações antigas ainda não tenham sido declaradas extintas por sentença transitada em julgado.

Conforme o art. 3º da lei, a competência para deferir a recuperação judicial ou decretar a falência será o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil. Como ensina André Luiz Santa Cruz Ramos^[11], o local do principal estabelecimento do devedor “não corresponde exatamente à sede administrativa da empresa, mas ao local onde se concentra o maior volume de negócios dela”.

4.2. O Plano de Recuperação Judicial

Se a petição inicial do pedido de recuperação tiver cumprido todos os requisitos do art. 50 da lei 11.101/05, o juiz poderá deferir o processamento da recuperação judicial. Publicada a decisão com o deferimento, o devedor terá prazo de 60 dias para apresentar ao juízo o seu plano de recuperação judicial, conforme o art. 53 da LRE, sob pena de decretação da falência.

O empresário, então, deve criar um Plano de Recuperação Judicial (PRJ), que deve ser fielmente cumprido até que a empresa volte às suas atividades normalmente, ou seja, até o fim da crise. A lei traz, em seu art. 50, rol exemplificativo de hipóteses para se atingir a recuperação

da atividade econômica. O empresário interessado deve analisar se há alguma opção que possa ser eficaz no soerguimento da empresa, mas como se trata de lista exemplificativa, outros meios podem ser examinados e considerados no plano de recuperação. A lista legal compreende:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data

da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

O Plano de Recuperação Judicial, portanto, não é mera formalidade. É provavelmente o mais importante e relevante documento do processo, devendo ser elaborado com muito cuidado, de modo que os credores fiquem satisfeitos e as medidas sejam realmente possíveis de serem implantadas. Deve conter os meios de recuperação a serem empregados e a demonstração da viabilidade econômica, além de laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada (art. 53 da LRF).

O advogado Marcelo Gazzi Taddei^[12], que atua como Administrador judicial em vários processos de recuperação judicial, explica o que acontece a seguir no processo:

“O plano de recuperação judicial é submetido à aprovação dos próprios credores que, diante da apresentação de objeções consistentes ao plano, provocam a convocação da Assembleia Geral de Credores para a realização da sua análise. A rejeição do plano implica na determinação legal da convocação da recuperação judicial em falência, o que, de certa forma, conduz a sua aprovação pelos credores ou a apresentação de alterações ao plano, sujeitas a anuência expressa da recuperanda”.

Se o PRJ for aprovado pelos credores, o juiz pode finalmente deferir o pedido de recuperação judicial. Durante o período de

recuperação, a empresa deve cumprir o estabelecido no plano, tendo que apresentar um balanço mensal para prestar contas ao juiz e aos credores sobre o andamento da empresa. Enquanto isso, as operações da empresa seguem normalmente. O devedor em crise não perde, em princípio, a administração da empresa, a menos que ocorra alguma das situações previstas nos incisos do art. 64 da LRE.

O administrador judicial nomeado pela Justiça funciona como intermediador entre a empresa, os credores e a Justiça. Caso a empresa não cumpra o que está no acordo, o juiz pode inclusive decretar a falência da empresa.

Conforme art. 61 da LRF, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial. Fábio Ulhoa^[13] ensina que a sentença de encerramento do processo termina a última fase do processo de recuperação judicial, teoria que o célebre doutrinador, sinteticamente, assim explica:

“O processo da recuperação judicial divide-se em três fases bem distintas. Na primeira, que se pode chamar de *fase postulatória*, a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento do benefício. Ela se inicia com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido. Na segunda fase, a que se pode referir como *deliberativa*, após a verificação de crédito, discute-se e aprova-se um plano de reorganização. Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício. A derradeira etapa do processo, chamada de *fase de execução*, compreende a fiscalização do cumprimento do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo”.

É importante lembrar, contudo, que o fim do prazo especificado no art. 61 da lei 11.101/05 não significa, necessariamente, que o devedor pode descumprir o plano. Segundo o art. 62 da LRE, "após o período previsto no art. 61 desta Lei, no caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência com base no art. 94 desta Lei". Dessa forma, ainda que o processo de recuperação judicial venha a ser extinto por sentença, nos termos do art. 63, poderão os credores, caso alguma obrigação do plano seja descumprida, requerer a decretação da falência do devedor.

A convalidação da recuperação judicial em falência dar-se-á em quatro hipóteses: deliberação dos credores reunidos em assembleia, quando a situação de crise é tão grave que não há sentido em qualquer esforço de reorganização; não apresentação do plano pelo devedor no prazo, que não pode ser prorrogado; rejeição do plano pela assembleia dos credores; ou descumprimento do plano de recuperação.

O parágrafo único do art. 73 dispõe, ainda, que a falência também pode ser decretada durante o processo de recuperação judicial sem que decorra uma dessas situações, mediante requerimento de credor não sujeito aos efeitos da recuperação.

5. DA FALÊNCIA

A falência, quando se trata de empresário, também é disciplinada na lei 11.101/05, enquanto que o não empresário insolvente se submete ao disposto do Código de Processo Civil.

A natureza jurídica da falência é chamada de "híbrida" ou "complexa", visto que é um instituto que abarca normas de direito material e de direito processual.

Há três pressupostos para que a falência exista: o pressuposto material subjetivo, segundo o qual o devedor deve ser um empresário; o pressuposto material objetivo, que é a insolvência do devedor; e o pressuposto formal, que consiste na sentença que a decreta.

Sobre esses pressupostos, interessante anotar as características da insolvência, que, para ser decretada, como ensina Fábio Ulhoa^[14]:

“(...) é irrelevante a “insolvência econômica”, caracterizada pela insuficiência do ativo para solvência do passivo. Exige a lei de “insolvência jurídica”, que se caracteriza, no direito falimentar brasileiro, pela impontualidade injustificada (LF, art. 94, I), pela execução frustrada (art. 94, II) ou pela prática de ato de falência (art. 94, III)”.

5.1. a fase pré-falimentar

Do pedido de falência até a sua decretação, acontece a chamada “Fase Pré-Falimentar”. Apesar de já ter falado um pouco sobre essa fase no presente trabalho, analisaremos, nesse tópico, mais alguns pontos importante sobre a matéria.

Conforme o art. 97 da LRE, podem requerer a falência: o próprio devedor, caso raro de acontecer, pois eles preferem sempre a tentar a recuperação judicial; o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante, nos casos de falecimento de empresário individual; o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade, quando este sócio acredita que o melhor seria decretar a falência, o que é negado pelos outros; ou ainda qualquer credor, que pretendem receber o pagamento da dívida contraído pela sociedade devedora. Interessante, neste ponto, o entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça, que não aceita que a Fazenda Pública possa requerer a falência de uma empresa. O fundamento dessa decisão está nos princípios da preservação da empresa e a sua função social. O STJ entende que a decretação da falência é pior para o Estado do que a insolvência da empresa, como pode ser visto na decisão abaixo:

TRIBUTÁRIO E COMERCIAL – CRÉDITO
TRIBUTÁRIO – FAZENDA PÚBLICA – AUSÊNCIA DE
LEGITIMIDADE PARA REQUERER A FALÊNCIA DE

EMPRESA. 1. A controvérsia versa sobre a legitimidade de a Fazenda Pública requerer falência de empresa. 2. O art. 187 do CTN dispõe que os créditos fiscais não estão sujeitos a concurso de credores. Já os arts. 5º, 29 e 31 da LEF, a fortiori, determinam que o crédito tributário não está abrangido no processo falimentar, razão pela qual carece interesse por parte da Fazenda em pleitear a falência de empresa. 3. Tanto o Decreto-lei n. 7.661/45 quanto a Lei n. 11.101/2005 foram inspirados no princípio da conservação da empresa, pois preveem respectivamente, dentro da perspectiva de sua função social, a chamada concordata e o instituto da recuperação judicial, cujo objetivo maior é conceder benefícios às empresas que, embora não estejam formalmente falidas, atravessam graves dificuldades econômico-financeiras, colocando em risco o empreendimento empresarial. 4. O princípio da conservação da empresa pressupõe que a quebra não é um fenômeno econômico que interessa apenas aos credores, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado tem interesse preponderante. 5. Nesse caso, o interesse público não se confunde com o interesse da Fazenda, pois o Estado passa a valorizar a importância da iniciativa empresarial para a saúde econômica de um país. Nada mais certo, na medida em que quanto maior a iniciativa privada em determinada localidade, maior o progresso econômico, diante do aquecimento da economia causado a partir da geração de empregos. 6. Raciocínio diverso, isto é, legitimar a Fazenda Pública a requerer falência das empresas inviabilizaria a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, não permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, tampouco dos interesses dos credores, desestimulando a atividade econômico-capitalista. Dessarte, a Fazenda poder requerer a quebra da empresa implica incompatibilidade com a ratio essendi da Lei de Falências, mormente o princípio da conservação da empresa, embaixador da norma falimentar. Recurso especial improvido.

(STJ - REsp: 363206 MG 2001/0148271-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 04/05/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2010)

Feito o pedido de falência, o devedor irá responder, podendo alegar qualquer hipótese elencada no art. 96 da LRE. Segundo o artigo, não será decretada a falência, se o devedor provar: prescrição; nulidade de obrigação ou de título; pagamento da dívida; qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título; vício em protesto ou em seu instrumento; apresentação de pedido de recuperação judicial, já analisado; cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado.

O devedor pode também elidir a falência, assegurando que o juiz não a decretará de maneira alguma. A elisão da falência, como explica André Santa Cruz^[15], “é feita com o depósito em juízo do valor da dívida reclamada no pedido falimentar, devidamente corrigido e acrescido de juros e honorários advocatícios”. Isso garante ao credor uma certeza absoluta de que a sua falência não será decretada.

Caso esse depósito não seja realizado e o pedido de falência seja julgado procedente, com ou sem anterior tentativa de recuperação judicial, ocorrerá a decretação da falência, dando fim ao período pré-falimentar.

5.2. O PROCESSO FALIMENTAR

O processo falimentar se inicia com a sentença que decreta a falência. Isso traz uma grande discussão doutrinária sobre a natureza desta decisão, se é uma sentença ou uma decisão interlocutória. Não se discute, porém, que ela possui natureza constitutiva, visto que constitui o devedor em estado falimentar e instaura o regime de execução de seu patrimônio.

O processo, conforme o art. 75 da LRE, visa, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

Nessa fase é que vai ocorrer a satisfação do passivo da empresa, por meio do levantamento dos bens e dos direitos do falido, onerando-os em forma de vendas ou leilões. Há a criação de três órgãos importantes: o administrador judicial, as assembleias dos credores e o comitê dos credores.

O maior destaque deve ser dado ao administrador judicial, que fica responsável pelo bom desenvolvimento do processo falimentar devendo fazer o procedimento de arrecadação dos bens do devedor falido, o que dará origem à massa falida objetiva, e ao procedimento de verificação e habilitação dos créditos, que dará origem à massa falida subjetiva.

A assembleia dos credores tem, dentre outras, a responsabilidade para aprovar a constituição do comitê de credores e eleger os seus membros, adotar modalidades extraordinárias de realização do ativo do falido e deliberar sobre assuntos de interesse geral dos credores. A função mais importante do comitê dos credores, por outro lado, é a de fiscalizar o administrador judicial.

A Lei 11.101 traz uma ordem de classificação de credores, em seu art. 83, devendo ser obedecida a seguinte ordem: os créditos derivados da legislação do trabalho e os decorrentes de acidentes de trabalho; créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; créditos tributários, créditos com privilégio especial, na forma da lei; créditos com privilégio geral, na forma da lei; créditos quirografários, na forma da lei; as multas contratuais e as penas pecuniárias e os créditos subordinados.

Quando todos os credores forem pagos, ou todos os ativos forem liquidados, o juiz proferirá a segunda sentença encerrando a fase falimentar e declarando a extinção da falência. Se aparecerem novos

credores após a liquidação dos bens, eles ainda poderão requisitar seus direitos, mas não terão preferências para o seu pagamento.

O fim do processo falimentar pode ainda não declarar o fim das obrigações do devedor, o que só ocorrerá nos casos especificamente previstos no art. 158 da LRE.

Art. 158. Extingue as obrigações do falido:

I – o pagamento de todos os créditos;

II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;

III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei;

IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.

Verificada uma dessas opções, o empresário pode, finalmente, requerer o fim de suas obrigações, dando fim a todo o procedimento judicial falimentar, que será conferido pelo juiz mediante sentença.

6. O CASO DO GRUPO AGRENCO (BRASIL)

O GRUPO AGRENCO (BRASIL) é o conjunto de 5 empresas sob o mesmo controle societário, são elas: AGRENCO DO BRASIL S.A., AGRENCO SERVIÇOS DE ARMAZENAGEM LTDA., AGRENCO ADMINISTRAÇÃO DE BENS S.A. e AGRENCO BIOENERGIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ÓLEOS E BIODIESEL LTDA. A companhia atuava nos setores de agronegócio e biocombustível, em âmbito mundial.

A crise de todo o Grupo econômico começou com a Operação Influenza, deflagrada pela Polícia Federal em 23 de Junho de 2008, em Santa Catarina, que cominou na prisão de sócios e alguns dos principais executivos da companhia. Segundo o delegado federal Thiago Giavanotti^[16], um dos coordenadores da operação, foram muitos os tipos de crimes praticados pela empresa, como corrupção de funcionários públicos e a compra de ações quando estavam em baixa – de posse de informações privilegiadas – para vender quando estavam em alta. Além disso, houve acusações de operações cambiais ilegais, por meio de “laranjas”, ocultação de bens e rendas, utilização de documentos falsos e fraudes em licitações.

Com isso, os bancos cortaram créditos, arrastaram os estoques de grãos e não permitiram que a empresa cumprisse seus contratos. A crise se agravou muito rápido, e em 2008 a Agrenco anunciou um prejuízo líquido de R\$ 1,036 bilhão – no ano anterior a empresa já tinha tido um prejuízo de R\$ 123,3 milhões de reais^[17]. Em setembro de 2008 a empresa entrou em recuperação judicial.

Todo o processo de recuperação judicial e falimentar do GRUPO AGRENCO (BRASIL) foi distribuído à 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, Foro Central Cível, sob o número 0188041-64.2008.8.26.0100. O deferimento do processo da recuperação judicial deu-se em 1º de setembro de 2008. O processo foi distribuído em São Paulo por ser onde se concentrava o maior volume de negócios da empresa, conforme visto no art. 3º da LRE, já analisado.

Como já visto, o plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência. É, portanto, o elemento mais importante para que o pedido do autor seja aceito.

Verificado que todos os requisitos previstos no Art. 51 da LRF foram cumpridos, em o juízo decidiu, 18 de setembro de 2008, pela concessão da recuperação judicial às empresas, e o plano de recuperação judicial do GRUPO AGRENCO (BRASIL) foi aprovado pelos credores em

19 de março de 2009. Tal aprovação foi, em junho de 2009, homologada pelo Juízo, de modo a conceder a recuperação judicial a todas as sociedades do grupo, de forma unificada.

O Plano de Recuperação Judicial (PRJ) tinha por objetivo “viabilizar, nos termos da LFRE, a superação da crise econômico-financeira do GRUPO AGRENCO (BRASIL), permitindo que ele continue sua atividade e possibilitando a exploração do seu potencial de agronegócio”. Assim, o grupo poderia “preservar sua função social na comunidade brasileira e internacional, mantendo sua condição de entidade geradora de bens, recursos, empregos e tributos, atendendo aos interesses de seus credores”. A empresa possuía duas prioridades: a rápida conclusão de três fábricas que estavam sendo construídas, para evitar sua deterioração e utilizando-a para auferir lucros; e a necessidade de não vender os ativos da empresa em momento de detração do mercado.

O art. 50 da LRF oferece um extenso rol exemplificativo de alternativas para a recuperação do devedor, espalhados nos seus dezesseis incisos. Após a análise de alguns meios, a sociedade entendeu que o mais viável era “o reinício das operações do GRUPO AGRENCO (BRASIL), mediante a alienação de determinadas unidades produtivas e outros ativos, inclusive estoques; a conclusão da construção das fábricas; o retorno das operações do GRUPO AGRENCO (BRASIL), com a utilização de suas fábricas e estrutura logística. Esta volta ao mercado permitiria a recuperação de créditos fiscais, como também criaria uma alternativa de maior geração de valor para os credores, além da retomada dos suas operações com a manutenção e expansão de empregos”.

Ainda conforme o PRJ do grupo econômico e em conformidade com o art. 41 da LRE, os credores da recuperação, que detêm direito a voto em assembleia, são divididos nas seguintes Classes: Credores Trabalhistas (créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrente de acidente de trabalho); Credores com Garantia Real (créditos titulares de garantia real, até o limite do valor da garantia); e Credores Quirografários (créditos quirografários, com privilégio geral e com privilégio especial).

Buscando a continuidade de suas atividades e a satisfação de seus credores, o GRUPO AGRENCO (BRASIL) se comprometeu a realizar diversos atos para a consecução do Plano: a reorganização societária das sociedades em recuperação, a ser concluída no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias; a cessão e transferência dos ativos da operacional, em alienação fiduciária em garantia à totalidade dos credores; a alienação fiduciária das Ações da Operacional à Totalidade dos Credores; a opção de compra de ações e ativos da Operacional pelos credores; a alienação da fábrica de Marialva, da Agrenco Argentina e de estoques; e a contratação de um operador, que deverá ser aprovado pela Totalidade de Credores, na forma prevista no Plano, para gerir as atividades das Sociedades em Recuperação.

Contudo, todas as medidas realizadas pela sociedade se mostraram infrutíferas, e o GRUPO AGRENCO (BRASIL) teve sua falência decretada em 02 de agosto de 2013, depois de 5 anos em recuperação judicial.

Em verdade, o Plano de Recuperação Judicial da empresa sofreu mudanças com o passar do tempo, pois a empresa não conseguia cumprir seus objetivos. Bem explica o ocorrido o Des. Relator Manoel de Queiroz Pereira Calças^[18], ao evidenciar que:

“(...) este é o resumo da situação das empresas recuperandas que integram o Grupo Agrenco, que requereram recuperação judicial em 27 de agosto de 2008 e, desde então, após múltiplas modificações do plano original apresentado não pagaram seus credores, não voltaram a exercer sua atividade empresarial, têm sua administração exercida de forma conflituosa, situação que se agrava com o decreto de falência de sua controladora indireta Agrenco NV. Houve o afastamento dos membros do Conselho de Administração e da Diretoria, nomeação de gestores judiciais, conflitos de representação em relação aos diversos advogados a quem as empresas outorgaram procurações judiciais, elementos suficientes para demonstrar que, após a

concessão da recuperação judicial, o plano e suas sucessivas modificações foi constante e diuturnamente inadimplido".

O grupo ainda tentou reformular, mais uma vez, o PRJ, o que não foi aceito na Assembleia Geral de Credores (100% dos credores trabalhistas ainda foram favoráveis à reformulação, mas a classe dos credores com garantia real não aceitaram, pois sairiam desfavorecidos). Outra tentativa da sociedade foi separar a AGRENCO BIOENERGIA das demais, para ela continuar funcionando, visto que era a empresa que ainda apresentava bons resultados e auferia lucros, o que não foi aceito pelo juízo, por não ter sido acordado com todos os credores, além de que a insolvência jurídica de uma das sociedades exigiria a extensão da execução coletiva a todas as demais sociedades pertencentes ao grupo econômico pela natural confusão patrimonial entre elas, o que tornaria a medida sem efeito.

O motivo da decretação de falência foi dado pelo Juiz de Direito: Dr. Marcelo Barbosa Sacramone^[19], pelas razões abaixo transcritas:

“(...) ao longo de todos esses anos evidenciou-se que as empresas recuperandas não possuem capacidade produtiva apta a satisfazer a demanda, não possuem uma estrutura organizacional hígida e sólida para lidar com seu passivo, bem como não possuem condições de se reestruturar e desenvolver atividade produtiva de modo a reverter o quadro deficitário em que ingressaram.

Logo, o princípio da preservação da empresa, não absoluto, não deve ser aplicado, sob pena de não se garantir a própria segurança dos demais agentes do mercado. As empresas devem ser extirpadas do mercado para que os recursos e fatores de produção sejam empregados em uma atividade mais útil a todo o sistema.

Assim, evidente o descumprimento do plano de recuperação judicial e a incapacidade das recuperandas de

manterem suas atividades empresariais. De rigor, portanto, a convalidação da recuperação judicial em falência".

Importante lembrar que o art. 73 da LRE elenca as possibilidades em que a falência deve ser decretada pelo juiz durante o processo de recuperação judicial: O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: (I) por deliberação da assembleia-geral de credores; (II) pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 da Lei; (III) quando houver sido rejeitado o plano de recuperação; e (IV) por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação. André Luiz Santa Cruz^[20], contudo, lembra que a falência ainda pode ser decretada dentro do processo de recuperação judicial por outro motivo: "pode o devedor ter a sua falência decretada em função de requerimento de credor não sujeito aos efeitos da recuperação".

A decretação de falência do GRUPO AGRINCO (BRASIL), destarte, se mostrou acertada, com respaldo nos incisos III e IV do supracitado artigo, visto que as empresas não conseguiram cumprir com seu plano de recuperação, e os credores não aceitaram o novo plano proposto pelo grupo.

7. CONCLUSÃO

Após tudo o que foi aduzido, é perceptível que a falência do GRUPO AGRECO (BRASIL) foi justa, pois a empresa não conseguia mais arrecadar fundos suficientes para pagar suas dívidas. Apesar das inúmeras chances dadas, tendo ficado 5 anos em recuperação judicial, inclusive alterando o Plano de Recuperação Judicial diversas vezes nesse período, buscando salvar a empresa, ela se desorganizou nos bastidores, e ficou evidenciado que a falência era a única saída possível.

Apesar disso, o caso evidenciou a importância dada à preservação da empresa atualmente. O Estado sempre busca ao máximo recuperar a empresa, porque sabe que a sua falência gera uma reação em cadeia que traz muitos malefícios para a sociedade, como o desemprego e o decréscimo econômico da região.

8. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e concordata**. São Paulo: Saraiva, 1996

BARRA, Paula. **Falência da Agrenco foi "manipulada" pelos próprios credores, diz ex-conselheiro – InfoMoney**. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/agrecolimited/noticia/2919924/falencia-agrenco-foi-manipulada-pelos-proprios-cred-ores-diz-conselheiro>>. Último acesso: 16/01/2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa — o novo regime da insolvência empresarial**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa**. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**. Vol. 03. 14ª ed: São Paulo: Saraiva, 2014

FIGUEIREDO, Ivanildo. **O limite da recuperação judicial**. 28 de janeiro de 2015. Disponível em: . Último acesso em: 16/01/2018.

JUNGMANN, MARIANA. **Agrenco: Polícia Federal prende empresários e funcionários públicos em Santa Catarina**. Disponível em . Último acesso: 16/01/2018.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A função social da empresa**. Revista Magister de Direito Empresarial, Porto Alegre, ano 5, n. 28

PEREIRA ELVIS & FREITAS, Tatiana. **PF prende 24 por fraude e operações ilegais de câmbio**. Disponível em: . Último acesso: 16/01/2018

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**. Editora Método: São Paulo, 2010

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013

ROQUE, Sebastião José. **Direito de Recuperação de empresas**. São Paulo: Ícone, 2005

SALOMÃO, THIAGO. **Agreco fechou exercício de 2008 com prejuízo líquido de R\$ 1,036 bilhão**. Disponível em Último acesso: 16/01/2018.

TADDEI, Marcelo Gazzi. **Alguns aspectos polêmicos da recuperação judicial**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7690>. Último acesso: 12/01/2016.

TOMASCEVICIUS FILHO, Eduardo. **A Função social da empresa**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 92, p. 33-50, abr. 2003

NOTAS:

[1] CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa — o novo regime da insolvência empresarial**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

[2] ROQUE, Sebastião José. **Direito de Recuperação de empresas**. São Paulo: Ícone, 2005, p. 81.

[3] RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**. Editora Método: São Paulo, 2010, pág. 510.

[4] ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e concordata**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.13.

[5] OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Direito Falimentar Brasileiro**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=594#_edn4. Último Acesso: 16/01/2018

[6] RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**. Editora Método: São Paulo, 2010, pág. 514.

[7] FIGUEIREDO, Ivanildo. **O limite da recuperação judicial**. 28 de janeiro de 2015. Disponível em: . Último acesso em: 16/01/2018. .

[8] TOMASCEVICIUS FILHO, Eduardo. **A Função social da empresa**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 92, p. 33-50, abr. 2003, p. 40 AGALHÃES,

[9] MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A função social da empresa**. Revista Magister de Direito Empresarial, Porto Alegre, ano 5, n. 28, p. 5-12, 2009

[10] COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa**. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, págs. 412 e 413.

[11] RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**. Editora Método: São Paulo, 2010, pág. 611.

[12] TADDEI, Marcelo Gazzì. **Alguns aspectos polêmicos da recuperação judicial**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7690>. Último acesso: 12/01/2016.

[13] COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa**. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 421.

[14] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**. Vol. 03. 14ª ed: São Paulo: Saraiva, 2014, p. 264

[15] RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**. Editora Método: São Paulo, 2010, pág.540.

[16] JUNGSMANN, MARIANA. **Agreco: Polícia Federal prende empresários e funcionários públicos em Santa Catarina**. Disponível em . Último acesso: 16/01/2018.

[17] SALOMÃO, THIAGO. **Agreco fechou exercício de 2008 com prejuízo líquido de R\$ 1,036 bilhão**. Disponível em Último acesso: 16/01/2018.

[18] Agravo de Instrumento nº 0063887-41.2012.8.26.0000, fls. 20.894

[19] Processo nº 0188041-64.2008.8.26.0100, fl. 9 da sentença

[20] RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, págs. 743 e 744.

A PROPRIEDADE INDUSTRIAL SEGUNDO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO:

Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Resumo: Este artigo possui o objetivo de apresentar ao leitor a legislação brasileira vigente quanto a propriedade industrial, bem como suas características. Através do método de pesquisa bibliográfica, o presente trabalho expõe as informações introdutórias relevantes sobre o respectivo tema.

Palavras-chave: Propriedade Industrial, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Comercial

Abstract: This article aims at an industrial presentation as well as its characteristics. Through the method of bibliographic research, the present work presents as relevant introductory information on the respective theme.

Keywords: Industrial Property, Civil Law, Business Law, Commercial Law

INTRODUÇÃO

Conceituaremos propriedade industrial como ramo do Direito Empresarial que visa a proteção dos interesses relativos aos inventores, designers e empresários no que tange às suas invenções, modelo de utilidade, desenho indústria, marcas e concorrência desleal.

André Luiz Santa Cruz Ramos define:

O direito de propriedade industrial compreende, pois, o conjunto de regras e princípios que conferem tutela jurídica específica aos elementos imateriais do estabelecimento empresarial, como as marcas e desenhos industriais registrados e as invenções e modelos de utilidade patenteados.^[1]

A Convenção da União de Paris, a qual o Brasil é signatário, em seu artigo 1º dispõe:

Os países a que se aplica a presente Convenção constituem-se em União para a proteção da propriedade industrial.

2) A proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.

3) A propriedade industrial entende-se na mais larga acepção e aplica-se não só à indústria e ao comércio propriamente ditos, mas também às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos fabricados ou naturais, por exemplo: vinhos, grãos, tabaco em folha, frutos, animais, minérios, águas minerais, cervejas, flores, farinhas.

4) Entre as patentes de invenção compreendem-se as diversas espécies de patentes industriais admitidas nas legislações dos países da União, tais como patentes de importação, patentes de aperfeiçoamento, patentes e certificados de adição, etc.^[2]

A proteção a propriedade industrial tem seu momento embrionário na Inglaterra, em 1623, com a edição do Statute of Monopolies, donde precipuamente prestigiou-se utensílios, ferramentas de produção e inovações tecnológicas.

Com a União de Paris, convenção da qual o Brasil é participante desde seu início, teve sua vigência iniciada na data de 07 de julho de 1883, denominada então de Convenção da União de Paris – CUP. O principal objetivo da CUP foi o de determinar os princípios disciplinares da propriedade industrial.

Fabio Ulhoa Coelho, com brilhantismo leciona:

A Convenção de Paris, pela abrangência que conferiu ao conceito de propriedade industrial, consolidou uma nova perspectiva para o tratamento da matéria. Os direitos dos inventores sobre as invenções, e os dos empresários sobre os sinais distintivos de sua atividade, juntamente com as regras de repressão à concorrência desleal, passaram a integrar um mesmo ramo jurídico.^[3]

1. Propriedade Industrial no Brasil

A propriedade industrial no Brasil, encontra proteção em nosso ordenamento jurídico, primeiramente na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXIX:

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:

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio

temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das

marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Por certo, a propriedade industrial encontra abrigo na Lei no 9.279, de 14, de maio de 1996, a qual regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Referida lei determina os direitos de exploração exclusiva das respectivas propriedades industriais: patentes (carta – patente) que trata da invenção e do modelo de utilidade; registro (certificado) o qual se refere ao desenha industrial e a marca.

O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior é responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria. Subordinado a este Ministério, a autarquia federal, criada em 1970, denominada Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI tem a responsabilidade de análise e concessão da patente (carta-patente) e do registro (certificado).

2. Propriedade industrial vs propriedade intelectual

De acordo com exposto no tópico anterior, há tutela jurídica da propriedade industrial integrantes do estabelecimento empresarial, ou seja, materiais e imateriais.

Todavia, os bens imateriais caracterizam-se em propriedade intelectual, sendo subdivididos em: direitos autorais e propriedade industrial. A origem da nomenclatura se dá devido ao exercício de aptidões de determinado indivíduo titular de direitos.

Existe, portanto, diferença nos efeitos jurídicos referentes a propriedade autoral e a propriedade industrial. No que se refere ao direito industrial, após expedição de carta-patente ou certificado pelo INPI, possui exclusividade na exploração dos bens.

Vale ressaltar que, independentemente do inventor quem solicitar a patente ou registro em primeiro terá a exclusividade sobre tal, sendo assim, possui natureza constitutiva.

Por seu turno, o direito autoral é decorrente do ato de criação de obra artística, científica, literária ou de programa de computador. O criador da respectiva obra deverá efetuar o registro da obra, o qual servirá como prova de anterioridade de criação, porém se difere do direito industrial por não possuir natureza constitutiva.

Fabio Ulhoa Coelho assim afirma “*Uma das diferenças entre o direito industrial e o autoral está relacionada à natureza do registro do objeto, ou da obra. O do primeiro é constitutivo; o da obra se destina apenas à prova da anterioridade*”[\[4\]](#)

Outro ponto de diferenciação se dá quanto à extensão da tutela, já que, no direito industrial a forma exterior do objeto e a própria ideia encontram proteção. No caso do direito autoral a proteção se dá somente quanto a forma exterior da criação, vedando o plágio, mas não a ideia do autor.

Por fim, a legislação prevê proteção legal aos direitos autorais, de acordo com a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Cabe expor as disposições preliminares, Título I, da lei a quo:

Disposições Preliminares

Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos.

Art. 2º Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas

no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes.

Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - publicação - o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo;

II - transmissão ou emissão – a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético;

III - retransmissão - a emissão simultânea da transmissão de uma empresa por outra;

IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse;

V - comunicação ao público – ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;

VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou

científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido;

VII - contrafação - a reprodução não autorizada;

VIII - obra:

a) em co-autoria - quando é criada em comum, por dois ou mais autores;

b) anônima - quando não se indica o nome do autor, por sua vontade ou por ser desconhecido;

c) pseudônima - quando o autor se oculta sob nome suposto;

d) inédita - a que não haja sido objeto de publicação;

e) póstuma - a que se publique após a morte do autor;

f) originária - a criação primígena;

g) derivada - a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária;

h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;

i) audiovisual - a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de

sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação;

IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;

X - editor - a pessoa física ou jurídica à qual se atribui o direito exclusivo de reprodução da obra e o dever de divulgá-la, nos limites previstos no contrato de edição;

XI - produtor - a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;

XII - radiodifusão - a transmissão sem fio, inclusive por satélites, de sons ou imagens e sons ou das representações desses, para recepção ao público e a transmissão de sinais codificados, quando os meios de decodificação sejam oferecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com seu consentimento;

XIII - artistas intérpretes ou executantes - todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore.

XIV - titular originário - o autor de obra intelectual, o intérprete, o executante, o produtor fonográfico e as empresas de radiodifusão. (Incluído pela Lei no 12.853, de 2013)

Art. 6º Não serão de domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles simplesmente subvencionadas.

2. Patente

A Patente (carta – patente) é o documento comprobatório que permite ao titular deste o direito a exploração exclusiva da invenção ou do modelo de utilidade. Definimos modelo de utilidade como a inovação de determinado produto ou equipamento existente no mercado e desprotegido por patente, sendo assim, tratar-se-á do aperfeiçoamento de uma invenção pré-existente.

Fabio Ulhoa Coelho esclarece: “A publicação da invenção é condição para a concessão da patente. Por esta razão, muitos empresários preferem manter em segredo suas invenções a pedir a proteção legal”^[5]

Para que ocorra a concessão do direito industrial de patente (carta-patente) dever-se-á atender os seguintes requisitos: novidade; atividade inventiva; industriabilidade; e desimpedimento, ou seja, deve ser lícito.

Conforme nos atenta André Luiz Santa Cruz Ramos: “Quando o parecer for pela não patenteabilidade, pelo não enquadramento do pedido na natureza reivindicada ou pela formulação de exigência, o depositante será intimado para manifestar-se no prazo de 90 (noventa) dias”.^[6]

Considerar-se-á como novidade, a invenção que, quando esta não estiver compreendida do estado da técnica (todo e qualquer conhecimento difundido no meio científico que seja acessível a qualquer indivíduo, sendo regularmente reivindicado pelo inventor por meio de depósito de patente, independente de não ter se tornado público), e quando for de total desconhecimento de pesquisadores especializados. Vale destacar que determinadas formas de divulgação não comprometem a novidade, p.ex., a publicação da respectiva invenção em congresso ou revistas científicas, desde que anterior a 12 (doze) meses do depósito da patente, e, também, a divulgação devido a razão de fraude, no mesmo período de 12 (doze) meses anteriores ao depósito da patente e divulgação por pessoa não autorizadas. Este período de 12 (doze) meses denomina-se “período de

graça”, devemos destacar que de igual maneira ocorrerá com depósito de patente feito no exterior, conforme disposto em tratado da CUP.

A atividade inventiva, para ser considerada como invenção, não deverá decorrer do estado da técnica de maneira óbvia na análise de um especialista, não podendo, também, derivar da simples reunião de conhecimento. Portanto, a invenção deverá resultar-se de notório engenho.

Referente a industriabilidade, esta se dá pela possibilidade de utilização do invento para atividade produtiva por qualquer indústria, conforme artigo 15 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 “*A invenção e o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria*”. Determinadas invenções que não possuam utilidade ou deveras avançadas não cabíveis de carta-patente e, se o referido pedido de registro de patente descrever objeto que dependa de outras invenções para seu funcionamento, este não atenderá o requisito de industrialidade.

O desimpedimento se dá em situações que as invenções não recebem a patente por questão de ordem pública, conforme artigo 18 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996:

Não são patenteáveis:

I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;

II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e

III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

2.1. Cessão patente

Por se tratar de um bem, a patente poderá ser cedida pelo titular de forma total ou parcial (neste caso, haverá um condomínio a patente) à terceiros, porém para que tal cessão tenha validade e eficácia jurídica far-se-á necessária averbação junto ao INPI, com isto, produzindo os devidos efeitos legais perante o cessionário.

2.2. Licenças compulsórias

Conforme disposto nos artigos 68 a 75 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, existem determinadas situações nas quais, por obrigatoriedade, terceiros obterão os respectivos privilégios de exploração das invenções. Tal obrigatoriedade para obtenção destes privilégios denomina-se licença compulsória, a qual ocorrerá nos seguintes casos: de abuso dos direitos de patente ou práticas de abuso de poder econômico por meio dela; exploração de patente no território brasileiro; a comercialização não satisfaz as necessidades do mercado; no caso de emergência nacional ou interesse público.

2.3. Patentes decorrentes de contrato de trabalho

Em um mercado globalizado, economicamente dinâmico, torna-se cada vez mais comum, principalmente em grandes empresas e empresas de tecnologia, que colaboradores, sejam estes empregados ou prestadores de serviços, criem novos inventos, o que torna o colaborador um empreendedor interno da organização.

Em relação a esta questão a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, disciplina a respectiva matéria, em seus artigos 88 a 91, sendo estes regulamentados pelo Decreto nº 2.553, de 16 de abril de 1988.

Precipuaente estabelece a legislação em seu artigo 88 que:

A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

§ 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.

§ 2º Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício.

Destarte, a invenção será de titularidade da empresa, caso esta seja obtida no interior da organização, ao contrário, se determinado invento for desenvolvido de forma autônoma pelo colaborador a ele restará a titularidade do referido invento. Existindo a possibilidade de o invento ser comum, ou seja, misto, o qual ocorrerá quando o colaborador de forma autônoma desenvolve o invento, porém utiliza de recursos da empresa em que atua.

2.4. Vigência da patente

A vigência da patente de invenção possui prazo de 20 (vinte) anos, a de modelo de utilidade prazo de 15 (quinze) anos, ambos improrrogáveis e contados a partir da data em que ocorrer o pedido de patente. Tal prazo extensivo tem seu fato causador disposto no artigo 40, parágrafo único:

O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

Por fim, a patente poderá ser extinta através da expressa renúncia do seu titular; da caducidade ou perda da eficácia da concessão; na falta de pagamento da retribuição anual; por não haver constituído procurador qualificado residente no Brasil e pela nulidade da concessão; e caso esteja em desacordo com a Lei nº 9.279/1996 – Lei de Propriedade Industrial.

3. Marcas

Marca é a forma de identificação visual, a qual denota diferenciação de determinado produto ou serviço.

A Lei de Propriedade Industrial, Lei nº9.279, de 14 de maio de 1996, protege a marca em seus artigos 121 a 124 e, em especial, no artigo 122, descarta qualquer possibilidade de registro de marcas gustativas, sonoras ou olfativas, exigindo apenas a caracterização visual da marca. O registro da marca deverá obedecer aos seguintes requisitos: novidade relativa; não deve colidir com outra marca de notório reconhecimento; e desimpedimento.

Com brilhantismo Fabio Ulhoa Coelho leciona:

Pelo “princípio da especificidade”, a proteção da marca registrada é limitada aos produtos e serviços a respeito dos quais podem os consumidores se confundir, salvo quando o INPI reconhece sua natureza de “marca de alto renome”. Nesta hipótese, a proteção é ampliada para todos os ramos da atividade econômica.^[7]

A novidade relativa é a exigência posta para que a marca cumpra com seu objetivo de identificar e diferenciar produtos ou serviços dos demais concorrentes, já no que tange o critério de não colidir com outra marca de notório reconhecimento, refere-se ao impedimento de uso de marca idêntica ou semelhante, seja qual for o ramo de atuação, daquela que possui amplo reconhecimento do seu mercado consumidor. Com isto, há a proteção a concorrência desleal quanto ao próprio consumidor.

Quanto ao desimpedimento, existe um rol extenso de proibições destacadas no artigo 124 da Lei no 9.279, de 14 de maio de 1996, todavia poderá ocorrer proibições providas de demais diplomas normativos.

Não são registráveis como marca:

I - brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação;

II - letra, algarismo e data, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;

III - expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração;

IV - designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público;

V - reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos;

VI - sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;

VII - sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda;

VIII - cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo;

IX - indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica;

X - sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina;

XI - reprodução ou imitação de cunho oficial, regularmente adotada para garantia de padrão de qualquer gênero ou natureza;

XII - reprodução ou imitação de sinal que tenha sido registrado como marca coletiva ou de certificação por terceiro, observado o disposto no art. 154;

XIII - nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento;

XIV - reprodução ou imitação de título, apólice, moeda e cédula da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios, ou de país;

XV - nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;

XVI - pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos, nome artístico singular ou coletivo, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;

XVII - obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular;

XVIII - termo técnico usado na indústria, na ciência e na arte, que tenha relação com o produto ou serviço a distinguir;

XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia;

XX - dualidade de marcas de um só titular para o mesmo produto ou serviço, salvo quando, no caso de marcas de mesma natureza, se revestirem de suficiente forma distintiva;

XXI - a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico;

XXII - objeto que estiver protegido por registro de desenho industrial de terceiro; e

XXIII - sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia.

A marca tem como principais funções a de distinguir o produto ou serviços dos demais concorrentes e de indicação de procedência do produto ou serviço ao consumidor, neste caso não se refere a identificação concreta e completa do produto ou serviço, mas sim em relação ao fabricante ou prestador de serviço.

3.1. Classificação das marcas

Classificaremos as marcas em 5 (cinco) grupos distintos: marcas de produto ou serviço; marcas de certificação; marca coletiva; marca de alto renome; marca notoriamente conhecida.

As marcas de produto ou serviço possuem a especificidade de distinguir determinado produto ou serviço de outros congêneres dos demais concorrentes.

Por sua a marca de certificação é aquela que atesta determinado critério de qualidade a respectivo produto ou serviço. Referente a marca coletiva esta tem como função precípua a garantia de qualidade, origem e natureza de produtos e serviços de uma respectiva entidade. No que tange a marca de alto renome é aquela traduz confiança e atratividade junto ao público em geral. Já a marca notoriamente reconhecida, caracteriza-se por deter prestígio restrito a determinado segmento de mercado, no qual seu público consumidor está inserido.

Devemos atentar para o fato que as marcas possuem classificação quanto a forma de sua composição: marca nominativa (formada a partir de sinais linguísticos, ou seja, letras, algarismos, ou combinações de sinais); marca figurativa (formada por imagens, figuras, desenhos, ou qualquer forma estilizada de letra ou algarismos); marca mista (formadas pela combinação de sinais linguísticos e figurativos); marca tridimensional (caracteriza-se pela forma da embalagem do produto, que a distingue dos demais).

Desta feita, podemos classificar as marcas quanto sua origem: marca brasileira (depositada regularmente no Brasil, por pessoa domiciliada no país); marca estrangeira (depositada regularmente no Brasil, mas pessoa não é domiciliada no país, ou aquela que esteja depositada regularmente em determinado país, pelo qual o Brasil se vinculou através de acordo ou tratado).

3.2. Extinção do registro

Em conformidade com o artigo 142 da Lei de Propriedade Industrial, ocorrerá a extinção do registro de marca pela expiração do prazo de vigência (10 anos, prorrogáveis por mais 10 anos, sem limite para renovação, desde que tal renovação ocorra durante o último ano de vigência da mesma), pela renúncia parcial ou total; caducidade ou devido a inobservância do disposto no artigo 217 da respectiva lei *“A pessoa domiciliada no exterior deverá constituir e manter procurador devidamente qualificado e domiciliado no País, com poderes para representá-la administrativa e judicialmente, inclusive para receber citações”*.

4. Desenho industrial

Desenho industrial é o formato, o delineamento, o design composto por um conjunto de formas, linhas, cores e ornamentos que se aplicam a determinado produto.

Na definição dos autores Gabriel Di Blasi, Mario S. Garcia e Paulo Parente M. Mendes o desenho industrial é *“uma configuração ornamental*

nova e específica ao produto de modo a torna-lo inconfundível pelo público consumidor”.^[8]

A legislação prevê a proteção do desenho industrial através do registro emitido pelo INPI, o qual tem como objetivo garantir a titularidade e exclusividade na exploração dos aspectos ornamentais do respectivo objeto. Após a concessão do registro, este terá validade em todo território nacional, e atribui ao titular do registro a exclusão de terceiros na fabricação, comercialização, importação, uso ou venda da respectiva matéria sem autorização prévia. A vigência de proteção do desenho industrial é de 10 (dez) anos, a partir da data de depósito, prorrogáveis por 3 (três) períodos consecutivos de 5 (cinco) anos.

4.1. Requisitos para registro

Para a realização do registro do desenho industrial há a necessidade do atendimento a três requisitos essenciais: novidade (mister que o desenho não esteja acessível ao público antes da data do depósito tanto no Brasil, quanto no exterior); originalidade (resultante de uma configuração visual distintiva dos demais objetos de conhecimento); servir de tipo de fabricação industrial (o referido objeto deve deter capacidade de reprodução industrial, em todos os detalhes); legalidade (que não esteja inserido nas proibições legais).

5. Práticas de concorrência desleal

A concorrência desleal caracterizar-se-á por qualquer ato contrário às práticas honestas e de boa-fé no que tange a matéria comercial e industrial. A Lei da Propriedade Industrial disciplina a concorrência, com o intuito de proteger e coibir a prática desonesta, deste modo, tipificando os atos considerados como concorrência desleal, conforme disposto no artigo 195 da referida lei:

Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou

dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

6. Softwares

Os softwares (programas para computadores), tem proteção legal prevista em nosso ordenamento jurídico de acordo com a Lei nº 9.610, de 19 de novembro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disposto em seu artigo 7º, XII evidencia a proteção aos programas de computador – softwares.

São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

XII - os programas de computador;

A partir do efetivo registro do software, através do INPI, o qual possui caráter internacional e abrange o programa de computador, bem como o título comercial, após um ano do efetivo registro os direitos sobre o respectivo prevalecem por 50 (cinquenta) anos.

7. Considerações finais

Conforme exposto a propriedade industrial é um ramo do Direito Empresarial que visa a proteção de marcas, patentes, desenhos industriais e invenções.

Signatário da CUP desde seu início, o Brasil atua conforme seu regimento, os demais países que não aderiram a posição é de reciprocidade no tratamento das questões relativas a propriedade industrial.

O INPI é o órgão responsável pelo registro de marcas, patente, invenções e desenhos industriais, vale ressaltar, conforme apresentado neste artigo os prazos de vigência.

Por fim, com o intuito de apresentar ao leitor as informações relevantes a propriedade industrial, bem como a legislação vigente, este restará alicerçado para futuro aprofundamento nos estudos do tema.

8. Referências bibliográficas

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: Acessado em: 06/10/2017

_____. **Lei no 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações à propriedade industrial. Brasília: Diário Oficial da União (DOU). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm > . Acessado em 02 dez. 2017

_____. **Lei no 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União (DOU). Disponível em: . Acessado em 03 dez. 2017.

_____. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União (DOU). Disponível em: . Acessado em 02 dez. 2017.

_____. **Lei Complementar no 147, de 07 de agosto de 2014**. Brasília: Diário Oficial da União (DOU), 07 ago. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

_____. **Curso de direito comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.1.

_____. **Curso de Direito Comercial – direito da empresa**. 16aed. V.1. São Paulo: Saraiva: 2012.

RAMOS, DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario S. e MENDES, André L. S. **C. Direito Empresarial esquematizado**. 6aed. São Paulo: Forense. 2016.

Paulo Parente M. **A propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Teoria e direito societário. V.1. 8a ed. São Paulo: Atlas. 2017

USP. Convenção de Paris Para a Proteção da Propriedade Industrial – 1967, Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. USP. Disponível em:. Acessado em: 03 dez. 2017

NOTAS:

[1] RAMOS, André L. S. C. Direito Empresarial esquematizado. 6aed. São Paulo: Forense. 2016.p.173.

[2] USP. Convenção de Paris Para a Proteção da Propriedade Industrial – 1967. , Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. USP. Disponível em:<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-de-paris-para-a-proteccao-da-propriedade-industrial.html>>. Acessado em: 03 dez. 2017.

[3] COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial – direito da empresa. 16aed. V.1. São Paulo: Saraiva: 2012. p.219-220.

[4] COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial – direito da empresa. 16aed. V.1. São Paulo: Saraiva: 2012. p.231.

[5] COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial – direito da empresa. 16aed. V.1. São Paulo: Saraiva: 2012. p.219-220.

[6] RAMOS, André L. S. C. Direito Empresarial esquematizado. 6aed. São Paulo: Forense. 2016.p.204.

[7] COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial – direito da empresa. 16aed. V.1. São Paulo: Saraiva: 2012. p.247.

[8] DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario S. e MENDES, Paulo Parente M. A propriedade industrial. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 27.

DANO MORAL COLETIVO E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA

TATIANA COSTA DE FIGUEIREDO

AMORMINO: Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar o dano moral coletivo, em especial no âmbito das relações trabalhistas, a fim de verificar a constitucionalidade e convencionalidade das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista em relação ao instituto.

Palavras-Chaves: Dano moral coletivo. Relações de trabalho. Reforma Trabalhista.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dano moral coletivo. 3. Dano moral coletivo nas relações de trabalho. 4. Reparação dos danos morais coletivos nas relações trabalhistas. 5. Dano moral coletivo na reforma trabalhista. 6. Conclusão. 7. Referência bibliográficas.

1 Introdução

Os danos morais coletivos correspondem a injustas e intoleráveis lesões ao patrimônio ético-cultural de uma dada comunidade, tendo por objetivo reparar ofensas a interesses de natureza metaindividual dignos de tutela, sobretudo os extrapatrimoniais da coletividade quando atingidos em princípios que lhe são caros, a exemplo da ofensa sistemática ao ordenamento jurídico, que traduz descrédito às instituições e às leis (art. 5º, V, X, XXX, CR; arts. 1º, IV, e 3º da LACP e art. 6º, VI, CDC).

Na seara trabalhista, os danos morais coletivos decorrem de violações a um determinado círculo de valores coletivos e do descumprimento reiterado da legislação trabalhista.

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.647/2017) parece ameaçar a possibilidade de dano moral coletivo nas relações de trabalho. Contudo, é

necessária uma interpretação do texto celetista em consonância com o ordenamento jurídico, especialmente em relação a Constituição da República e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dotados de força, ao menos, supralegal.

2 Dano moral coletivo

O “Direito vem passando por profundas transformações, que podem ser sintetizadas pela palavra *socialização*”, conduzindo “o Direito ao primado claro e insofismável do coletivo sobre o individual” (BITTAR FILHO, 2005, p. 01).

Em respeito à alteridade e à tolerância, é necessário um posicionamento solidarista a fim de promover, no âmbito de toda a sociedade, a tutela dos direitos da humanidade como um todo. Assim, conforme Costa (2009, p. 43):

A missão do ordenamento jurídico é a proteção da pessoa, não apenas o indivíduo singular, mas a pessoa tomada em relação, inserida num dado contexto social, sendo possível uma pacífica vida comunitária entre os homens, regida por normas, inclusive a norma-princípio do solidarismo. (...) A solidariedade como valor significa a consciência racional dos interesses em comum, interesses de índole individual e coletiva que implicam a densificação do preceito do medievo-romana do respeito aos direitos alheios (*neminem laedere*).

De acordo com Bittar Filho (2005, p. 01), “Como não poderia deixar de ser, os reflexos desse panorama de mudança estão fazendo-se sentir na teoria do dano moral, dando origem à novel figura do dano moral coletivo”.

Dessa forma, a percepção de que o dano moral pode afetar não apenas o indivíduo, mas também a coletividade, pois os valores éticos individuais podem ser estendidos para a dimensão coletiva, conforme Araújo Júnior (2006, p. 99).

Em contrapartida, o reconhecimento do dano moral coletivo repercutiu na esfera do próprio instituto do dano moral, o qual precisou ser revisitado em seu conceito e em sua classificação, conforme exposto.

O dano moral coletivo está previsto na legislação pátria no art. 6º da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

E na Lei n. 7.437/85 (Lei da Ação Civil Pública):

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI - à ordem urbanística.

Sampaio (2009, p. 09) apresenta o seguinte conceito para tal figura jurídica: “O dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de determinado círculo de valores coletivos”.

Romita (2007, p. 84), por sua vez, se posiciona da seguinte forma:

Pode-se, então, entender por dano moral coletivo aquele que decorre da violação de direitos de certa coletividade ou a ofensa a valores próprios dessa mesma coletividade, como sucede, por exemplo, com

a crença religiosa, o sentimento de solidariedade que vincula os respectivos membros, a repulsa a atos de discriminação contra membros da coletividade ou do próprio grupo, como tal.

Como elementos caracterizadores do dano moral coletivo temos a conduta antijurídica do agente, pessoa física ou jurídica; lesão a valores da sociedade, detectados; a certeza do dano e o nexos causal entre aquela conduta antijurídica do agente e o dano sofrido.

Nas palavras de Bittar Filho (2009, p. 01), “Um valor que fica caracterizado precisamente como coletivo é a honra”, seja a honra do ponto de vista subjetivo, fundada “na dignidade, no decoro e na autoestima”, enfim, no juízo de valor que se faz de si mesmo, seja a honra em sua vertente objetiva, a reputação e o respeito de que se desfruta no meio social em que se insere, já que, sob o prisma coletivo, cada um tem respeito no meio em que se insere.

De acordo com Bittar Filho (2009:01),

Sob o prisma coletivo, também se vislumbra claramente a honra - cada um goza de reputação e respeito no meio em que vive, também a comunidade - agrupamento de pessoas e, portanto, de núcleos de valores - deve ser respeitada nas suas relações com coletividades outras, ou com indivíduos, ou com pessoas jurídicas (honra objetiva); assim como cada homem tem estima de si próprio, também a coletividade apresenta sua auto-estima.

Para Costa (2009,59), três vetores (tripé justificador) justificam o reconhecimento da ocorrência de danos excedentes da esfera da individualidade. O primeiro deles concerne à dimensão ou projeção coletiva do princípio da dignidade da pessoa humana:

Considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana convolou-se no centro axiológico do ordenamento jurídico, além de possuir dimensão unitária e social, instituindo verdadeira cláusula de tutela e dever geral de respeito à personalidade humana, tem-se como consequência o fato de que

toda violação da projeção coletiva desse princípio constitucional, consubstanciada em interesses/direitos extrapatrimoniais essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e, portanto, não adstritos a pessoas singulares, configurará dano moral coletivo. A reparação coletiva, como dito, convolou-se no “reverso da medalha” do princípio da dignidade da pessoa humana em sua projeção coletiva (COSTA, 2009:71).

O segundo, refere-se à ampliação do conceito de dano moral coletivo envolvendo não apenas a dor psíquica, porquanto a ampla proteção da pessoa humana não é pertinente à concepção reducionista pautada na associação do dano moral a caráter meramente subjetivista. A dor, o sofrimento, ou qualquer outro equivalente psíquico, correspondem, por conseguinte, tão somente a um consectário do dano moral individual. Na mesma linha, o sentimento de repulsa e indignação social é mera e possível consequência do dano moral coletivo (COSTA, 2009, p. 63-71).

Por fim, o terceiro vetor, é a coletivização dos direitos ou interesses por intermédio do reconhecimento legislativo dos direitos coletivos em sentido lato e a criação de meios processuais destinados a assegurar o irrestrito acesso de tais direitos ao Judiciário e a efetividade processual atenta às suas especificidades. “A violação desses interesses, cuja abrangência ultrapassa a esfera da singularidade, acarreta, por consequência óbvia, também danos sofridos em âmbito coletivo” (COSTA, 2009:65-71). Baseado no tripé justificador, Costa (2009, p. 71) define o dano moral coletivo:

Violação da projeção coletiva da dignidade da pessoa humana, consubstanciada em interesses/direitos extrapatrimoniais essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido lato), sendo tal violação usualmente causadora de sentimentos coletivos de repulsa, indignação e desprezo pela ordem jurídica.

Em suma, de acordo com essa visão, a lesão à esfera moral de certa comunidade ou ao círculo de valores coletivos, implicando repulsa e indignação significa, de todo modo, violação à obrigação geral de respeito pela pessoa humana, seja individual ou coletivamente considerada (COSTA, 2009:60).

Schavi (2011, p. 08) sustenta que a reparação do dano moral coletivo está fundamentada no art. 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual denota que a reparação do dano moral pode transcender a esfera individual, atingindo a coletiva, pois se refere ao termo genérico “pessoas”, assim como pelo prestígio de princípios constitucionais assegurados pela reparação coletiva do dano moral: cidadania (inciso II), dignidade da pessoa humana (inciso III); do artigo 3º, da Constituição Federal: construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), garantia do desenvolvimento nacional (II) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV) e artigo 4º: prevalência dos direitos humanos (II).

Conforme Schiavi (2011, p. 10), o dano moral coletivo e o difuso são danos autônomos, ou seja, não correspondem à soma de direitos individuais, sendo que a reparação visa à tutela da própria sociedade como um todo vitimada por um prejuízo em abstrato. Ao contrário, a reparação dos direitos individuais homogêneos atinge cada vítima considerada em sua individualidade e incide, portanto, sobre um prejuízo individual.

O dano moral coletivo distingue-se, pois, da pretensão de danos morais individuais oriunda de direitos individuais homogêneos. Estes podem ser tutelados por ações coletivas e também pela ação civil pública, mas, nesse caso, há uma soma de interesses morais individuais. A percepção do valor reparado é destinada a cada interessado que se habilita em processo coletivo.

3 Dano moral coletivo nas relações de trabalho

O dano moral coletivo na esfera trabalhista respalda-se na possibilidade conferida pela Lei da Ação Civil Pública, que dispõe sobre ações de responsabilidade por danos morais a interesse difuso ou coletivo (art. 1º, inciso VI).

Todavia, Oliveira (2010, p. 119) registra que, no âmbito das relações de emprego, há quem negue a existência de direitos difusos, argumentando que, nesses casos, é inerente a determinação de sujeitos, o que contraria a noção de direitos difusos.

Inobstante opiniões em contrário, há de se ter em vista que empregado e empregador devem, reciprocamente, em todas as fases do contrato, incluída a preliminar, respeitar direitos e deveres individuais e coletivos elencados no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Assim, conforme Oliveira (2010, p. 84), “têm, empregado e empregador, direito à intimidade, à liberdade de pensamento e expressão, de consciência e crença religiosa, de associação, de acesso a informações e de consciência, de convicção política ou filosófica, além de outras”.

No âmbito trabalhista, a ocorrência de direito ou interesse difuso é menos frequente, o que não obsta a sua possibilidade, por exemplo, em caso de anúncio vinculado nos meios de comunicação flagrantemente discriminatório para preenchimento de vagas de emprego. Nesse sentido, Minutti (2008, p. 01).

Na relação de trabalho, não apenas a prestação laboral é tutelada, mas também a pessoa física responsável por ela. A subordinação a que se sujeita o trabalhador não limita a tutela dos direitos da personalidade tampouco sua dignidade.

Schiavi (2011, p. 05-07) reconhece a defesa doutrinária no sentido de reconhecimento de dano moral de categoria diferenciada e restrita pela sua origem ao âmbito do Direito do Trabalho: “dano moral trabalhista”. Todavia, para referido autor, não há diferença ontológica entre o dano moral percebido na esfera laboral do civil, sendo ambas as reparações de índole constitucional e civil, diferenciadas apenas pelo nexu causal.

Assim, Shiavi (2011, p. 07) defende que inexistente o chamado “dano moral trabalhista”, havendo tão somente dano moral decorrente de relações de trabalho, “pois a reparação por danos morais não é uma parcela trabalhista “*stricto sensu*” e nem se confunde com as indenizações trabalhistas”.

O dano moral oriundo de lesões a interesses difusos ou coletivos, em sentido estrito, vislumbrados dentro da ótica do Direito do Trabalho - o qual, registra-se, tutela, além das relações de cunho estritamente empregatício, determinadas relações de trabalho normativamente

especificadas (DELGADO, 2009, p. 49) -, tem amparo jurídico nas mesmas premissas do dano moral coletivo vislumbrado em outras esferas, como na proteção ao meio ambiente ou aos consumidores.

O dano moral coletivo encontra seu sustentáculo normativo na lesão à dignidade da pessoa humana concebida em sua esfera plena, tanto individual quanto coletiva, atingindo interesses metaindividuais.

Sobre o tema, a 5ª Turma do TST se posicionou em processo de relatoria da Ministra Kátia Magalhães Arruda:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREENCHIMENTO DA COTA PARA CONTRATAÇÃO DE PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS. DANO MORAL COLETIVO.

No âmbito das relações laborais, o dano moral coletivo caracteriza-se quando a conduta antijurídica praticada contra trabalhadores extrapola o interesse jurídico individualmente considerado e atinge interesses transindividuais socialmente relevantes para a coletividade. Contudo, ficou consignado no acórdão recorrido que a reclamada, reconhecendo que o número de portadores de deficiência contratados estava abaixo do mínimo legal exigido, comprometeu-se a ajustar sua conduta, conforme conciliação homologada em juízo, sob pena do pagamento de astreintes no valor de R\$ 5.000,00, reversíveis ao FAT, compromisso formalizado em audiência conciliatória perante o juízo de primeiro grau. Não é certo, portanto, exercer o caráter pedagógico-preventivo e punitivo quando a empresa toma a atitude de corrigir sua conduta adequando seu quadro de funcionários às cotas destinadas aos portadores de necessidades especiais. Também deve se levar em conta a conjuntura econômica da empresa, a fim de não ocasionar uma quebra inesperada, pois não é esse o objetivo da Justiça Trabalhista. Resta ao Ministério Público do Trabalho

observar se a reclamada está cumprindo com o convencionado, valendo-se da multa imposta nestes autos, caso assim não esteja procedendo. Recurso de revista conhecido, mas não provido.

Processo: RR - 98300-40.2007.5.24.0072 Data de Julgamento: 28/09/2011, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2011. (Grifo nosso).

Ainda segundo Schiavi (2011, p. 08), a reparação por dano moral coletivo tem por finalidade a prevenção de eclosão de ações de danos morais individuais, a promoção do acesso à justiça e de uma ordem justa, e a garantia da proteção da moral coletiva bem como da própria sociedade.

O dano moral coletivo nas relações de trabalho evidencia-se diante de condutas atentatórias a direitos ou interesses transindividuais violadoras da dignidade da pessoa humana coletivamente considerada.

Exemplificam o dano moral coletivo na esfera trabalhista: exploração de crianças e adolescentes no trabalho; submissão de grupos de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívidas; descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde e prática de fraudes contra grupos ou categorias de trabalhadores, revistas íntimas coletivas que violem a intimidade dos empregados, submissão de trabalhadores, coletivamente, a assédio moral a fim de aderirem a Programa de Demissão Voluntária, meio ambiente de trabalho em condições de risco acentuado, descumprimento contumaz das garantias mínimas trabalhistas, máxime o pagamento do salário mínimo, períodos de descanso e limitação de jornada, grupo de trabalhadores que são tratados sem condições mínimas de dignidade pelos superiores hierárquicos, com manifesto abuso do Poder Diretivo e discriminações.

4 Reparação dos danos morais coletivos nas relações trabalhistas

A reparação do dano moral individual é atualmente matéria pacífica e o dano moral coletivo é reconhecido, inclusive em âmbito trabalhista.

A fim de compreender o âmbito de incidência do dano moral coletivo nas relações de trabalho, é necessário, inicialmente, analisar a teoria clássica do dano moral.

Três são as tradicionais funções da responsabilidade civil de acordo com a teoria clássica: preventiva, satisfatória e punitiva. A primeira tem como objetivo educar o ofensor e desmotivar a sociedade a realizar condutas semelhantes. A satisfatória, indenizar o lesado proporcionalmente ao grau de ofensa, compensando-o. E a função punitiva almeja castigar o ofensor.

No Brasil, o binômio compensação-punição tem sido adotado no caso dos danos morais individuais. Segundo Cavalieri (2005, p. 271).

No Brasil, o modelo adotado por nossos tribunais e pela doutrina tem sido binômio compensação-punição, sob o pressuposto de melhor atender aos princípios da indenização dos danos não patrimoniais, por considerar que, na medida em que compensa os prejuízos sofridos, pune o ofensor para desestimulá-lo à prática de novos atos lesivos.

O ressarcimento do dano moral individual deve, pois, ser compreendido como de natureza compensatória e punitiva. Compensatória por oferecer à vítima uma satisfação que visa à diminuição indireta dos sacrifícios experimentados em virtude da lesão aos direitos da personalidade e à sua dignidade.

E também punitiva, visto que ao ofensor o ordenamento jurídico deve impor uma pena, de forma que a “indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima”, segundo Cavalieri (2005, p. 271).

A indenização do dano moral surge como instrumento capaz de abrandar o sofrimento da vítima por meio de compensação pecuniária e/ou do reconhecimento em público pelo agressor da inocência do ofendido, como também se caracteriza pela natureza pedagógica, na medida em que a fixação da indenização por dano moral também objetiva inibir novas práticas ofensivas (ARAÚJO JÚNIOR, 2006:101)

A reparação do dano moral individual tem, portanto, natureza dupla: indenizatória (compensatória) e punitivo-pedagógica. Por outro lado, pelas suas particularidades, a reparação do dano moral coletivo não possui o mesmo tratamento da relativa ao dano moral individual, no qual as funções não se apresentam em ordem hierárquica, prevalecendo, assim, a natureza punitivo-pedagógica em detrimento da compensatória.

Bittar Filho (2011) defende que a condenação, quando em dinheiro, deve ter dupla função - compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor -, objetivando-se evitar a reiteração de violações aos valores coletivos. A fixação do *quantum debeatur* deve ser pautada em critérios de razoabilidade, considerando fatores também aplicáveis na seara individual como gravidade da lesão, situação econômica do agente e circunstâncias do fato.

DANOS MORAIS COLETIVOS. VALOR ARBITRADO. Em atenção aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade entre a gravidade da culpa e o dano sofrido, deve ser reformada a decisão regional, reduzindo-se o valor arbitrado a título de indenização por danos morais. Recurso de revista conhecido e provido.- (RR-117100-43.2005.5.15.0006, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT de 8/4/2011)

Em razão da natureza do bem jurídico violado, a dignidade da pessoa humana em sua dimensão coletiva, a lesão a interesses ou a direitos metaindividuais apresentam alta carga de prejuízo social, sobressaindo as funções preventivo-pedagógica e socioeducativa.

Para Costa (2009, p. 74/75), a compensação do dano à vítima resta prejudicada na seara dos direitos metaindividuais, nos quais o lesado é uma coletividade composta por vítimas não identificadas, ao menos *a priori*.

A finalidade punitiva do valor pecuniário quando se trata de lesão a direitos difusos e coletivos que acarrete em dano moral coletivo é, portanto, destacável. Nesse sentido, manifestou-se a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho.

DANOS MORAIS COLETIVOS - VALOR DA INDENIZAÇÃO. Nas hipóteses de danos morais coletivos, em face da inegável relevância de sua reparação, deve ser dada maior ênfase ao caráter punitivo. Assim, embora não se negue a existência de caráter compensatório na indenização por danos morais coletivos - já que os seus valores são destinados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador

(FAT), e, portanto, serão destinados à defesa de interesses equivalentes àqueles que geraram a condenação judicial -, é inevitável reconhecer que o seu arbitramento deve observar, principalmente, o caráter sancionatório-pedagógico, de forma a desestimular outras condutas danosas a interesses coletivos extrapatrimoniais. Na hipótese dos autos, a ação civil pública foi motivada pela alegação de supressão de diversos direitos. Dentre eles, podemos destacar como passíveis de gerar danos à coletividade aqueles relativos à medicina e à segurança do trabalho, ou seja, o direito à disponibilização de camas, colchões, equipamentos de proteção individuais, água potável e instalações sanitárias, além da proibição de acesso e trabalho de menores de 18 anos nas plantas de carbonização e a abstenção da empresa em contratar empreiteiras para atuarem em sua atividade-fim (fls. 53/54). O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil Brasileiro determina que se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Nesse passo, entendo que o valor fixado no acórdão regional (R\$ 1.000.000,00) implicou em um valor por demais elevado, em especial pelo fato de que o Tribunal Regional visou indenizar o dano sofrido pelos trabalhadores em decorrência da adoção de -jornada de trabalho superior ao permitido por lei, ausência de intervalo intra e interjornada-, que, conforme antes ressaltado, dizem respeito a direitos individuais, que deveriam ser pleiteados em ações próprias, e não na presente, em que se busca o arbitramento de indenização por dano moral à coletividade, com destinação do valor arbitrado ao Fundo de Amparo ao Trabalhador. Assim, considerando-se a restrição das condutas praticadas pela reclamada enquadradas

como lesivas a um espectro mais amplo de indivíduos e a toda a classe de trabalhadores, entendo ser necessária a adequação do valor arbitrado a título de danos morais coletivos em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.- (RR-148840-63.2005.5.03.0067, Redator Ministro Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DEJT de 6/8/2010) (Grifo nosso)

Nas palavras de Silva (2004, p. 133), “A ação tendente à reparação do dano moral coletivo objetiva ao ressarcimento de um prejuízo abstrato infligido (...), a qual há de ser recolhida a um fundo com destinação social”.

Os valores auferidos nas condenações por dano moral coletivo são revertidos a Fundo estabelecido pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), art. 13. No âmbito do Direito do Trabalho, os recursos são destinados ao Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT), criado pela Lei n. 7.998/90, o qual tem por finalidade o custeio do Programa de Seguro-Desemprego, pagamento do Abono Salarial (PIS), e o financiamento de programas de desenvolvimento socioeconômico voltado para o interesse dos trabalhadores.

Tendo em vista que o FAT não tem por escopo destinação de recursos a recomposição de interesses de ordem coletiva, é grande a discussão doutrinária acerca de sua procedência. Todavia, a ausência de fundo próprio na seara trabalhista para recebimento de valores arrecadados a título de condenação por lesão a interesses ou direitos difusos ou coletivos torna, na atualidade, a utilização do FAT uma realidade.

Diante dessa crítica, Costa (2009, p. 79) se posiciona no sentido de que,

Vem-se construindo, na rotina jurisdicional e administrativa dos atores sociais das ações coletivas e também em sede doutrinária, a correta concepção de que a legislação, ao instituir fluido receptor de pecúnia, não afastou a concepção social prioritária da necessidade de recomposição, na medida do possível, mesmo não sendo por intermédio de aparelhamento monetário do fundo (...). Em outras

palavras significa a premência da proteção social, não a indenização em pecúnia.

Nessa perspectiva, ganham destaques compromissos firmados em sede de Ações Cíveis Públicas e Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's), por intermédio do Ministério Público do Trabalho (MPT) para a não aplicação de valores arrecadados ao FAT, e sim, a destinações de cunho coletivo, como criação de campanha para conscientização social sobre discriminação ou para o combate ao trabalho infantil; compra de computadores e veículos destinados a equiparar equipes de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE); investimento em cursos profissionais de empregados (COSTA, 2009:79-81).

5 Dano moral coletivo na reforma trabalhista

A Reforma Trabalhista parece ameaçar a possibilidade de dano moral coletivo nos artigos 223-A e 223-B da CLT, de acordo com os quais:

Art. 223-A. “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.”

Art. 223-B. “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.”

Diante das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, é necessária uma interpretação, conforme Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017), lógico-racional, sistemática e teleológica do texto celetista, em consonância com o ordenamento jurídico, especialmente em relação a Constituição da República e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dotados de força, ao menos, supralegal, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343/SP.

Nesse teor, deve-se ter em mente não apenas as regras jurídicas, mas também os princípios jurídicos, que possuem, igualmente, força normativa, hábeis a impulsionar uma hermenêutica concretizadora da

eficácia dos direitos fundamentais, com aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da Constituição da República).

Assim, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CR/88), que se encontra no epicentro dos valores nos ordenamentos jurídicos ocidentais, seja em sua dimensão individual ou coletiva, quando atinge interesses metaindividuais, deve guiar o intérprete do Direito diante da leitura de normas infraconstitucionais.

Qualquer legislação que restrinja a efetividade da reparação do dano moral viola o art. 5º da Constituição da República, especificamente os incisos V e X, pois a intenção do constituinte foi proteger e reparar o dano moral.

Os direitos fundamentais são fruto de um processo histórico de reconhecimento. As restrições aos direitos fundamentais não podem atingir o núcleo ineliminável desses direitos, a fim de que não ocorra um verdadeiro retrocesso social, devendo se respeitar o princípio da implementação progressiva dos direitos sociais, conforme arts. 1º e 5, II, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica) e, na seara dos direitos trabalhistas, no art. 7º, *caput*, da Constituição da República.

Denota-se do art. 223-A da CLT uma tentativa de afastar os diplomas normativos aplicáveis à tutela do dano moral coletivo nas relações de trabalho, sobretudo o microssistema processual coletivo, a teor da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e da Lei 8.078/90 (CDC), restringindo a aplicação ao texto celetista.

Costa (2017, p. 186), após elencar os diplomas normativos aplicáveis ao dano moral coletivo ou extrapatrimonial nas relações trabalhistas, como a Constituição da República, Lei 7.347/85, Lei 4.717/65, Lei 8.078/90, Leis de regência dos Ministérios Públicos Estaduais e Lei Orgânica do Ministério Público da União, além de diplomas especiais acerca da tutela coletiva, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 7.913/89, Lei 8.884/94 e Estatuto do Idoso, afirma que:

Ora, considerando a verdadeira simbiose dos citados textos normativos, cujo movimento restou deflagrado há muitas décadas, com esteio no reconhecimento constitucional de direitos que ultrapassam a esfera da individualidade, bem como na chancela, também constitucional, da ampla possibilidade de reparação do dano de natureza extrapatrimonial (art. 5º, V e X), não se pode reconhecer como correta tal pretensão de imposição de aplicação exclusiva celetista para o instituto do dano extrapatrimonial coletivo. Como já citado várias vezes, temos aí a consagração de anos de retrocesso...

Assim, a alteração legislativa não modifica a atuação do Ministério Público do Trabalho e os pedidos de indenização por dano moral coletivo, na medida em que continuam plenamente vigentes e aplicáveis os dispositivos constitucionais e do direito comum que amparam tais pedidos, por força do art. 8º da CLT, não revogado.

Por outro lado, o art. 223-B da CLT tem a pretensão de restringir os danos extrapatrimoniais a titulares determinados, ao afirmar que pessoas físicas ou jurídicas são as titulares exclusivas do direito à reparação, o que não se compatibiliza com a tutela dos danos morais coletivos, por se relacionarem a sujeitos de titularidade indeterminada.

A tentativa de restrição do direito de ação ao titular do direito material afronta o art. 129 da CR/88, pois excepciona a legitimidade conferida, constitucionalmente, ao Ministério Público do Trabalho de propor a ação civil pública para a defesa de interesses transindividuais na esfera das relações trabalhistas, o que abrange os direitos extrapatrimoniais, a teor a do art. 6º, VII, “a”, da Lei Complementar 75/93.

As alterações legislativas promovidas pela Reforma Trabalhista não possuem o poder de aniquilar o entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado acerca do dano moral coletivo nas relações de trabalho, que se encontra em consonância com o ordenamento jurídico hodierno.

Ademais, no que tange à possível alegação de tarifação do dano moral coletivo em razão do art. 223-G da CLT, há de se destacar que os critérios elencados em tal dispositivo conectam-se à dimensão subjetiva e individual do dano, pois mencionam a intensidade do sofrimento ou da humilhação, possibilidade de superação física ou psicológica ou os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão.

A feição individual do dano choca-se com a natureza objetiva do dano moral coletivo, já que não subordinada à esfera subjetiva dos sujeitos. Dessa forma, não é pertinente a aplicação dos critérios subjetivistas previstos no art. 223-G da CLT, cuja inconstitucionalidade é questionável, à quantificação do dano moral coletivo.

6 Conclusão

As alterações legislativas promovidas pela Reforma Trabalhista não possuem o poder de aniquilar o entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado acerca do dano moral coletivo nas relações de trabalho, que se encontra em consonância com o ordenamento jurídico hodierno, incluindo os princípios jurídicos, dotados de força normativa.

Assim, as modificações promovidas no texto celetista devem ser lidas em consonância com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CR/88), com os arts. 5º, V, X e §1º, 7º e 129, caput, da CR/88, além do art. 6º, VII, “a”, da Lei Complementar 75/93, assim como com os arts. 1º e 5, II, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica) e ainda em conjunto com todo o microssistema processual coletivo, incluindo as Lei 7.347/85, Lei 4.717/65, Lei 8.078/90, Leis de regência dos Ministérios Públicos Estaduais e Lei Orgânica do Ministério Público da União, além de diplomas especiais acerca da tutela coletiva, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 7.913/89, Lei 8.884/94 e Estatuto do Idoso.

Por conseguinte, conclui-se, a partir da interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do texto celetista, que não é possível se aplicar os

arts. 223-A, 223-B e 223-G da CLT aos danos morais coletivos nas relações de trabalho.

7 Referências bibliográficas

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. Primeiras impressões sobre o impacto da reforma trabalhista no instituto do dano moral coletivo nas relações de trabalho. In: Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho. Juliane Caravieri Martins, Magno Luiz Barbosa, Zélia Maria Cardoso Montal (orgs.). São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. **Dano Moral Decorrente do Trabalho em Condição Análoga à de Escravo: Âmbito Individual e Coletivo.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 72, nº 3, p. 87 - 104, set / dez, 2006. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/3686/004_araujojunior.pdf?sequence=9&isAllowed=y>. Acesso em 16 de janeiro de 2018.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo.** Esmarn, 2009. Disponível em <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/86/77>. Acesso em 16 de janeiro de 2018.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 559, 17 jan., 2005. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/6183/do-dano-moral-coletivo-no-atual-contexto-juridico-brasileiro>>. Acesso em 16 de janeiro de 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 6ª Ed., rev., ampl, e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

CHAMBERLAIN, Marise M. Cavalcanti. Direitos ou Interesses Metaindividuais e sua Classificação. *In*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.) **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano Moral (Extrapatrimonial) Coletivo**. São Paulo: LTr, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1982.

FONSECA, José Geraldo da. Dano Moral da Pessoa Jurídica. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre, RS, v. 75, n 4, p. 43 - 64, out / dez., 2009. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13838/003_fonseca.pdf?sequence=6&isAllowed=y>. Acesso em 16 de janeiro de 2018.

LOZER, Juliana Carlesso. Direitos Humanos e Interesses Metaindividuais. *In*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.) **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004.

LYRA, Bruno. Os Direitos Metaindividuais Analisados Sob a Ótica dos Direitos Individuais. *In*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.) **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. 6ª Ed. Atual e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. BENDAHÁN, Oscar Mago. **Reconocimiento Constitucional de la Dignidad, Individualidad y Derechos de la Personalidad**. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid:, 2006.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a Gestão Ambiental em foco: doutrina, Jurisprudência e Glossário**. 5ª Ed. Reform., Atual., e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILARÉ, Édis. COIMBRA, José Ávila Aguiar. Antropocentrismo x Ecocentrismo na Ciência Jurídica. *In: Revista de Direito Ambiental*. Ano 9, n. 36, out - dez, 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizziatto. **O Dano Moral e sua Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Jaciara de. FERRONI, Edson, Thomas. **Breves Considerações Sobre o Dano Moral Coletivo**. Revista Matiz On Line. Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior. Disponível em <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?pagina=229&idarea=24&id_dh=6672>. Acesso em 16 de janeiro de 2016.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. **O Dano Pessoal no Direito do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Instituições de Direito Civil. De Acordo com o Código Civil de 2002**. 20º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RÍO, José Manuel Lette Del. **Derecho de la Persona**. 3ª ed. Madrid: Tecnos: 1996.

ROMITA, Arion Sayão. Dano Moral Coletivo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre: RS, v. 73, n. 2, p. 79 - 87, abr / jun, 2007. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/2305/004_romita.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em 16 de janeiro de 2018.

SAMPAIO, Tadeu Cincurá de Andrade Silva. Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. **Jornal Trabalhista Consulex**. Brasília, DF, v. 26, n. 1292, p. 4 - 8, set., 2009.

SCHIAVI, Mauro. **Dano Moral Coletivo Decorrente da Relação de Trabalho**. Disponível em <<http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/Dano%20Moral%20Coletivo.pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2011.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

STANCIOLI, Brunello. **Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em <
<http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm>>. Acesso em 04 de outubro de 2011.

CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS COM BASE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: LIMITES E POSSIBILIDADES

RICARDO MIRANDA BARBOSA:
Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

RESUMO: O presente trabalho visa analisar a temática dos negócios processuais atípicos no Novo Código de Processo Civil brasileiro, que foi permitido com base no art. 190, com enfoque nos limites e possibilidades de flexibilização do procedimento.

PALAVRAS-CHAVE: Negócios processuais atípicos no CPC 2015. Flexibilização processual. Limites. Possibilidades.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Negócios Processuais Atípicos no CPC/2015; 3. Limites e Possibilidades; 4. Conclusão; 5. Referências.

1 Introdução

Este trabalho busca analisar as inovações trazidas pelo artigo 190 do Novo Código de Processo Civil, o qual permite que as partes celebrem negócios processuais atípicos, convencionando para flexibilizar o processo para que atenda de forma mais eficaz aos seus interesses.

O enfoque que se dará aqui é exatamente nas possibilidades que terão as partes para exercer essa flexibilização, ou seja, o que elas poderão, ou não, fazer para adaptar o processo às suas necessidades.

Será analisada, portanto, a celebração de negócios processuais atípicos pelas partes com base no novo código de processo civil, com enfoque em seus limites e possibilidades.

2 Negócios Processuais Atípicos no CPC/2015

O tema dos negócios jurídicos processuais ganhou grande destaque com o Novo Código de Processo Civil. Com ele, será possível que as partes e o julgador modulem o procedimento à realidade do caso concreto, adaptando-o às necessidades processuais das partes, a fim de proporcionar uma efetiva e adequada entrega da prestação jurisdicional.

O art. 190 do NCPD consagra essa atipicidade dos negócios jurídicos processuais, de modo que eles poderão ser celebrados antes ou durante a

instauração do processo e mudar seu trâmite regular, adaptando-o às suas necessidades e, conseqüentemente, permitindo a melhor resolução do caso concreto marcado pelo ajuste de vontades.

Os negócios processuais permitem uma visão mais democrática do procedimento jurisdicional, influenciando para que as partes dialoguem e cheguem a um acordo antes mesmo do desenrolar do processo. Eles constituem meios de se obter maior eficiência processual, reforçando o devido processo legal, na medida em que permitem que haja maior adequação do processo à realidade do caso. Tal fato importa no reforço de princípios como a cooperação, a boa-fé e a lealdade processuais, tanto pelas partes como pelo magistrado^[1]. Este, a propósito, passa a ser um sujeito atuante no desenvolvimento da relação processual, auxiliando na busca da melhor solução para o caso concreto, não mais apenas como um fiscal de regras. Não há protagonismo de qualquer das partes processuais.

Fica claro, assim, que isto representou uma grande mudança em relação ao procedimento passado. A ideia do emprego da rigidez das formas como um meio de se atingir uma tutela jurisdicional adequada perdeu espaço para a cooperação das partes na busca da melhor forma de alcançar o bem jurídico pretendido. O novo CPC, fundado na concepção da democracia participativa, estrutura-se de modo a permitir maior valorização da vontade dos sujeitos processuais, a quem se confere a possibilidade de promover o autorregramento de suas situações processuais.

O código, contudo, não estabelece nenhuma regra, exemplo ou limite para a flexibilização do procedimento, de modo que caberá à doutrina e à jurisprudência pátrias desenvolver o instituto em nossa cultura jurídica, para que ele seja realmente executado de forma positiva no cotidiano forense. Até lá, no entanto, os advogados terão o grande desafio de compreender e assimilar esta nova realidade processual, a fim de que consigam usufruir de todas as possibilidades abertas por ela, auxiliando na busca por uma tutela jurisdicional mais efetiva, célere e justa.

O tema, portanto, ainda é muito recente e será extremamente discutido entre os doutrinadores e também nos próprios tribunais do país. O universo dos negócios jurídicos processuais possíveis é incalculável, pois eles advêm da própria imaginação e criatividade das partes e do magistrado no caso concreto.

O presente trabalho visa analisar essa liberdade das partes para a celebração de negócios processuais atípicos, suas possibilidades e limites. É evidente que não é possível, por todo exposto, afirmar quais são todas as flexibilizações procedimentais possíveis, mas iremos buscar copilar e entender a doutrina já criada para discutir o assunto.

Por fim, vale a pena conferir os esclarecedores comentários de Fredie Didier e Leonardo da Cunha, respectivamente, a respeito do tema:

“O projeto do novo CPC adota um modelo cooperativo de processo, com valorização da vontade das partes e equilíbrio nas funções dos sujeitos processuais. Há, a partir daí, o prestígio da autonomia da vontade das partes, cujo fundamento é a liberdade, um dos principais direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal. O direito à liberdade contém o direito ao autorregramento, justificando o chamado *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*”^[2].

“O autorregramento da vontade no processo é permitido, assegurado e respeitado. O novo CPC é estruturado de maneira a estimular a solução do conflito pela via que parecer mais adequada a cada caso, não erigindo a jurisdição como necessariamente a melhor opção para eliminar a disputa de interesses”^[3].

3 Limites e Possibilidades

O supramencionado art. 190 do Novo Código de Processo Civil dispõe que:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Importante também observar o art. 191 do Novo Código, que dispõe sobre a calendarização processual:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Este artigo já mostra um dos principais acordos que as partes podem fazer: elas fixarão, dependendo da anuência do magistrado, novo calendário para as práticas processuais, podendo mudar inclusive o prazo normal que cada recurso possui. Tal mudança pode dar muita velocidade ao procedimento, conforme seja a intenção das partes, visto que o §2º, inclusive, dispensa a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. Assim, tanto as partes como o juiz ficam vinculados ao calendário acordado, que só pode sofrer alterações em casos excepcionais, devendo ser justificadas. Vale lembrar que o magistrado deve concordar com as mudanças, conforme preconiza o parágrafo único do art. 190, acima transcrito. Apesar disso, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial, salvo nos casos expressamente previstos em lei, quando a homologação corresponde a uma condição de eficácia do negócio.

Diversos outros artigos do NCPD também trazem exemplos de flexibilização do processo, como o art. 139, incisos V e VI, que dizem incumbir ao juiz, “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” e “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”. O §1º do art. 113, sobre o mesmo tema, afirma que “o juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença”. Há, ainda, outros dispositivos que se referem ao tema, que tratam da autocomposição, regulando a mediação e a conciliação (arts. 165 a 175), inserindo a tentativa de autocomposição como ato anterior à defesa do réu (arts. 334), permitindo, no acordo judicial, a inclusão de matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º), etc.

Fica evidente, contudo, que o código não fala, em nenhum momento, até onde as partes poderão convencionar para flexibilizar o processo, nem sua forma e seu limite. Isso faz com que haja uma grande dúvida por parte dos advogados e magistrados sobre o que será possível fazer com esse novo instrumento. Para esclarecer e fixar esses limites, será muito importante a influência da doutrina e da jurisprudência nesses quesitos.

Como ensina o professor Alexandre Pimentel^[4], “reconhecida parcela de autonomia para que as partes estabeleçam negócios jurídicos processuais, a atuação dessa autonomia não se mostra tão ampla como acontece no direito privado. O desafio, portanto, é estabelecer uma sintonia entre a autonomia da vontade e o publicismo garantista do processo”.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) realizou o II Encontro de Jovens Processualistas, em 2013, estabelecendo uma série de enunciados relativos a vários temas do NCPC, entre eles os “Negócios Jurídicos Processuais” do art. 190. Posteriormente, vários outros encontros foram realizados, sendo o último o Fórum Permanente de Processualistas Civis^[5], em 2017, em Florianópolis, quando novos enunciados foram criados e alguns alterados pelos participantes. Interessante notar que, para que um enunciado seja criado, é necessário que todos os processualistas presentes aceitem a redação proposta. A despeito de ser mais difícil de ser atingida, a unanimidade confere grande legitimidade aos enunciados, já que, em cada Fórum, estiveram presentes centenas de processualistas de todo país, de diferentes escolas e correntes doutrinárias.

A princípio, revela-se importante destacar o Enunciado 6, o qual afirma que “o negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”. Daniel Amorim Assumpção^[6], ao analisar o art. 190, afirma que não podem as partes acordar pelo afastamento de seus deveres, o que transformaria o processo em uma “terra de ninguém”, em que o juiz teria que aceitar qualquer tipo de barbaridade sem poder coibir ou sancionar tais comportamentos.

Nesses encontros, os processualistas buscaram ao máximo exemplificar quais negócios processuais podem ser realizados e quais não podem, a fim de clarificar os limites e possibilidades do instituto. Alguns desses enunciados, que estão correlacionados abaixo, mostram a grande quantidade de possibilidades de negócios processuais atípicos que as partes podem acordar em seu processo, bem como algumas matérias que não podem ser alteradas pela convenção:

19. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação

prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba)

21. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)

262. (arts. 190, 520, IV, 521). É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença. (Grupo: Negócios Processuais)

490. (art. 190; art. 81, §3º; art. 297, parágrafo único; art. 329, inc. II; art. 520, inc. I; art. 848, inc. II). São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, §3º, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II). (Grupo: Negócios processuais)

491. (art. 190) É possível negócio jurídico processual que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada a necessidade de 110 Redação original: “(art. 3º, §§ 2º e 3º; art. 139, V) É cabível a audiência de conciliação e mediação no processo de execução, na qual é admissível, entre outras coisas, a apresentação de plano de cumprimento da prestação”. 63 anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo. (Grupo: Negócios processuais)

492. (art. 190) O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter negócios processuais. (Grupo: Negócios processuais)

579. (arts. 190, 219 e 222, §1º) Admite-se o negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos. (Grupo: Negócios processuais)

580. (arts. 190; 337, X; 313, II) É admissível o negócio processual estabelecendo que a alegação de existência de convenção de arbitragem será feita por simples petição, com a interrupção ou suspensão do prazo para contestação. (Grupo: Negócios processuais)

20. (art. 190) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos¹⁸. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no VI FPPC Curitiba)

392. (arts. 138 e 190) As partes não podem estabelecer, em convenção processual, a vedação da participação do amicus curiae. (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros)

Como analisa Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte^[7] sobre esses enunciados, “desde o estabelecimento de deveres e sanções, passando pela ampliação e redução de prazos processuais, tempo de sustentação, rateio de despesas processuais, dispensa de assistentes técnicos e execução provisória, dentre outros, podem ser estabelecidos. Vê-se a primazia da vontade atuando no campo processual, revelando o pioneirismo do nosso Código e o ajuste a valores democráticos, em consonância com os novos tempos”.

Como pôde ser visto, foram proibidos os negócios bilaterais que alterariam outros princípios do processo, como o da territorialidade e o da não supressão de instâncias. Sobre isso, Leonardo Greco^[8] observa que os princípios e garantias fundamentais do processo constituem limites obstativos à validade dos negócios processuais, pelo que são inválidos os que mitiguem princípios já sedimentados no Direito Processual, como os princípios do juiz natural, da razoável duração do processo e da vedação de prova ilícita

Seria um absurdo que as partes pudessem escolher para o STJ, por exemplo, funcionar como primeira instância da sua causa, então obviamente todas as instâncias devem ser respeitadas e mantidas. A flexibilização do procedimento não é uma arbitragem, em que as partes teriam liberdade quase que total para fazer o que bem entendessem. Por isso, Pimentel^[9] afirma que “é possível reconhecer também como limite aos negócios processuais a participação do Judiciário, representante do Poder Público, enquanto sujeito processual e cuja vontade deve ser levada em consideração. Não é possível, por exemplo, que as partes estipulem acordos que vinculem o juiz a admitir provas ilícitas ou que imponham que ele se abstenha de reconhecer alguma irregularidade, aliás, ao contrário do que se possa concluir, o juiz permanece atuando ativamente do processo”.

Cumpra esclarecer, aqui, que as partes podem, no negócio processual bilateral, estabelecer outros deveres e sanções para o caso de descumprimento da convenção, a fim de conceder maior autorregulação e autoexecutoriedade ao sistema acordado (enunciado nº 17 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis). Além disso, em caso de descumprimento de uma convenção processual válida, o conhecimento dessa matéria não pode ser realizado de ofício pelo juiz, dependendo de requerimento (Enunciado 252).

Quanto à nulidade do acordo procedimental, há interessantes e esclarecedores enunciados, com o que prever a necessidade do prejuízo para a invalidade do ato. Também merece destaque o dispositivo segundo o qual, quando a parte celebra um negócio processual sem advogado, o acordo possui indício de vulnerabilidade.

16. (art. 190, parágrafo único) O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo. (Grupo: Negócio Processual)

18. (art. 190, parágrafo único) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Grupo: Negócio Processual)

409. (art. 190; art. 8º, caput, Lei 9.307/1996) A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual. (Grupo: Negócios processuais)

Além disso, a invalidação dos negócios jurídicos atípicos pode acontecer por defeitos processuais, vícios da vontade e por vícios sociais, de modo parcial ou total.

Os processualistas também impuseram alguns requisitos de validade para os acordos, tanto para as partes como para terceiros, além de lembrarem que o negócio processual pode ser desfeito:

402. (art. 190) A eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo. (Grupo: Negócios processuais)

403. (art. 190; art. 104, Código Civil) A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. (Grupo: Negócios processuais)

411. (art. 190) O negócio processual pode ser distratado. (Grupo: Negócios processuais)

Analisaremos agora outros enunciados sobre o Negócio Processual Atípico:

131. (art. 190; art. 15) Aplica-se ao processo do trabalho o disposto no art. 190 no que se refere à flexibilidade do procedimento por proposta das partes, inclusive quanto aos prazos. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho)

Importante destacar que, apesar desse enunciado não ter sido cancelado pelo grupo, o Tribunal Superior do Trabalho, na Instrução Normativa 39/2016^[10], disse que não se aplica ao Processo do Trabalho o art. 190 do CPC, de modo que as partes, no processo do trabalho, não podem criar cláusulas processuais atípicas.

135. (art. 191, § 4º) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais)

Sobre esse tema, faz-se imperiosa a lição de Diogo Rezende^[11]:

“A impossibilidade de disposição do direito material não afeta, em regra a possibilidade de disposição de direito processual. O interesse em disputa pode ser indisponível, mas as partes permanecem livres a contratarem sobre alteração de foro, redistribuição de ônus da prova, escolha conjunta de perito, suspensão do processo, alteração da data de audiência etc. Do mesmo modo, conquanto seja disponível o direito material em jogo, é vedada a

convenção processual que, por exemplo, diminua o prazo de contestação para dois dias, uma vez que acarreta mitigação exacerbada ao direito de defesa do réu e, conseqüentemente, afeta direito processual indisponível.”

Importante perceber que os acordos processuais atípicos podem ser celebrados pelo Ministério Público, pela Fazenda Nacional, em convenção coletiva e até no sistema dos juizados especiais, conforme os seguintes enunciados:

253. (art. 190; Resolução n. 118/CNMP) O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte. (Grupo: Negócios Processuais)

254. (art. 190) É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. (Grupo: Negócios Processuais)

255. (art. 190) É admissível a celebração de convenção processual coletiva. (Grupo: Negócios Processuais)

256. (art. 190) A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais)

413. (arts. 190 e 191; Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009). O negócio jurídico processual pode ser celebrado no sistema dos juizados especiais, desde que observado o conjunto dos princípios que o orienta, ficando sujeito a controle judicial na forma do parágrafo único do art. 190 do CPC. (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante)

Assim, abrangeu-se e incentivou-se ainda mais a aplicação do art. 190 do NCPC. Outras características surgiram também, como a dispensa da homologação judicial, a possibilidade de invalidação parcial do negócio celebrado e a natureza do direito material, que não serve de obstáculo à flexibilização.

Outros autores já têm escrito diversos artigos sobre a celebração de negócios processuais atípicos, analisando os mais diversos institutos que podem sofrer alterações com a disposição do art. 190 do NCPC.

Fredie Didier^[12], uma dos maiores responsáveis pela elaboração do Novo CPC, afirma que negócio jurídico pode ser fonte normativa de legitimação extraordinária. Vale lembrar que na legitimação extraordinária confere-se a alguém o poder de conduzir processo que versa sobre direito

do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo. Ele explica: segundo o CPC antigo, a fonte normativa de legitimação extraordinária era somente lei (art. 6º CPC/73). O Novo CPC, por outro lado, diz, no art. 18, que ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Segundo o autor, negócio jurídico é fonte de norma jurídica, que, por isso mesmo, também compõe o ordenamento jurídico. Destarte, negócio jurídico pode ser fonte normativa da legitimação extraordinária, ou seja, o NCPC permite que exista a legitimação extraordinária atípica, de origem negocial.

Didier^[13] também ensina que o NCPC permitiu a existência do litisconsórcio necessário por força do negócio jurídico processual. O Novo CPC, que tem a mesma redação do atual, diz que “será necessário o litisconsórcio quando for unitário ou por expressa disposição de lei”. Como os negócios processuais podem ser feitos antes mesmo da instauração do processo, é possível que um contrato, por exemplo, seja firmado por mais de duas pessoas, e os contratantes decidam que a propositura de demanda relativa àquele contrato deva ser dirigida contra todos os demais contratantes, a despeito da existência de unitariedade. É um caso, destarte, de negócio processual lícito, fonte de litisconsórcio necessário.

Outro gabaritado autor que vem analisando a dimensão dos negócios processuais atípicos é Leonardo da Cunha, também um dos maiores responsáveis pela elaboração do NCPC. O autor, em um artigo, defendeu a possibilidade de da existência de intervenções de terceiros atípicas ou negociadas no NCPC.

Ele ensina que a assistência simples depende da demonstração, pelo terceiro, de interesse jurídico na causa, já que consistem em uma intervenção típica. Na sistemática do CPC/1973, prevalecia o entendimento segundo o qual o juiz deveria indeferir o pedido do terceiro para figurar como assistente simples, ainda que haja concordância das partes originárias, se não houver interesse jurídico. Todavia, segundo o autor, caso não haja a presença do interesse jurídico, o terceiro poderá ser admitido como interveniente, a fim de ampliar o debate e a cooperação judicial, concretizando a ideia de participação democrática no processo civil, bastando, para isso, a anuência das partes.

Marina França Santos^[14], sobre o assunto, explica que é possível, no novo CPC, haver duas modalidades de intervenção de terceiro negociada: a negociação de intervenções atípicas, e a negociação de regras previstas para as intervenções típicas. É possível admitir uma intervenção *atípica*, como a de um terceiro que não tenha interesse jurídico para assistir uma das partes. Mas, também é possível negociar regras de uma intervenção *típica*. Leonardo da Cunha completa dizendo que um negócio processual que discipline uma intervenção típica a tornaria *atípica*.

4 Conclusão

Fica claro, destarte, que o art. 190 do Novo Código de Processo Civil vai influenciar em diversas áreas e assuntos processuais. Caberá à doutrina e à jurisprudência delimitar para estabelecer as possibilidades e os limites da celebração de negócios processuais atípicos.

Portugal, como explica Trícia Navarro Xavier Cabral^[15], desde a reforma do CPC de 1995, possui um mecanismo de flexibilização semelhante. Na prática, contudo, não houve significativos avanços ou vantagens processuais, já que faltou uma efetiva adesão dos operadores do direito, ou seja, a mentalidade dos magistrados e advogados não acompanhou as inovações processuais, eles simplesmente não utilizam esse novo procedimento. Este fato demonstra, às escancaras, que os operadores do direito brasileiro precisarão de tempo para se adaptarem às novas regras e possibilidades processuais, e a doutrina e jurisprudência deverá ensinar e incentivar na criação dos negócios processuais atípicos, que podem consistir em eficientes mecanismos para atingir os objetivos de celeridade processual e conformidade das partes com as decisões judiciais.

5 Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das Convenções Processuais no Processo Civil**. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2014. Orientador Leonardo Greco

CABRAL, Trícia Navarro Xavier Cabral. **Flexibilização Procedimental**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume VI. Disponível em: <http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/flexibilizacao-procedimental#_ftnref58>. Último acesso: 16/01/2018

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Assistência no Projeto do Novo Código Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.academia.edu/9253866/A_ASSIST%C3%8ANCIA_NO_PROJETO_DO_NOVO_C%C3%93DIGO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO>. Último acesso: 16/01/2018.

DIDIER JR., Fredie. **Editorial 184 - Novo CPC. Litisconsórcio necessário por força de negócio jurídico**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-184/>>. Último acesso: 16/01/2018.

DIDIER JR., Fredie. **Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial**. Disponível em:

<http://www.frediedidier.com.br/artigos/fonte-normativa-da-legitimacao-extraordinaria-no-novo-codigo-de-processo-civil-a-legitimacao-extraordinaria-de-origem-negocial/>>. Último acesso: 16/01/2018.

DIDIER JR., Fredie. **“Negociação sobre o processo: autorregramento da vontade no projeto de novo Código de Processo Civil”**. Texto inédito *apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Assistência no Projeto do Novo Código Processo Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.academia.edu/9253866/A_ASSIST%C3%8ANCIA_NO_PROJETO_DO_NOVO_C%C3%93DIGO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO>. Último acesso: 16/01/2018.

DUARTE, Aurélio Abi Ramia. **O Novo Código de Processo Civil, os Negócios Processuais e a Adequação Procedimental**. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/grupodeestudos/trabalhosjuridicos/o-novo-codigo-de-processo-civil-os-negocios-processuais.pdf>>. Último acesso: 16/01/2018

GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual - primeiras reflexões**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, 1. ed., out./dez. 2007, pág. 11. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23657/16714>>. Último acesso: 16/01/2018

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – volume único. 6ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 429/430 (versão epub).

PIMENTEL, Alexandre Freire e MOTA, Natália Lobo. **Negócios processuais atípicos: alcances e limites no CPC/2015**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18199>. Último acesso: 16/01/2018

SANTOS, Marina França . **Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil**. Revista Forense (Impresso), 2015, *apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Assistência no Projeto do Novo Código Processo Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.academia.edu/9253866/A_ASSIST%C3%8ANCIA_NO_PROJETO_DO_NOVO_C%C3%93DIGO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO>. Último acesso: 24/01/2015.

NOTAS:

[1] Enunciado n. 407 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé”.

[2] DIDIER JR., Fredie. “Negociação sobre o processo: autorregramento da vontade no projeto de novo Código de Processo Civil”. Texto inédito *apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Assistência no Projeto do Novo Código Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.academia.edu/9253866/A_ASSIST%C3%8ANCIA_NO_PROJETO_DO_NOVO_C%C3%93DIGO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO>. Último acesso: 16/01/2018.

[3] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Assistência no Projeto do Novo Código Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.academia.edu/9253866/A_ASSIST%C3%8ANCIA_NO_PROJETO_DO_NOVO_C%C3%93DIGO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO>. Último acesso: 16/01/2018.

[4] PIMENTEL, Alexandre Freire e MOTA, Natália Lobo. **Negócios processuais atípicos: alcances e limites no CPC/2015**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18199>. Último acesso: 16/01/2018.

[5] Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Último acesso: 16/01/2018.

[6] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – volume único. 6ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 429/430 (versão epub).

[7] DUARTE, Aurélio Abi Ramia. **O Novo Código de Processo Civil, os Negócios Processuais e a Adequação Procedimental**. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/grupodeestudos/trabalhosjuridicos/o-novo-codigo-de-processo-civil-os-negocios-processuais.pdf>. Último acesso: 16/01/2018.

[8] GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual - primeiras reflexões**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, 1. ed., out./dez. 2007, pág. 11. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23657/16714>>. Último acesso: 16/01/2018.

[9] PIMENTEL, Alexandre Freire e MOTA, Natália Lobo. **Negócios processuais atípicos: alcances e limites no CPC/2015**. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18199>. Último acesso: 16/01/2018

[10] Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: II - art. 190 e parágrafo único (negociação processual);

[11] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das Convenções Processuais no Processo Civil**. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2014. Orientador Leonardo Greco

[12] DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/fonte-normativa-da-legitimacao-extraordinaria-no-novo-codigo-de-processo-civil-a-legitimacao-extraordinaria-de-origem-negocial/>. Visualizado em 16/01/2018.

[13] DIDIER JR., Fredie. **Editorial 184 - Novo CPC. Litisconsórcio necessário por força de negócio jurídico**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-184/>>. Última acesso: 16/01/2018.

[14] SANTOS, Marina França . **Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil**. Revista Forense (Impresso), 2015, *apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Assistência no Projeto do Novo Código Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.academia.edu/9253866/A_ASSIST%C3%8ANCIA_NO_PROJETO_DO_NOVO_C%C3%93DIGO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO>. Último acesso: 24/01/2015.

[15] CABRAL, Trícia Navarro Xavier Cabral. **Flexibilização Procedimental**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume VI. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/flexibilizacao-procedimental#_ftnref58>. Último acesso: 16/01/2018.

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA: CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO E SUA APLICAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARILIA COSTA BARBOSA FERNANDES:
Advogada. Mestranda em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito e Processo Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Católica Dom Bosco. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - Unifor.

RESUMO: O presente artigo objetiva definir as características do Incidente de Assunção de Competência e sua aplicação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Através da pesquisa bibliográfica e da investigação exploratória a respeito dos requisitos, das hipóteses de cabimento e dos efeitos da decisão em Incidente de Assunção de Competência, foi possível identificar como se desenvolve, em termos gerais, o procedimento relativo ao incidente, bem como verificar seu processamento no Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de tema fundamental no âmbito do processo civil, pois o instituto apresenta características peculiares e inovações, voltadas à uniformização de jurisprudência pelos tribunais.

Palavras-chaves: Incidente de Assunção de Competência. Processo Civil. Uniformização de jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Características do Incidente de Assunção de Competência; 1.1 Hipóteses de cabimento e requisitos; 1.2 Comparativo entre o Incidente de Assunção de Competência do Art. 947 do CPC de 2015 e o instituto do Art. 555, §1º. do CPC de 1973; 1.3 O efeito vinculante da decisão em Incidente de Assunção de Competência; 2 Procedimento geral do Incidente de Assunção de Competência; 3 Processamento do Incidente de Assunção de Competência no Superior Tribunal de Justiça; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) contemplou, em seu Art. 947, o incidente de assunção de competência, vocacionado à firmiação de teses jurídicas pelos tribunais sobre temas relevantes de direito.

O incidente de assunção de competência do CPC/2015 representa uma revitalização da regra antes prevista no Art. 555, §1º. do CPC de 1973^[1]. Embora os dois dispositivos tragam expressões semelhantes, possuem uma série de particularidades que os diferenciam, levando a crer que seria impróprio afirmar tratarem-se da mesma técnica processual.

Em vista disso, torna-se fundamental investigar as características do incidente de assunção de competência, fazendo uma abordagem a respeito de seus requisitos, hipóteses de cabimento e dos efeitos da decisão proferida, que demonstrarão ser o instituto em estudo uma das grandes inovações trazidas pelo diploma processual civil vigente, sobretudo no que se refere à criação de um banco de precedentes vinculantes.

A forma de instauração e o processamento da assunção de competência nos tribunais é também ponto crucial para o completo entendimento a respeito do instituto, necessitando de uma análise detalhada, a fim de que todo o trâmite do procedimento seja claramente compreendido.

Nesse sentido, impende percorrer as etapas de formação, desenvolvimento e julgamento do incidente, tanto na forma geral como estão previstas no sistema do CPC/2015, como mais especificamente em sede de Regimento Interno.

Por conta de já possuir um caso de incidente de assunção de competência admitido, optou-se por analisar a regulamentação do instituto e sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça, fazendo uma aproximação de sua previsão legal com a realidade daquele tribunal.

1 CARACTERÍSTICAS DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

O incidente de assunção de competência está inserido no sistema do CPC/2015 dentre os instrumentos de criação precedentes jurisprudenciais, encontrando sua previsão legal no Art. 947:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.^[2]

Observa-se que o incidente de assunção de competência apresenta características específicas, as quais podem ser extraídas das suas hipóteses de cabimento e requisitos, das inovações propiciadas através de sua atual definição, em comparação com o que estava disciplinado no CPC anterior, bem como do efeito vinculante da decisão resultante do seu julgamento.

1.1 Hipóteses de cabimento e requisitos

O instituto em análise se apresenta como uma das espécies de incidente processual, estando condicionado à existência de um processo já em curso para que venha a ser instaurado. Trata-se de questão surgida em meio ao trâmite de uma demanda no tribunal, que aborda tema com repercussão social a ser fixado em decisão, para evitar ou corrigir divergências de julgamento em casos onde há a mesma razão de decidir.

Conforme determina sua previsão legal, a instauração do Incidente de Assunção de Competência pode ocorrer em três hipóteses em que os tribunais são levados a conhecer uma ação: no caso de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária.

Assim, o primeiro destaque que deve ser dado é em relação à indiscutível competência dos tribunais para o processamento do incidente.

No caso de reexame necessário, a instauração do incidente sempre se dará perante um tribunal de segundo grau. Entretanto, nas hipóteses de recurso ou de processo de competência originária é possível também a instauração perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, embora na prática se considere mais comum o incidente nos tribunais de segundo grau.^[3]

Os requisitos da assunção de competência são de natureza positiva e negativa. Como requisito positivo, há a exigência de que o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária aborde questão juridicamente relevante, com intensa repercussão social. O requisito negativo se refere ao fato de que a questão analisada não pode estar replicada em diversos processos, pois a repetição em múltiplos processos impõe a deflagração do incidente de resolução de demandas repetitivas, disciplinado nos Arts. 976 a 987 do CPC/2015, ou a submissão da questão ao regime de recursos repetitivos, previsto nos Arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015.

Bem se vê que, na descrição dos requisitos da assunção de competência, o legislador ordinário estabeleceu uma série de conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, ficando a cargo do julgador, em cada caso concreto, a análise da presença de

relevância jurídica e de repercussão social na questão envolvida. Também não há definição sobre a quantidade de processos necessária para se estabelecer o que seriam múltiplos processos.

Diante da imprecisão semântica dos conceitos jurídicos indeterminados acima vistos, surge para o julgador a incumbência de expor os motivos efetivos da presença ou não dos requisitos da assunção de competência no caso concreto, a fim de tornar a sua decisão plausível e fundamentada.

O Enunciado 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)[4] formalizou o parâmetro de exclusão do incidente de assunção de competência, quando se tratar de julgamento de demandas repetitivas, reforçando a observância do requisito negativo trazido pela expressão “*sem repetição em múltiplos processos*”, presente no *caput* do Art. 947 do CPC/2015.

Theodoro Júnior estabelece os pressupostos que condicionam a assunção de competência, ao lado dos requisitos, conforme segue:

...a assunção de competência está condicionada aos seguintes pressupostos: (a) processo em estágio de julgamento em curso, de sorte que se o resultado já foi proclamado, não haverá mais possibilidade de instaurar-se o incidente; (b) a divergência não pode ser entre posições de juízes e tribunais diversos, haverá de ser apenas entre órgãos do próprio tribunal; o incidente ocorre sobre questão que não se repete ainda em múltiplos processos. (...). É essencial que a questão de direito envolvida na lide (i) seja relevante, (ii) tenha grande repercussão social, (iii) não haja sido repetida em múltiplos processos, (iv) de modo a tornar conveniente ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal .[5]

O parágrafo 4º. do Art. 947, do CPC/2015, especifica o objetivo do legislador ao disciplinar a assunção de competência: criar um incidente em processos únicos ou raros, que versem sobre tema de alta relevância social, por meio do qual se assegure a igualdade de tratamento perante o

Direito, através da prevenção de divergência entre os órgãos fracionários do tribunal ou da uniformização de entendimento.

1.2 Comparativo entre o Incidente de Assunção de Competência do Art. 947 do CPC de 2015 e o instituto do Art. 555, §1º. do CPC de 1973

O incidente de assunção de competência vem sendo definido como um aprimoramento do incidente de uniformização de jurisprudência[6], que antes era previsto no Art. 555, §1º. do CPC de 1973, nos termos seguintes:

Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.

§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.[7]

Ao disciplinar a assunção de competência no CPC/2015, o legislador não criou um instituto completamente novo no processo civil brasileiro[8]. No entanto, há uma série de particularidades que tornam o incidente atual bem mais específico e explicitamente voltado ao espírito do atual CPC de uniformizar a jurisprudência.

A primeira inovação perceptível se refere às hipóteses de cabimento, pois o incidente de uniformização de jurisprudência era admitido somente no julgamento de recurso, especificamente em apelação ou agravo. Já a assunção de competência é cabível tanto no julgamento de qualquer recurso, como nos casos de remessa necessária e processo de competência originária.

No que diz respeito aos requisitos, o velho código exigia apenas a “*relevante questão de direito*”. O CPC/2015 estabelece, como condição da assunção de competência, que esta relevante questão de direito seja qualificada pela “*repercussão social*” e ainda,

expressamente, afasta o incidente das hipóteses em que há repetição em múltiplos processos.

Verifica-se que houve uma ampliação da legitimidade para suscitar o incidente. No CPC/1973, somente o relator do recurso poderia de ofício propor o incidente, enquanto que no CPC/2015 também poderá fazê-lo as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Vale destacar que a expressão “*poderá o relator propor*” presente no Art. 555, §1º, do CPC/1973, levou o Superior Tribunal de Justiça a decidir que a instauração do incidente seria mera faculdade do relator:

[...] III - O art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil confere ao relator a possibilidade de propor o julgamento do recurso pelo órgão colegiado que o regimento indicar, quando o recomendar o interesse público. Trata-se de faculdade do relator, não de imposição legal para que assim proceda. O dispositivo, aliás, versa sobre julgamento por turma ou câmara, nada dispondo acerca da obrigatoriedade de julgamento do recurso pelo órgão especial do Tribunal. IV – Recurso especial parcialmente provido.[\[9\]](#)

Contudo, o Art. 947, *caput*, do CPC/2015, está redigido de forma diferente, ali constando a expressão “*o relator proporá*”, razão pela qual se pode concluir que, presentes os requisitos da assunção de competência – relevância da questão jurídica, grave impacto social e incoerência de repetição em múltiplos processos – o incidente deverá ser proposto pelo relator, caso nenhum dos outros legitimados o tenha suscitado. A proposição do incidente deixou de ser uma opção para o relator e passou a ser uma obrigação, desde que evidenciados os seus requisitos e caso os demais legitimados resem omissos.

Tal fato também se justifica por ter sido dada à assunção de competência a característica de mecanismo de construção de precedentes. E como o CPC/2015 propõe a adoção de um sistema precedentalista[\[10\]](#), o

que fica claro nos seus Arts. 926 e 927[11], não se pode deixar ao alvedrio do relator uma situação que reclama um tratamento jurisdicional uniforme.

Outro ponto elencado como inovador no incidente, trazido pelo CPC/2015, diz respeito à supressão da cisão de julgamento entre dois órgãos diferentes do tribunal. No revogado incidente de uniformização de jurisprudência, o órgão pleno fixava a tese e o órgão fracionário julgava o recurso, aplicando a tese fixada. No incidente de assunção de competência, o próprio recurso, reexame necessário ou processo de competência originária é encaminhado para o órgão pleno, que terá dupla missão: julgar a causa e fixar a tese[12]. Dessa forma, no procedimento vigente, o órgão indicado no regimento interno do tribunal deverá se imiscuir nas especificidades do caso concreto, decidindo a própria lide.

Ademais, a assunção de competência do CPC/2015 põe fim à polêmica doutrinária quanto à eficácia vinculante da decisão do incidente. O §3º do Art. 947, do CPC de 2015, torna indiscutível o poder de vinculação do acórdão de julgamento, até que ocorra a revisão da tese.

1.3 O efeito vinculante da decisão em Incidente de Assunção de Competência

A eficácia vinculante do acórdão proferido em incidente de assunção de competência está prevista em diversos dispositivos do CPC/2015. Além do §3º do Art. 947, destacam-se o teor dos Arts. 332, inciso III[13] e 932, inciso IV, alínea c[14]. E, por fim, ressalta-se o disposto no Art. 927, que impõe a observância dos acórdãos em incidente assunção de competência aos juízes e aos tribunais.

O acórdão resultante do julgamento da assunção de competência fixa uma tese jurídica a respeito de relevante questão de direito, de grande interesse público, que vinculará todos os juízes e órgãos fracionários pertencentes ao tribunal que emanou a decisão. Isso significa que, diante de casos posteriores que possuem a mesma razão de decidir do paradigma fixado, deverá o órgão julgador ligado ao tribunal que firmou a tese adotar o mesmo entendimento presente no acórdão do incidente.

Nesse sentido, além de coibir divergências internas no tribunal, o incidente cumprirá a função de expandir a tese assentada, conferindo segurança jurídica e maior previsibilidade por meio da uniformização do entendimento.

Caso o órgão fracionário ou juiz venha a prolatar decisão sem observância ou com aplicação indevida da tese jurídica firmada em incidente de assunção de competência, a parte interessada ou Ministério Público poderão intentar Reclamação. A Reclamação deverá ser dirigida ao presidente do tribunal, sendo julgada pelo órgão jurisdicional cuja autoridade se pretenda garantir, conforme preceitua o Art. 988, inciso IV e §§1º, 2º e 4º, do CPC/2015.[\[15\]](#)

A tese fixada em incidente de assunção de competência poderá ser revista quando houver evolução na concepção jurídica sobre o tema, através da técnica conhecida como *overruling* (superação)[\[16\]](#). A revisão deverá ocorrer quando o tribunal considerar que o precedente está incorreto ou ultrapassado e não deve ser seguido para decisões futuras.[\[17\]](#)

Superar um precedente significa “*retirá-lo do ordenamento jurídico como direito vigente, colocando algo novo em seu lugar*”.[\[18\]](#) Quando um precedente é revogado, a corte julgadora está se recusando a segui-lo e declarando que, apesar de os fatos do caso concreto serem materialmente iguais aos fatos do caso paradigma, uma nova regra deve ser aplicada ao julgamento.[\[19\]](#)

Todavia, a revisão somente poderá ser realizada pelo próprio órgão que firmou a tese, sob pena de esvaziamento da eficácia vinculante.

2 PROCEDIMENTO GERAL DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Havendo tramitação de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária poderá a parte interessada, o Ministério Público ou a Defensoria Pública propor a instauração do incidente de assunção de competência. Caso tais legitimados retem silentes, e estando presentes

os requisitos positivos e negativos da assunção de competência, o relator do processo deverá suscitar o incidente de ofício.

O relator fará um juízo cognitivo sobre a presença dos requisitos do Art. 947, *caput*, do CPC/2015 e, uma vez assentado o seu preenchimento, encaminhará o processo para o órgão fracionário, que seria originalmente competente para a matéria.

O órgão fracionário também examinará a existência dos citados requisitos e, depois de mais uma vez confirmados, determinará o encaminhamento dos autos para o órgão colegiado competente conforme o Regimento Interno do tribunal.

Nesta situação, haverá a assunção da competência de um órgão fracionário, que normalmente seria competente para o julgamento do feito, por um órgão colegiado maior, especificado no Regimento Interno. O termo assunção, que dá nome ao incidente, significa “elevação” ou “ato de assumir”^[20], no sentido do deslocamento da competência funcional que aqui se impõe no julgamento do processo.

O deslocamento da competência funcional se dá de forma horizontal, ou seja, entre órgãos da mesma instância, que estão no mesmo patamar hierárquico, mas com funções diferentes, conforme determina a legislação interna do tribunal. Esse deslocamento é também chamado de afetação.^[21]

Chega-se, então, à última etapa do procedimento, que se dá no órgão colegiado indicado no Regimento Interno do tribunal para o julgamento do incidente.

Inicialmente, o órgão colegiado deverá fazer mais uma análise de admissibilidade do incidente, verificando a presença do interesse público, conforme determina o §2º, do Art. 947, do CPC/2015. Aqui se está diante de mais um conceito jurídico indeterminado, onde caberá ao órgão julgador definir, no caso concreto, o que se reconhece como interesse público.

A doutrina vem afirmando que as expressões repercussão social (*caput*, do Art. 947, do CPC/2015) e interesse público (§2º, do Art. 947, do CPC/2015) seriam consideradas sinônimas, sendo admissível o incidente sempre que interessar a quantidade considerável de sujeitos.[\[22\]](#)

Na hipótese de não estar presente o interesse público, os autos deverão ser devolvidos ao órgão fracionário originalmente competente, para que este julgue o feito.

Entretanto, sendo admitido o incidente pelo órgão colegiado, caberá a este assumir o julgamento do caso concreto em toda a sua amplitude, analisando a controvérsia deduzida em juízo e proferindo acórdão, que se constituirá em um precedente vinculante.

Vale denotar a importância da realização de audiência pública e de viabilizar a intervenção do *amicus curiae*, sendo aplicável à assunção de competência o procedimento previsto no Art. 983, *caput* e §1º, do CPC/2015[\[23\]](#). Tal aplicação justifica-se pela força vinculante do acórdão firmado, que se consubstanciará num precedente, onde deverá imperar a legitimidade democrática da fonte do direito ali construída.

No caso de haver desistência do feito, depois de suscitada a assunção de competência, considera-se que o incidente restará prejudicado. Esse posicionamento é defendido por Daniel Neves, que entende que a hipótese do Art. 998, parágrafo único, do CPC/2015[\[24\]](#), aplica-se tão somente aos recursos extraordinários e especiais repetitivos:

Entendo não ser possível que, mesmo diante da desistência do recurso, seja dado andamento ao incidente, porque essa forma de julgamento foi disciplinada de forma exauriente pelo art. 998, parágrafo único, do Novo CPC.[\[25\]](#)

Todavia, alguns tribunais - sobretudo o Superior Tribunal de Justiça, no §2º. do Art. 271-B de seu Regimento Interno - ao disciplinarem o incidente de assunção de competência em seus regimentos internos, têm estabelecido que o julgamento do incidente deve prosseguir, mesmo diante da desistência do feito pela parte.[\[26\]](#)

Percebe-se que, não só esta peculiaridade, mas tantas outras, concernentes à regulamentação específica do incidente de assunção de competência no âmbito interno de cada tribunal, são imprescindíveis de serem denotadas, quando se trata do manejo prático do instituto.

Desta feita, a fim de tornar mais claro como se processa o incidente no dia-a-dia de um tribunal, optou-se por verificar a previsão do instituto no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, órgão que já possui decisão de admissão da assunção de competência em caso específico, depois do advento do CPC/2015.

3 PROCESSAMENTO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) regulamentou o incidente de assunção de competência, no seu regimento interno, através da Emenda Regimental 24, de 28 de setembro de 2016.

Assim como os recursos especiais repetitivos e os enunciados de súmula do STJ, os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência agora são identificados como “*precedentes qualificados*” (Art. 121-A, do Regimento Interno do STJ – RISTJ) [27].

De acordo com o Art. 271-B, do RISTJ[28], o incidente poderá ser proposto de ofício pelo relator ou Presidente, além dos demais legitimados já apontados anteriormente.

O relator deverá seguir o procedimento previsto no Art. 257, do RISTJ[29], que determina a inclusão em meio eletrônico da proposta da assunção de competência.

Os demais Ministros do respectivo órgão julgador terão o prazo de sete dias corridos para se manifestar sobre a proposição, devendo observar inicialmente, entre outros requisitos, se o processo veicula matéria de competência do STJ, se preenche os pressupostos recursais genéricos e específicos, se não possui vício grave que impeça o seu conhecimento. Caso a maioria dos Ministros decida, na sessão eletrônica,

pelo não preenchimento dos requisitos, a questão não será admitida como assunção de competência, retornando os autos para o relator, para decisão (Art. 257-A, do RISTJ).

Será admitido o incidente de assunção de competência à Corte Especial ou à Seção, caso assim decida o voto da maioria simples dos Ministros, devendo a decisão ser publicada no Diário de Justiça Eletrônico (Arts. 257-C, parágrafo único; e 257-E, do RISTJ). De acordo com o Art. 271-B, do RISTJ, a decisão que admite o processamento do incidente é irrecorrível.

Conforme já asseverado, o STJ estabeleceu que mesmo em caso de desistência ou de abandono do feito, ainda caberá o exame do mérito. Nessa hipótese, desde que não seja requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente e assumirá a titularidade do processo (Art. 271-B, §§2º. e 3º., do RISTJ).

A Corte Especial ou a Seção representa o órgão colegiado maior que assume a competência de julgamento, caso seja reconhecido o interesse público na questão.

O relator ou Presidente poderá realizar diligências necessárias ao deslinde da controvérsia e deverá propiciar a participação do *amicus curiae*, fazendo a oitiva das partes e dos demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, no prazo comum de 15 dias.

É facultada a realização de audiência pública, garantindo-se a participação de pessoas ou entidades que defendam diferentes opiniões relativas à matéria, o que fará com que o precedente resultante do julgamento consubstancie o princípio democrático.

Concluídas as diligências, o relator ou Presidente solicitará dia para julgamento, no qual deverão estar presentes, no mínimo, dois terços dos membros do colegiado. Já o quórum de votação exige apenas maioria simples.

O acórdão deverá ser redigido conforme prescreve o Art. 104-A, do RISTJ, sendo essencial que contenha:

I - os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida, favoráveis ou contrários, entendidos esses como a conclusão dos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, respectivamente, confirmar ou infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador; II - a definição dos fundamentos determinantes do julgado; a tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque; III – a solução dada ao caso concreto pelo órgão julgador. (Art. 104-A, do RISTJ. Brasília: STJ. 368 p. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/Regimento/article/view/3115/3312>. Acesso em: 12 mai. 2017).

Tais elementos destacam a *ratio decidendi* e a tese jurídica firmada, que darão substrato ao precedente, as quais deverão ser observadas e seguidas em casos da mesma natureza.

Todavia, é importante observar que a eficácia vinculante do julgado varia de acordo com o órgão colegiado que prolatou a decisão. Caso o acórdão tenha sido proferido pela Corte Especial, vinculará todos os órgãos do Tribunal; mas, se tiver sido proferido pela Seção, vinculará as Turmas e Ministros que a compõem.

A fim de garantir transparência à tramitação do incidente de assunção de competência, deverá ser mantida na página da internet do STJ a relação dos incidentes pendentes de julgamento e aqueles já julgados.

Até os presentes dias, há apenas um incidente de assunção de competência admitido no STJ, após iniciada a vigência do CPC/2015, estando ainda pendente de julgamento. O incidente foi apontado no Recurso Especial nº 1604412 / SC (2016/01251541), cuja decisão de admissão data de 08/02/2017.

A assunção de competência determinará a transferência do julgamento do recurso da 3ª. Turma (órgão fracionário) para a 2ª. Seção do STJ (órgão colegiado).

O incidente foi instaurado de ofício pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze e visa dirimir controvérsia jurisprudencial existente entre entendimentos da 3ª. e 4ª. Turmas, da 2ª. Seção do STJ, a respeito do cabimento, ou não, da prescrição intercorrente nos processos anteriores ao atual CPC; e da imprescindibilidade de intimação e de oportunidade prévia para o credor dar andamento ao processo.

O Ministro destacou que há decisões da 3ª. Turma no sentido do reconhecimento automático da prescrição intercorrente, quando o exequente de dívida permanece inerte no processo por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado. Entretanto, há também decisões da 4ª. Turma exigindo a comprovação da inércia do exequente, mediante sua intimação pessoal para diligenciar nos autos, como condição para o reconhecimento da prescrição intercorrente. Esta divergência deverá ser solucionada através do incidente admitido.

A fase atual de tramitação do incidente no STJ é a conclusão ao relator, para averiguação do parecer do Ministério Público Federal.

Contudo, já se espera, de antemão, que o processamento do incidente siga as demais fases processuais ora comentadas até a prolação do acórdão, o qual decidirá a lide envolvida no Recurso Especial e firmará a tese jurídica sobre o tema controvertido, vinculando todas as Turmas e Ministros que compõem a 2ª. Seção do STJ em casos futuros que tragam a mesma matéria.

CONCLUSÃO

O CPC/2015 prestigiou o instituto do incidente de assunção de competência com mudanças significativas, que o colocaram como importante instrumento do movimento de uniformização jurisprudencial no processo civil brasileiro.

A finalidade do incidente é destacar, em processos peculiares e não repetitivos, uma questão jurídica com relevante interesse público, sobre a qual se faça necessário estabelecer um entendimento jurisprudencial a ser seguido em casos que versem sobre o mesmo tema.

O principal aspecto que diferencia a assunção de competência das demais técnicas de criação de precedentes do direito pátrio é que o incidente, além de propiciar a fixação de tese jurídica, também julga o caso concreto afetado. Com base nessa característica e considerando o seu procedimento, poder-se-ia dizer que o incidente ora analisado é o que mais se aproxima da técnica anglo-saxã de criação de precedentes, embora ainda existam muitas diferenças.

Observa-se que, para conhecer como se processa de fato o incidente de assunção de competência, não basta apenas saber sobre o seu disciplinamento geral no CPC/2015, sendo fundamental ter um entendimento mais prático de como se dá a sua aplicação no regimento interno dos tribunais.

Tomando por base o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ, é possível verificar que há muitas especificidades no processamento do incidente que são extremamente relevantes e esclarecedoras de pontos sobre os quais o CPC/2015 deixa margem de dúvida. O referido tribunal demonstra vontade em fazer do incidente de assunção de competência um instrumento legítimo e democrático, que garanta a estabilidade jurídica, a previsibilidade de seus entendimentos e a otimização de suas demandas, o que é trazido à tona pelo minucioso detalhamento com que o instituto vem regrado no seu âmbito interno.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Institui o Código de Processo Civil. Disponível em

[<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm)

Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. Art. 947. In: **Breves Comentários ao Código de Processo Civil.** Coordenação: Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** New York: Cambridge University Press, 2008.

Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC. **Carta de Florianópolis.**

Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/i4n5ngh49y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0>>. Acesso em: 16 mai. 17.

MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al* (Coord.). **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015a.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Ricardo Alexandre da. Art. 947. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *et al*(org.). **Código de Processo Civil anotado.** São Paulo: 2015.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1ª Turma, REsp nº 723.890/MG, Relator Min. Francisco Falcão, julgado em 15/8/2006, **Diário de Justiça da União** de 25/9/2006.

_____. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça** - organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ. 368 p. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3312>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – vol. III**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOTAS:

[1] Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. § 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso. (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impresao.htm. Acesso em 10.02.2017.).

[2] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 10.02.2017.

[3] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1540.

[4] Enunciado 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Por força da expressão ‘sem repetição em diversos processos’, não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos.” (Carta de Florianópolis). Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/i4n5ngh49y1b1f4/Carta%20de%20Florian%C3%B3polis.pdf?dl=0> . Acesso em: 16 mai. 17.

[5] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – vol. III**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 825.

[6] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspovm, 2016, p. 1164.

[7] BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil.

Disponível
em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso
em 10.02.2017.

[8] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – vol. III**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 825.

[9] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1ª Turma, REsp nº 723.890/MG, Relator Min. Francisco Falcão, julgado em 15/8/2006, **Diário de Justiça da União** de 25/9/2006, p. 235.

[10] SILVA, Ricardo Alexandre da. Art. 947. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *et al* (org.). **Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: 2015, p. 1478.

[11] Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (...)

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 10. fev. 2017).

[12] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1540.

[13] Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: (...) III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10. fev. 2017).

[14] Art. 932. Incumbe ao relator: (...) IV - negar provimento a recurso que for contrário a: (...) c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10. fev. 2017).

[15] Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...) IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (...) § 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir. § 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal. (...) § 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10. fev. 2017).

[16] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1540.

[17] SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 149.

[18] MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015a, p. 484.

[19] DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 117.

[20] Disponível em: <https://www.priberam.pt/dlpo/assunção>. Acesso em: 16 mai. 17.

[21] CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. Art. 947. In: **Breves Comentários ao Código de Processo Civil**. Coordenação: Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 2111.

[22] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1541.

[23] Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o

Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10. fev. 2017).

[24] Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10. fev. 2017).

[25] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1166.

[26] Art. 271-B, § 2º: A desistência ou o abandono do processo não impedem o exame do mérito. (Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/Regimento/artic le/view/3115/3312>. Acesso em: 12 mai. 2017).

[27] Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais. (RISTJ. Brasília: STJ. 368 p. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/Regimento/artic le/view/3115/3312>. Acesso em: 12 mai. 2017).

[28] Art. 271-B. O relator ou o Presidente proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, na forma preconizada pelo Capítulo II-B do Título IX da Parte I do Regimento Interno, mediante decisão irrecorrível, a assunção de competência de julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária que envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. (RISTJ. Brasília: STJ. 368 p. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/Regimento/artic le/view/3115/3312>. Acesso em: 12 mai. 2017).

[29] Art. 257. É obrigatório ao relator o uso da ferramenta eletrônica de afetação do recurso especial à sistemática dos repetitivos e de admissão do incidente de assunção de competência, nos termos desse capítulo.

(RISTJ. Brasília: STJ. 368 p. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/artic/e/view/3115/3312>. Acesso em: 12 mai. 2017).

IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL: ASPECTOS SOBRE A LIMITAÇÃO TEMPORAL DO CONTROLE JUDICIAL DE NULIDADE E PROCEDIMENTO - 4. DO PRAZO DECADENCIAL PARA O CONTROLE JUDICIAL DE NULIDADE VIA

PATRICIA BORGES DE OLIVEIRA:
Bacharela em Direito pela UFPE.
Servidora Pública.

RESUMO: O tema proposto para o presente artigo teve por base a relação entre a arbitragem e a execução de seus comandos no direito brasileiro. A primeira parte dedicou-se ao estudo da sentença proferida pelos árbitros e da natureza jurídica do procedimento, a fim de destacar suas principais características, e, assim, situar o assunto em questão. Em um segundo momento, foi analisado o *status* jurídico do *decisum*, bem como os trâmites relativos ao seu cumprimento. Após, foram apresentados os principais aspectos relativos à impugnação do cumprimento da sentença arbitral pela alegação de nulidade, destacando-se a possibilidade de serem alegadas as matérias constantes no rol do art. 32 da Lei 9.307/96 na hipótese de impugnação prevista no art. 525 do Código de Processo Civil. Por fim, conclui-se que, nesse caso, é cogente a observância do prazo de 90 (noventa) dias, contados da ciência do teor da sentença, haja vista sua natureza decadencial, bem como o respeito aos princípios e regras que norteiam a arbitragem.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Execução. Sentença Arbitral. Impugnação. Ação Anulatória.

ABSTRACT: The theme proposed for the following article is based on the relationship between arbitration and enforcement of its commands under Brazilian law. The first part was dedicated to the study of the arbitral awards and the legal nature of this procedure, highlighting its main characteristics, so as to set the bases of the subject under analysis. In the second part, the legal status of the *decisum*, as well as the procedure related to its enforcement were analyzed. Afterwards, the main aspects of the impugnation of arbitral awards' enforcement as a consequence of the nullity claim were introduced, highlighting the possibility of the subjects listed in the article 32 of Law 9.307/96 (LARb) being alleged in the hypothesis of the objection established by the article 525 of the Code of Civil Procedure.

Lastly, the conclusion is that, in this case, the deadline of 90 (ninety) days, starting from the knowledge of the contents present in the award, must be respected, due to its decadential nature, as well as the principles and rules that guide arbitration.

KEY WORDS: Arbitration. Enforcement. Arbitral Award. Objection to Enforcement. Motion to Set Aside Arbitral Award.

SUMÁRIO: 1. Notas Introdutórias – 2. Apontamentos sobre a sentença e a natureza jurídica do procedimento arbitral – 3. Cumprimento da sentença arbitral: *status* jurídico e procedimento – 4. Do prazo decadencial para o controle judicial de nulidade via impugnação ao cumprimento de sentença arbitral – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

A arbitragem constitui método heterocompositivo para resolução de conflitos. No Brasil, a sedimentação dessa tendência pode ser verificada com a edição da Lei 9.307/96 (LArb), através da qual o legislador consolidou conceitos e princípios basilares do tema. Adicione-se o importante reconhecimento da constitucionalidade do referido diploma pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de recurso em homologação de sentença estrangeira (SE 5206)[\[1\]](#).

Sob essa perspectiva, na medida de sua maior utilização, configura-se relevante o estudo da compatibilização das questões atinentes à jurisdição arbitral e estatal. Isso porque, embora a sentença proferida no procedimento em epígrafe seja vinculante, os atos de execução são atribuídos apenas ao Estado.

Em sede de cumprimento da sentença arbitral, é relevante que haja observância de sua natureza jurídica, bem como de suas particularidades, de modo a preservar suas vantagens, tais quais a especialidade, tecnicidade, celeridade e economia.

Nesse sentido, no que se refere à alegação de nulidade da sentença arbitral como meio de impugnação ao seu cumprimento, o presente trabalho defende a existência de limite desse controle judicial, consubstanciada tanto no disposto na legislação arbitral quanto nos princípios e diretrizes pertencentes à arbitragem.

1. APONTAMENTOS SOBRE A SENTENÇA E A NATUREZA JURÍDICA DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

A sentença arbitral é o ato que materializa, no procedimento de arbitragem, a decisão a respeito dos direitos patrimoniais disponíveis discutidos. O respectivo pronunciamento decorre do fato de ser lícito aos demandantes solucionar seus conflitos de interesses fora do âmbito da jurisdição do Estado, vez que, assim como preleciona Dinamarco, “o poder do árbitro não é o estatal e não tem por fundamento o *imperium*, mas a especial investidura que lhe outorgam as partes” [2].

Nada obstante, em que pese o procedimento arbitral ser baseado no pressuposto de uma autorização dos interessados, acredita-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou, em relação à sua natureza jurídica, a denominada “teoria publicista da arbitragem”. [3]

De acordo com supracitada corrente, a arbitragem constitui atividade jurisdicional, haja vista a existência de um terceiro que, através da instauração de um processo, resolverá controvérsia apresentada pelas partes interessadas.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1288251, afirmou:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.
ARBITRAGEM. ACORDO OPTANDO PELA ARBITRAGEM
HOMOLOGADO EM JUÍZO. PRETENSÃO ANULATÓRIA.
COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL.
INADMISSIBILIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO
PREMATURA.(...)3.- Extingue-se, sem julgamento do
mérito (CPC, art. 267, VII), ação que visa anular acordo de
solução de controvérsias via arbitragem, **preservando-se**

a jurisdição arbitral consensual para o julgamento das controvérsias entre as partes, ante a opção das partes pela forma alternativa de jurisdição.

(STJ. REsp 1288251 - MG (2011/0250287-8). Relator: Min. Sidinei Beneti, Terceira Turma. Julgado em 09/10/2012., DJe 16/10/2012)

2. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL: STATUS JURÍDICO E PROCEDIMENTO

Assim como ocorre com as sentenças judiciais, o *decisum* do juízo arbitral pode ser declaratório, constitutivo ou condenatório. Nesse contexto, destaca-se o importante avanço trazido pela Lei 9.307/96, que modificou o *status* de *laudo* para *sentença*, conferindo à decisão condenatória definitiva natureza de título executivo judicial (art.31 da LArb)[\[4\]](#).

Dessa forma, a fim de preservar as características do sistema, bem como garantir as vantagens dele decorrentes, a exemplo da celeridade e da confidencialidade, foi concedida força executiva ao ato decisório, dispensando-se homologação ou exame pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, bem assevera Teresa Arruda Alvim Wambier[\[5\]](#) que se assim não fosse, permaneceria a existir a indesejável “absorção” do procedimento de arbitragem pela jurisdição estatal, tornando aquele mais lento e burocrático.

Por outro lado, é relevante ressaltar que são excluídas da arbitragem a *coercio* e a *executio*, de modo que, caso não haja o cumprimento espontâneo da obrigação imposta pela decisão do árbitro ou do Tribunal Arbitral, a parte vencedora apenas poderá pleitar o respectivo cumprimento pela via judicial, consoante o art. 515, VII, do Código de Processo Civil[\[6\]](#).

Tendo em vista a ausência de instauração de uma fase de conhecimento prévia perante o Poder Judiciário, o cumprimento da sentença arbitral perante a jurisdição estatal exige a constituição de uma nova relação jurídica.

A esse respeito, assevera Carreira Alvim que:

No processo civil, a sentença foi nele proferida, permitindo inaugurar-se uma fase de cumprimento para transformar em situação de fato a sentença condenatória. Já no caso da sentença penal condenatória, precisa esta de um suporte no juízo cível, já que a execução não se dá nos autos da ação penal. O mesmo se diga da sentença arbitral, porquanto os autos do processo arbitral, mesmo quando entregues à parte, servem apenas para instruir o pedido de execução, tratando-se, pois, de 'autos findos' no juízo arbitral.^[7]

Destarte, distribuída a petição inicial, o cumprimento requerido observará o trâmite estabelecido para as sentenças judiciais, previsto no art. 516 do CPC, sendo o devedor citado para cumprir a obrigação no prazo de 15 dias, sob pena de imposição de multa e de honorários advocatícios (art. 523, §1º, CPC).

3. DO PRAZO DECADENCIAL PARA O CONTROLE JUDICIAL DE NULIDADE VIA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL

De início, cumpre ressaltar que não é possível a instalação de um duplo grau de jurisdição entre o juízo arbitral e a justiça comum estatal, vez que constituem sistemas distintos, bem como em decorrência da diretriz de irrecorribilidade do procedimento de arbitragem instituída pelo art. 18 da Lei 9.307/96^[8].

Nada obstante, a indiscutibilidade e imutabilidade da sentença arbitral não são absolutas. Tratando-se de procedimento apto a instituir título com força executiva judicial, resta necessária a possibilidade de controle da legalidade dos atos que o compõem, garantindo que o

princípio do contraditório e da ampla defesa seja respeitado e que seja concedido às partes envolvidas o direito de litigar em patamar de igualdade.^[9]

Nessa perspectiva, como forma de defesa, é possível que o executado demande a desconstituição da sentença arbitral pela alegação de nulidade. Para tanto, pode optar entre duas formas: o ajuizamento de ação anulatória ou a impugnação ao cumprimento de sentença, esta realizada nos próprios autos, e ambas relativas às matérias de ordem pública elencadas no art. 32 da Lei de Arbitragem, segundo o qual:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem; [\(Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#)

II - emanou de quem não podia ser árbitro;
tiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Desse modo, presente qualquer das hipóteses supracitadas, é possível o ajuizamento de ação anulatória (com fulcro no art. 33, *caput*) ou a apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença, vez que, de acordo com autorização estampada no § 3º do art. 33 da Lei de Arbitragem, a nulidade pode ser também suscitada no bojo da própria impugnação prevista no CPC.

No que toca à alegação de invalidade da sentença arbitral por meio da ação declaratória de nulidade, dispõe a Lei 9.307/96 que deverá ser observado o prazo de 90 (noventa) dias, contados do recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

A esse respeito, é relevante definir se o prazo de 90 (noventa) dias aplicado à ação anulatória também deve ser obedecido quando da apresentação de impugnação com objetos pertencentes àquela. É dizer, deve-se perquirir se, passados 90 (noventa) dias do marco temporal estabelecido pela Lei 9.307/96 no §1º do art. 33, o executado, ao apresentar impugnação ao cumprimento de sentença arbitral, poderia alegar as matérias típicas da ação autônoma.

Nesse contexto, Donaldo Armelin^[10], entre outros autores^[11], defende que “a exaustão do prazo para propositura da ação anulatória deixa aberta a oportunidade para propor a mesma ação, agora rotulada de embargos de executado”.^[12]

Para essa corrente, ao inserir o §3º no art. 33, o legislador quis oferecer à parte interessada dois caminhos, por meio de procedimentos e prazos distintos, para alcançar a mesma finalidade, qual seja, anular a sentença arbitral.

Nada obstante, o entendimento defendido por esta autora é o de que o prazo de 90 (noventa) dias corresponde ao lapso para o exercício de direito de invalidação tanto por meio de ação autônoma quanto por impugnação ao cumprimento de sentença.

Isso porque o referido prazo possui natureza decadencial e, por se tratar de direito potestativo^[13], o exercício da prerrogativa de anulação afeta a esfera jurídica de terceiros, estabelecendo um estado de sujeição, que, pelas demandas do procedimento arbitral, não se deve prolongar no tempo.

A esse propósito bem afirma Nasser que:

(...) diferentemente do que ocorre com a prescrição de uma dada pretensão, o prazo decadencial não nasce da violação de um direito. A decadência, em especial nas situações em análise, afeta o exercício de um direito potestativo à invalidação da sentença arbitral. Nesse ponto, é de pouco ou nenhum relevo o fato de que a Lei de Arbitragem permite a anulação da sentença por mais de

um meio – ação anulatória e impugnação ao cumprimento de sentença – , pois o que importa de fato para a verificação ou não da decadência, é o exercício do direito à anulação. Se a referida anulação se dará por meio da ação própria prevista no art. 33 ou por meio de impugnação, o fato singular é que o manejo desta pretensão de invalidação deve se dar dentro do lapso temporal de 90 (noventa) dias, contados da ciência do teor da sentença pela parte interessada. [14]

Conforme preceitua Cahali, embora o insterstício seja curto, ele “se justifica pela celeridade esperada pela jurisdição arbitral, inclusive para se alcançar a estabilização da sentença, em prestígio à segurança das relações sociais” [15].

In casu, é preciso afastar a interpretação literal e isolada dos referidos dispositivos, pois a norma singular do §3º do art. 33 da Lei 9.307/96, que rege a possibilidade de demanda da nulidade via impugnação ao cumprimento de sentença, só se esclarece quando interpretada em conjunto com §1º do mencionado artigo, em verdadeira interpretação sistemática.

Nesse contexto, verifica-se que não colhe a alegação de que, por se tratar de meio regulamentado pelo Código de Processo Civil, a impugnação no bojo do cumprimento de sentença por alegação de nulidade deveria observar o prazo constante naquele diploma (art. 525 do CPC).

Isso porque no §1º do art. 33, ao prever a possibilidade de ajuizamento da ação anulatória, a Lei de Arbitragem explicita que, embora deva observância às regras do procedimento comum estabelecidas no CPC, a referida ação possui prazo próprio (noventa dias).

Desse modo, é possível inferir que o objetivo do legislador, considerando as demais regras e princípios do procedimento, foi o de desestimular o estado de incerteza que restaria do alargamento do prazo para declaração dos motivos de nulidade. Para tanto, estabeleceu prazo

específico para a demanda de desconstituição da sentença arbitral, devendo ser respeitado tanto na ação declaratória quanto na impugnação ao cumprimento do *decisum*.

Conforme ensina Marcela Kohlbach de Faria^[16], a possibilidade de anulação da sentença arbitral constitui um instrumento de controle de suma importância para a preservação das garantias processuais, porém, sua utilização de forma abusiva pode representar o enfraquecimento do instituto da arbitragem, já que sua simples demanda traz ínsita a perda de diversas características tidas como positivas no procedimento arbitral, como a confidencialidade, a celeridade e a flexibilidade.

Destarte, a nulidade da sentença arbitral, fundamentada em quaisquer das matérias previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem, pode ser objeto de controle pelo Poder Judiciário na via da impugnação ao cumprimento de sentença, desde que respeitado o prazo decadencial de 90 dias estabelecido no artigo 33, § 1º.

Tal entendimento tem sido, inclusive, aplicado pelos tribunais pátrios:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL. FUNDAMENTO NO ART. 32, VIII, DA LEI DE ARBITRAGEM. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO DE 90 DIAS (ART. 33, § 1º DA LEI). MATÉRIA QUE SOMENTE PODE SER ALEGADA EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO DE SENTENÇA SE RESPEITADO O PRAZO DECADENCIAL DE 90 DIAS. IMPUGNAÇÃO APRESENTADA FORA DO PRAZO DECADENCIAL. COGNIÇÃO LIMITADA ÀS MATÉRIAS ELENCADAS NO ART. 475-L DO CPC. PRECEDENTE DESTA CÂMARA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.^[17]

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, observa-se que, embora a natureza jurisdicional da arbitragem possibilite o exercício de função, atividade e poderes tais quais os do juízo estatal, o árbitro não detém a prerrogativa de executar suas sentenças, de modo que, para tanto, faz-se necessário o auxílio do Poder Judiciário, detentor da *coercio* e *executio*.

Nesse sentido, uma vez reconhecida a natureza de título executivo judicial, em razão do disposto na Lei de Arbitragem, deve-se proceder ao respectivo cumprimento, bem como à sua impugnação, de modo similar às sentenças judiciais.

A insurgência do executado ao cumprimento da sentença arbitral dar-se-á, assim, por meio de impugnação, nos moldes dispostos no Código de Processo Civil. E, nesse caso, há possibilidade de ampliação das hipóteses que podem ser alegadas via impugnação com a finalidade de contemplar àquelas referentes à nulidade da decisão arbitral, consoante o rol taxativo do art. 32 da Lei 9.307/96.

Todavia, em que pese a referida autorização, cumpre ressaltar que a manifestação de nulidade via impugnação ao cumprimento de sentença deve observar o mesmo limite estabelecido para a ação anulatória, qual seja, 90 (noventa) dias a partir do recebimento da notificação da respectiva sentença.

Isso porque o prazo estabelecido possui natureza decadencial, cujo intuito é o de incentivar o exercício do direito em certo lapso temporal, sob pena de caducidade. Ademais, a observância de um prazo determinado, ao contrário do que se daria caso fosse admitido o estabelecido para a impugnação no CPC, coaduna-se com os preceitos norteadores do procedimento.

Dessa forma, conclui-se que a interpretação relativa à possibilidade de alegação de nulidade por meio da impugnação ao cumprimento de sentença deve ser realizada de forma sistemática, de modo a respeitar a natureza jurídica do prazo prevista pela Lei 9.307/96, bem como as características e vantagens da arbitragem, incentivando sua utilização e sedimentação na resolução de conflitos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMELIN, Donaldo. **Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral.** Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Execução de sentenças penal, arbitral e estrangeira** (art. 475-N, parágrafo único, do CPC, - processo de execução ou execução sincretizada (cumprimento)? In Aspectos polêmicos danova execução, 3: de títulos judiciais (coord: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.138.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2003.

FARIA, Marcela Kohlbach de. **Ação anulatória da sentença arbitral: aspectos e limites.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.9307 de 23.09.1996.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GARJARDONI, Fernando da Fonseca. **Aspectos fundamentais do processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal.** São Paulo: Revista do Processo, n.106. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O juízo arbitral e a ação de nulidade.** In Arbitragem: 15 anos da Lei nº 9.307/96. Antônio Pereira Gaio Júnior e Rodrigo Almeida Magalhães, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

NASSER, Paulo Magalhães. **Apontamentos sobre o desenvolvimento da arbitragem comercial e o controle da legalidade**

das sentenças arbitrais por meio de ação anulatória e impugnação ao cumprimento da sentença. In Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015 (Coord. Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho, Alexandre Freire). São Paulo: Saraiva, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença.** 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NOTAS:

[1] STF - SE-AgR: 5206 EP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 12/12/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-04-2004.

[2] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 29.

[3] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O juízo arbitral e a ação de nulidade.** In Arbitragem: 15 anos da Lei nº 9.307/96. Antônio Pereira Gaio Júnior e Rodrigo Almeida Magalhães, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p 72.

[4] Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

[5] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença.** 7ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 124.

[6] Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...)

VII - a sentença arbitral.

[7] ALVIM, José Eduardo Carreira. **Execução de sentenças penal, arbitral e estrangeira** (art. 475-N, parágrafo único, do CPC, - processo de execução ou execução sincretizada (cumprimento)? In Aspectos polêmicos danova execução, 3: de títulos judiciais (coord: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 335.

[8] Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

[9] NASSER, Paulo Magalhães. **Apontamentos sobre o desenvolvimento da arbitragem comercial e o controle da legalidade**

das sentenças arbitrais por meio de ação anulatória e impugnação ao cumprimento da sentença. In Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015 (Coord. Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho, Alexandre Freire). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 485.

[10] ARMELIN, Donaldo. **Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral.** Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 15.

[11] Nesse sentido, GARJARDONI, Fernando da Fonseca. **Aspectos fundamentais do processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal.** São Paulo: Revista do Processo, n.106.2002.p. 190-192; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.9307 de 23.09.1996.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 271.

[12] O autor faz menção aos embargos à execução tendo em vista que, ao tempo da respectiva publicação, constituíam o meio de defesa face à execução dos títulos judiciais, correspondendo, atualmente, à impugnação ao cumprimento de sentença.

[13] Câmara, ao analisar a natureza do prazo previsto no §1º do art. 33, dispõe com precisão que “o direito ao reconhecimento da invalidade do laudo arbitral é potestativo, sendo, portanto, decadencial o prazo de noventa dias a que se refere a lei de arbitragem.” CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 138.

[14] NASSER, Paulo Magalhães. Apontamentos sobre o desenvolvimento da arbitragem comercial e o controle da legalidade das sentenças arbitrais por meio de ação anulatória e impugnação ao cumprimento da sentença. In Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015 (Coord. Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho, Alexandre Freire). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 487.

[15] CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.p.383.

[16] FARIA, Marcela Kohlbach de. **Ação anulatória da sentença arbitral: aspectos e limites.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 54.

[17] TJ-PR - AI: 12110108 PR 1211010-8 (Acórdão), Relator: Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, Data de Julgamento: 28/01/2015, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1516 02/03/2015.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (MPT) NA DEFESA DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

TATIANA COSTA DE FIGUEIREDO AMORMINO: Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: O presente artigo tem por problemática analisar os direitos fundamentais, em especial a origem e a evolução de tais direitos, considerando, para fins meramente didáticos, a teoria das dimensões dos direitos fundamentais. Sob essa ótica, analisa-se os direitos de terceira dimensão no âmbito das relações de trabalho e a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) na defesa de tais direitos.

Palavras-chaves: Ministério Público do Trabalho (MPT). Relações de Trabalho. Direitos Metaindividuais.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de direitos fundamentais. 3. A origem e evolução dos direitos fundamentais. 4. Direitos metaindividuais nas relações de emprego. 5. A atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) na defesa dos direitos metaindividuais nas relações de trabalho. 6. Conclusão. 7 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O reconhecimento dos direitos dos homens se deu de forma gradual e paulatina no decorrer da civilização.

Primeiramente, reconheceram-se os direitos de liberdade, os quais foram seguidos pela proteção conferida aos de igualdade e, por fim, aos de fraternidade.

Na esfera desses últimos, inseridos num contexto caracterizado pela sociedade tecnológica, globalizada e de consumo massificado, ganham destaque os direitos metaindividuais ou coletivos latu senso, que ultrapassam a esfera da proteção individual para atingir a coletiva.

Nesse cenário, ganha destaque a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT), que teve sua atuação modificada com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passando de mero interveniente (atuação por pareceres e promoções), para agente proativo na efetivação dos direitos humanos decorrentes das relações de trabalho, o que ficou ainda mais premente com a Lei Complementar 75 de 1993.

2 Conceito de direitos fundamentais

O conceito de Direitos Fundamentais pode ser dividido em diferentes concepções. Em uma perspectiva positivista, tais direitos seriam aqueles reconhecidos como essenciais pelo ordenamento jurídico positivo. Na lição de Sampaio:

(...) a partir do momento em que se opera a sua positivação, pois, atribui ao Estado o dever de proteção ou de realização prestacional. A sobrecarga institucional retira da formulação seu caráter apenas formalista (de reconhecimento pelo poder), mas torna o sistema demasiadamente dependente do Estado. Devemos salientar, contudo, que a positivação dos direitos mostrou-se um instrumento importante para a efetividade de demandas que antes habitavam apenas os ideais humanos mais distantes da realidade (SAMPAIO, 2010, p. 21).

Entretanto, os direitos fundamentais não se restringem apenas aqueles reconhecidos expressamente pelo Estado. Pela perspectiva não positivista, as aspirações morais e as necessidades humanas encontraram neles uma forma de tradução para a linguagem jurídica. Entre as diferentes linhas de pensamento jurídicas existentes, o conteúdo de tais direitos é bastante variável.

A perspectiva eclética busca conciliar as visões positiva e não positivista. Segundo tal corrente do pensamento, os direitos fundamentais devem ser reconhecidos positivamente pelos Estados e suas exigências devem ser vistas de acordo com o período histórico vivenciado por cada sociedade.

Partindo-se desse pressuposto, podemos conceituar direitos fundamentais como os reconhecidos explicita ou implicitamente pelo ordenamento jurídico fundamental como essenciais para a proteção dos indivíduos contra a atuação do Estado e a atuação de outros particulares, conferindo-lhes, portanto, status de cidadão pleno de uma sociedade.

3 A origem e evolução dos direitos fundamentais

Direitos fundamentais possuem natureza jurídica política, por isso, sofreram alterações de seu conteúdo ao longo da história, conforme as concepções das diferentes sociedades. Em outros termos, conforme Sampaio (2010, p. 127), “Os direitos humanos não podem ser compreendidos de maneira adequada sem uma perspectiva histórica de sua afirmação”.

As prerrogativas e os privilégios dos cidadãos das cidades da Antiguidade, por exemplo, devem ser vistos de acordo com as particularidades históricas. Carvalho (2009, p. 689) afirma que “A polis grega e a civitas romana absorviam o homem na sua dimensão individual, não se manifestando a liberdade como um direito autônomo”.

Na Idade Média, da mesma forma, faltava a perspectiva geral e individualista posteriormente afirmada nas declarações modernas. As cartas de direitos medievais mais se assemelhavam a contratos privados do que a documentos públicos. Não obstante, o cristianismo deu muitas contribuições para a formulação moderna de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais passaram a ser entendidos como universais, inerentes ao homem e oponíveis ao Estado apenas no século XVIII com as Revoluções Francesa e Americana. Foi no processo de transição da idade média para a idade moderna que os direitos do homem assumiram significado preciso e determinado, delimitado primeiramente declarações de direitos baseadas nas filosofias dos iluministas e nas concepções jusnaturalistas. É esse o contexto de origem da Primeira Geração de Direitos Fundamentais, consubstanciada em direitos individuais e políticos, com grande destaque para o direito de propriedade.

Nessa visão, a proteção é voltada, nas palavras de Chamberlain (2004, p. 40), para “situação favorável à satisfação de uma necessidade egoísta, concernente ao âmbito privado da pessoa envolvida e delimitado, nos seus efeitos, à pessoa que aspira àquele bem objeto de querença”.

Deve-se considerar também que, naquele momento, o Estado nacional já se encontrava totalmente consolidado. O combate ao absolutismo deu aos direitos fundamentais um caráter de limitação da atuação do Estado. As influências do Liberalismo fizeram com que o

indivíduo passasse a ser visto como independente, autônomo e capaz de fazer valer seus direitos em face de outros indivíduos e do Estado.

Contudo, verificou-se que a igualdade meramente formal garantida pelo regime liberal não era suficiente para impedir a exploração do homem pelos seus semelhantes. O conflito entre as classes sociais, o surgimento do socialismo e do comunismo levaram a um novo impulso dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, preponderou o Estado Social, em que a propriedade passou a ser voltada para o atendimento de sua função social, e o homem começa a ser visto não abstrata e artificialmente, mas em sua concretude histórica.

O Estado Social caracteriza-se por intervir acentuadamente na economia e por fornecer moradia, saúde, educação, previdência social aos seus cidadãos, dando origem à chamada Segunda Geração de Direitos Fundamentais.

Essa Geração é evidenciada exatamente pelo que caracteriza a assistência estatal voltada para o atendimento e para a realização de direitos sociais, culturais, econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade em um viés substancial, real e material, e não somente formal.

A noção de coletividade encontra-se, pois, amparada nessa Geração (LOZER: 2004, p.14), marcada pela atuação das entidades representativas de categorias, de grupos ou classes, que pretendem a satisfação das necessidades de uma comunidade de pessoas (CHAMBERLAIN, 2004, p. 41).

No contexto do Estado Democrático de Direito, ganha respaldo a Terceira Geração de Direitos Fundamentais, como o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à coparticipação no patrimônio comum. São direitos caracterizados pela solidariedade e pela titularidade coletiva.

De acordo com Carvalho (2009, p. 694), “Os direitos de terceira geração têm sido designados de direitos humanos globais, uma vez que

dizem respeito às condições de sobrevivência de toda humanidade e do planeta em si considerado”.

Os direitos dessa geração almejam à tutela de indivíduos indeterminados ou indetermináveis, pois a própria proteção deles é incompatível com o âmago do individualismo ou de grupos específicos.

Os direitos ou interesses metaindividuais irradiam dessa concepção ampla de direitos fundamentais e demandam rejeição à concepção individualista a fim se não se prejudicar sua efetiva compreensão e concretização. São caracterizados por princípios e valores como universalidade, indivisibilidade, complementaridade e interdependência (LOZER, 2004, p. 09-19), conduzindo, conforme Bittar Filho (2005, p. 01), “o Direito ao primado claro e insofismável do coletivo sobre o individual”.

Uma Quarta Geração de Direitos Fundamentais já é vislumbrada pela doutrina, correspondendo aos direitos das minorias, como a democracia, direito ao pluralismo e à informação. Esta última começa a ser considerada a maior fonte de riqueza para a sociedade pós-industrial, resultando novas necessidades do homem. Um exemplo é a expansão da cidadania digital.

Há doutrinadores que nos apontam a existência de uma Quinta Geração de Direitos Fundamentais. Seriam eles a compaixão e o amor por todas as formas vivas, pois a vida do ser humano está ligada à existência, não só de um meio ambiente preservado, mas também de sua biosfera. Conforme Milaré et al. (2004, p. 37), “O homem e a natureza são duas faces distintas, porém, inseparáveis, da mesma e única realidade que constitui o planeta Terra”.

Nas palavras de Carvalho (2009, p. 694):

Seriam direitos oriundos de respostas à dominação biofísica que impõe uma visão única do predicado ‘animal’ do homem, conduzindo os clássicos direitos econômicos, culturais e sociais a todas as formas físicas e plásticas, de modo a impedir a tirania de estereótipos de beleza e medidas que

acaba por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões considerados inferiores ou fisicamente imperfeitos.

A classificação geracional de direitos humanos, todavia, não ocorre sem críticas. Isso porque o vocábulo “gerações” pode levar à ideia de superação ou exclusão de uma geração por outra, o que é improcedente, pois ambos convivem com harmonia e simultaneidade.

Por essa razão, muitos autores substituem o termo “geração” por “dimensão”. Nesse sentido, Lenza (2011, p. 860) afirma que “Uma nova “dimensão” não abandonaria as conquistas da “dimensão” anterior e, assim, a expressão se mostraria mais adequada nesse sentido de proibição de evolução reacionária”.

Seja qual for o termo adotado, os direitos fundamentais devem ser vistos sob uma perspectiva dialógica, nunca dialética, ou seja, em uma visão de complementar, nunca concorrente.

Outra crítica sobre a classificação geracional versa sobre seu artificialismo. Existem direitos que estruturalmente seriam de 1ª geração, apesar de reconhecidos juntamente com a 3ª e 4ª gerações. Dessa forma, fica a dúvida sobre qual critério deve prevalecer: tempo ou estrutura.

Em razão de tais critérios, adota-se a classificação dos direitos fundamentais para fins meramente didáticos.

O sistema geracional termina, ainda, por legitimar a priorização de alguns direitos em detrimento de outros. De acordo com Sampaio (2010, p. 288), “Assim, na Ásia, tende-se a dar prevalência aos direitos de II geração em detrimento dos direitos civis e políticos; enquanto na África se impõem sobre estes, os direitos coletivos.” A classificação acabaria, pois, por prejudicar o aspecto indivisível e interdependente típico do conteúdo dos direitos fundamentais.

Por outro lado, diversos autores afirmam que a sociedade contemporânea vive o risco do excesso de direitos reconhecidos, enfraquecendo a proteção ofertada por aqueles direitos já consagrados.

Todavia, o reconhecimento de diferentes direitos considerados fundamentais é fruto da evolução das sociedades democráticas, como preconiza Sampaio (2010, p. 289):

Ocorre que os direitos são resultado do encontro de duas premissas: as necessidades humanas e o consenso em torno das prioridades de sua satisfação. Aquelas são ambiciosas por natureza; este tem um quê de universalidade própria da moral materializada em decisões contingentes que, a pretexto de atender, refreiam o ímpeto de reprodução lepusgênica das necessidades. Fundamentais e humanos são sempre direitos como produto do consenso sobre as necessidades frustradas, sobretudo em decorrência de assimetria de poder, de domínio opressivo ou de exclusão de beneficiários de vantagens relevantes.

Os direitos fundamentais foram reconhecidos historicamente e são instrumentos para garantir a preservação da dignidade humana. Eles são frutos das lutas travadas no seio da sociedade, do esforço de inclusão e proteção a todos os membros de uma comunidade.

4 Direitos metaindividuais nas relações de emprego

Os valores inatos ao homem - bens jurídicos considerados indispensáveis para a promoção do livre desenvolvimento pessoal e social do indivíduo, sua existência e convivência com os demais seres -, pressupõem a proteção de direitos ou interesses de natureza metaindividual.

Nesse sentido, Chamberlain (2004, p. 45) afirma que:

Em busca do sentido etimológico, em que meta é um prefixo grego que indica posterioridade, transcendência, algo que vai além de, pode-se dizer que interesses metaindividuais significam interesses que perpassam o âmbito individual, indo além dele. São os interesses coletivos considerados em seu sentido mais amplo e não apenas aqueles dependentes de organização. É verdade que num primeiro momento os direitos coletivos foram

concebidos a partir da identificação de organismos que sintetizavam os interesses individuais, mas com o envolver da comunicação globalizada, facilmente as empresas multinacionais se implantaram em todos os cantos do mundo, criando consumidores em massa. As relações jurídicas transcederam os grupos, sendo necessária a revisão do conceito de coletividade. A par disso, surgiram situações jurídicas em que, apesar de não estar configurado o interesse coletivo, visualizava-se uma origem comum, ou seja, existiam relações que guardavam identidade fática e jurídica, mas em que os interesses tutelados permaneciam individuais, pois os seus efeitos não perpassavam os indivíduos neles envolvidos.

Assim, separam-se os interesses privados, individuais – categorizados pela feição egoística -, dos interesses metaindividuais, de finalidade altruística, os quais ultrapassam a esfera da atuação individual, projetando-se na órbita coletiva (MANCUSO, 2004, p. 82).

Os direitos ou interesses metaindividuais são também denominados coletivos lato sensu ou transindividuais (o prefixo “trans” indica “além de”) e englobam: direitos ou interesses difusos, direitos ou interesses coletivos (em sentido estrito) e direitos ou interesses individuais homogêneos.

Assim, o interesse metaindividual ou coletivo lato sensu, portanto, conforme Schiavi (2011, p. 08) “nada é mais do que o somatório dos interesses individuais, quer sejam determinados ou não, quer decorram de uma relação jurídica base ou de simples pressuposto fático”.

A legislação infraconstitucional define, no parágrafo único do artigo 81 da Lei 8.078/90, tais interesses e direitos:

A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivos.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I-interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato;

II-interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III-interesses individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O interesse ou difuso aplica-se a uma indeterminabilidade de sujeitos, caracterizando-se também por apresentar objeto indivisível, intensa conflituosidade interna e duração efêmera (mutação no tempo e no espaço) (LYRA, 2004, p. 28).

Para Costa (2009, p. 54), “Ao contrário dos interesses difusos, os coletivos, em sentido estrito, são subjetivamente mais limitados. Isto significa que refletem direitos de pessoas indeterminadas de início, mas posteriormente determináveis”.

Os direitos difusos e os coletivos são transindividuais e indivisíveis (objeto não passível de fragmentação). Todavia, os primeiros apresentam vínculos acidentais e meramente factuais, ao passo que os segundos caracterizam-se por liame mais coeso entre os lesados e forte traço organizacional decorrente de relação jurídica (COSTA, 2009, p. 54).

Diferentemente, “Se a conduta lesiva causa lesão a vários indivíduos, percebe-se a lesão a vários interesses individuais que, por decorrerem de um fato comum, são homogêneos” (LYRA, 2004:30).

Os direitos difusos são transindividuais, indivisíveis, relacionam-se a um número indeterminado de pessoas, ligados por uma circunstância de fato, de forma que, são insuscetíveis de fracionamento, pois dotados de integridade e unidade, não podendo ser mensurados economicamente. Tais direitos transcendem, assim, a esfera subjetiva do indivíduo.

As seguintes situações exemplificam lesão a interesses difusos na esfera trabalhista: existência de greve em atividade considerada essencial e inadiável (Lei n. 7.783/1989), existência de regras discriminatórias na contratação de empregados, tais como exigência de atestado de esterilização, restrição à cor ou sexo do candidato, acidente de trabalho letal que provoca sentimento social de repulsa e indignação (COSTA, 2009, p. 53).

Os direitos coletivos *strictu sensu* são transindividuais, indivisíveis e têm como titulares um grupo, categoria ou classe de pessoas ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Na esfera trabalhista, tais direitos podem ser lesionados, por exemplo, pelo não recolhimento de depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) de trabalhadores de determinado grupo econômico (COSTA, 2009, p. 54).

Os direitos individuais homogêneos referem-se a titulares determinados ou determináveis, decorrem de circunstâncias fáticas comuns, apresentam objeto divisível que possibilita a fragmentação. Assim, os titulares são perfeitamente identificáveis, de forma que se tratam de interesses individuais, tutelados de forma coletiva.

Como exemplos de direitos individuais homogêneos na esfera trabalhista, Carneiro (2017, p. 283) destaca “a proteção do direito ao salário mínimo dos empregados públicos, a situação da sociedade cooperativa em que se configura a fraude no propósito de intermediação de mão de obra, com a não formação do vínculo de emprego”.

Impende destacar que um mesmo fato pode acarretar uma vasta gama de interesses a serem tutelados. Por exemplo, no caso de constatação do descumprimento das normas constitucionais e legais acerca da jornada de trabalho, a questão atinge direitos individuais homogêneos quanto aos consectários patrimoniais, assim como interesses

coletivos strictu sensu, considerando por referência a coletividade de trabalhadores no âmbito de uma mesma empresa, e também interesses difusos, em razão de trabalhadores em potencial no âmbito daquele determinado empregador e pelo interesse difuso vertido no interesse da sociedade em evitar acidentes de trabalho, com reflexos na saúde pública e na previdência social, e em promover o mercado de trabalho, com a geração de novos postos de emprego.

5 A atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) na defesa dos direitos metaindividuais nas relações de trabalho

O Ministério Público do Trabalho (MPT) teve sua atuação modificada com a CF/88, passando de mero interveniente (atuação por pareceres e promoções), para agente proativo na efetivação dos direitos humanos decorrentes das relações de trabalho, o que ficou ainda mais premente com a LC 75/93.

O MPT possui legitimidade para atuar em causas metaindividuais, em que presente relação de trabalho, seja no âmbito de interesses individuais homogêneos, coletivos strict sensu ou difusos, consoante arts. 114, 127 e 129 da CRFB; art. 83, I, III, V da LC75/93; art. 5º, I da LACP.

A atuação do órgão ministerial assume, assim, fundamental importância na tutela de direitos não patrimoniais e fundamentais de titularidade coletiva, oriunda de macrolesões decorrentes da sociedade de massa, com enfoque na efetividade processual para uma tutela adequada, consagrando-se o direito ao processo justo e ao devido processo legal substancial (art. 5º, XXXV e LIV, CR).

O MPT atua, judicialmente, como órgão interveniente ou como órgão agente. Como órgão interveniente ingressa no processo trabalhista, de ofício ou por provocação, caso entenda existir interesse público e, obrigatoriamente, no segundo grau, nas hipóteses em que for parte pessoa jurídica de Direito Público, Estado estrangeiro ou organismo internacional, nos termos do art. 83, II e XIII, LC 75/93.

Por outro lado, como órgão agente, o MPT é legitimado para propor as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição da República e pelas leis infraconstitucionais. Acerca das ações judiciais manejadas pelo órgão ministerial, Melo (2013, p. 31) afirma:

No manejo especializado de ações jurídicas – ação direta de inconstitucionalidade e constitucionalidade, mandado de segurança coletivo, ação popular, mandado de injunção coletivo -, dentre as quais destacamos a ação civil pública, por considerá-la o mais democrático entre os meios de defesa existentes, o Ministério Público destaca-se precipuamente quando em risco a dignidade da pessoa humana, como no trabalho infantil ou trabalho forçado e/ou degradante.

Além de tais ações jurídicas possíveis de utilização pelo MPT, destacam-se ainda a ação civil coletiva, ação anulatória de cláusulas de convenções e acordo coletivos e atuação em dissídio coletivo, propondo, inclusive, ação de dissídio coletivo de greve em atividade essencial, consoante art. 114, §3º, CR88.

Dentre elas, assume importância a ação civil pública, que contribui para a socialização processual, com economia de tempo, esforços e despesas, promovendo a democratização do processo e possibilitando o acesso à jurisdição de indivíduos que, isoladamente considerados, não teriam condições de ingressar em juízo, sobretudo pelo temor da represália patronal, no curso de uma relação de emprego.

No âmbito dos direitos difusos, Carneiro (2017, p. 278) aponta o seguinte caso para exemplificar a atuação do MPT:

Na esfera trabalhista, tema que muito comumente rende ensejo à ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, na qual se materializa esta aglutinação de caráter meramente contingencial, pode ser visto quando algum órgão da Administração Pública, direta ou indireta, de

quaisquer dos Poderes, promove a contratação em massa de empregados para investidura em cargo ou emprego de natureza permanente (regidos pela CLT) que não seja de livre nomeação e exoneração, e sem que tenham sido aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos, hipótese em que todos aqueles que circunstancialmente reúnam as condições objetivas de se submeter ao certame não realizado teriam seus interesses lesados. Outra situação desse jaez se dá quando uma empresa discrimina os candidatos a postos de trabalho por motivo de sexo, raça, entre outros, já que não há um elo comum que una os discriminados potenciais, a não ser o fato de serem, em tese, passíveis de postularem aquele emprego.

No que tange aos direitos coletivos strictu sensu, mencionado autor (2017, p. 280) exemplifica a atuação do MPT para a “observância de piso salarial da categoria ou de estabilidade dos dirigente sindicais ou integrantes da Comissão de Participação nos Lucros e Resultados (CPLR (...)); a exigência de concessão gratuita de equipamentos de proteção individual (EPIs)”.

Em relação aos direitos individuais homogêneos, Carneiro (2017, p. 283) afirma:

Outros exemplos estariam na cobrança de gratificação natalina de vários empregados de uma mesma empresa, que não efetuou o pagamento desta parcela ou das diferenças referentes a não observância do piso salarial, ou, ainda, na agressão ambiental que lesione in concreto grupo de trabalhadores de uma empresa que, coletivamente obtivessem a reparação pela via da Ação Civil Pública.

O Ministério Público do Trabalho atua, desse modo, como órgão de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no exercício coletivo no âmbito das relações de trabalho, especialmente em temas prioritários, definidos como estratégicos no âmbito da instituição, tendo em vista as irregularidades mais graves e recorrentes percebidas na atuação do Parquet Trabalhista.

Nesse teor, os temas de atuação prioritária são vinculados a Coordenadorias Nacionais Temáticas, órgãos auxiliares da atividade finalística do MPT. São as seguintes as Coordenadorias Nacionais Temáticas: Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (COORDINFÂNCIA), Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho (CODEMAT), Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONAETE), Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Emprego (CONAFRET), Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical (CONALIS), Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública (CONAP), Coordenadoria Nacional do Trabalho Portuário e Aquaviário (CONAPTA) e Coordenadoria de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (COORIGUALDADE).

Em resumo, a COORDINFÂNCIA atua, conforme Manual “MPT de A a Z”, na “promoção de políticas públicas para a prevenção e a erradicação do trabalho infantil informal, a efetivação da aprendizagem, a proteção de atletas mirins, o trabalho infantil artístico, a exploração sexual comercial, as autorizações judiciais para o trabalho antes da idade mínima, o trabalho infantil doméstico, o trabalho em lixões, dentre outras”.

A CODEMAT tem sua atuação voltada à articulação nacional de ações institucionais na defesa do meio ambiente do trabalho, em especial à proteção à saúde e à segurança do trabalhador, com o objetivo de evitar e reduzir os acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

Por sua vez, a CONAETE objetiva a definição de estratégias nacionais para a erradicação do trabalho escravo, o enfrentamento do tráfico de seres humanos e a proteção do trabalhador indígena.

Ao passo que a CONAFRET busca “combater e inibir as práticas fraudulentas que objetivam afastar ou mascarar a relação de emprego e desvirtuar a aplicação dos direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e em normas de proteção ao trabalhador, com o objetivo de promover a regularização das relações de trabalho”, conforme o Manual “MPT de A a Z”.

Já a CONALIS visa a assegurar a liberdade sindical, bem como a pacificação dos conflitos coletivos trabalhistas, sobretudo promovendo o fortalecimento dos sindicatos e coibindo atos atentatórios ao exercício de suas atividades.

A CONAP atua em prol do combate a violações “ao ordenamento jurídico constitucional e trabalhista praticado pelos agentes da administração pública, de forma a promover a proteção do patrimônio público e social nas relações de trabalho”, nos termos do Manual “MPT de A a Z”.

Por outro lado, a meta da CONAPTA é a promoção das regularidades das relações de trabalho nos setores portuário e aquaviário, especialmente na garantia de meio ambiente do trabalho adequado.

Por fim, a COORDIGUALDADE tem sua atuação voltada, precipuamente, ao “combate à exclusão social, à discriminação no trabalho, à violação da intimidade do trabalhador e às práticas abusivas ligadas ao assédio moral ou sexual, fomentando a troca de experiências e discussões sobre o tema, e também a atuação ágil onde seja necessária a presença do MPT”, conforme explica o Manual “MPT de A a Z”.

6 Conclusão

No contexto do Estado Democrático de Direito, destaca-se a Terceira Geração de Direitos Fundamentais, com direitos caracterizados pela solidariedade e pela titularidade coletiva.

Nessa seara, emergem os direitos ou interesses metaindividuais, também denominados coletivos lato sensu ou transindividuais (o prefixo

“trans” indica “além de”), que englobam direitos ou interesses difusos, direitos ou interesses coletivos (em sentido estrito) e direitos ou interesses individuais homogêneos.

O Ministério Público do Trabalho (MPT) possui legitimidade para atuar em causas metaindividuais, em que presente relação de trabalho, seja no âmbito de interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, atuando sobretudo por meio da ação civil pública, consoante arts. 114, 127 e 129 da CRFB; art. 83, I, III, V da LC75/93; art. 5º, I da LACP.

A atuação do órgão ministerial assume, portanto, fundamental importância para a consagração do acesso à justiça, do direito ao processo justo e ao devido processo legal substancial (art. 5º, XXXV e LIV, CR), em especial em temas prioritários, definidos como estratégicos no âmbito da instituição, tendo em vista as irregularidades mais graves e recorrentes percebidas na atuação do Parquet Trabalhista.

7 Referências bibliográficas

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 559, 17 jan., 2005. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/6183/do-dano-moral-coletivo-no-atual-contexto-juridico-brasileiro>>. Acesso em 16 de janeiro de 2018.

CARNEIRO, Ricardo José das Mercês. **Manual do Procurador do Trabalho. Teoria e Prática**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 15ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

CHAMBERLAIN, Marise M. Cavalcanti. **Direitos ou Interesses Metaindividuais e sua Classificação**. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.) Direitos Metaindividuais. São Paulo: LTr, 2004.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano Moral (Extrapatrimonial) Coletivo**. São Paulo: LTr, 2009.

LOZER, Juliana Carlesso. Direitos Humanos e Interesses Metaindividuais. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.) **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004.

LYRA, Bruno. Os Direitos Metaindividuais Analisados Sob a Ótica dos Direitos Individuais. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.) **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. 6ª Ed. Atual e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Manual MPT de A a Z**. Disponível

em: https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/977b0ba8-e030-42d4-9aa3-9389ec72fb6f/21.2.14_REV_Manual+de+A+a+Z_MPT_portugu%C3%AAs_20.02_Baixa.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=977b0ba8-e030-42d4-9aa3-9389ec72fb6f. Acesso em: 17/01/2018.

MELO, Luís Antônio Camargo. **Uma visão do Ministério Público do Trabalho**. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (coords.). Estudos Aprofundados do MPT – Ministério Público do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2013.

MILARÉ, Édis. COIMBRA, José Ávila Aguiar. Antropocentrismo x Ecocentrismo na Ciência Jurídica. In: **Revista de Direito Ambiental**. Ano 9, n. 36, out - dez, 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SCHIAVI, Mauro. **Dano Moral Coletivo Decorrente da Relação de Trabalho**. Disponível em

<<http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/Dano%20Moral%20Coletivo.pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2011.



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
Curso de Direito**

**O PROTAGONISMO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA
CONSTRUÇÃO DE UMA FUNDAMENTAÇÃO LEGÍTIMA
DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO**

Paulo Alberto Bezerra de Queiroz Magalhães
Matrícula: 1122634/5

PAULO ALBERTO BEZERRA DE QUEIROZ MAGALHÃES

**O PROTAGONISMO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA
CONSTRUÇÃO DE UMA FUNDAMENTAÇÃO LEGÍTIMA
DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo da Professora Caroline Pontes Almeida e orientação metodológica do Professor José Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo do professor Humberto José Olímpio Feitoza e orientação metodológica da professora Ivanilda Sousa Da Silva.

Ficha catalográfica da obra elaborada pelo autor através do programa de geração automática da Biblioteca Central da Universidade de Fortaleza

Magalhães, Paulo Alberto Bezerra de Queiroz.

O PROTAGONISMO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA CONSTRUÇÃO DE
UMA FUNDAMENTAÇÃO LEGÍTIMA DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO / Paulo Alberto Bezerra
de Queiroz Magalhães. - 2016
44 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade
de Fortaleza. Curso de Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Humberto José Olímpio Feitoza.
Coorientação: Ivanilda Sousa da Silva.

1. Neoconstitucionalismo. 2. Fundamentação das decisões
judiciais. 3. Diálogo entre os sujeitos processuais. I.
Feitoza, Humberto José Olímpio. II. Silva, Ivanilda Sousa da.
III. Título.

PAULO ALBERTO BEZERRA DE QUEIROZ MAGALHÃES

**O PROTAGONISMO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA
CONSTRUÇÃO DE UMA FUNDAMENTAÇÃO LEGÍTIMA
DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito, em conformidade com os normativos do MEC, regulamentada pela Res. N° R028/99 da Universidade de Fortaleza.

Fortaleza (CE), 07 de dezembro de 2016.

Humberto José Olímpio Feitoza, Esp.
Prof. Orientador da Universidade de Fortaleza

José Horácio Sampaio, Ms.
Prof. Examinador da Universidade de Fortaleza

Antonino Fontenele de Carvalho, Ms.
Prof. Examinador da Universidade de Fortaleza

Ivanilda Sousa da Silva, Ms.
Prof. Orientador de Metodologia

Profª. Núbia Maria Garcia Bastos, Ms.
Supervisora de Monografia

Coordenação do Curso de Direito

RESUMO

O presente trabalho trata da fundamentação das decisões judiciais que vem sendo observada por parte do Poder Judiciário brasileiro, atuação esta que é uma consequência do neoconstitucionalismo, em que muitas decisões proferidas pelos magistrados, além de não fomentarem uma participação mais intensa das partes, tratam de não se aterem as questões essenciais para a solução dos feitos. Tudo isso pode ser mais bem observado nos casos em que o juiz tem, conforme o estatuto de processo civil, o dever de encarar todos os argumentos levantados pelas partes. Com relação a essa problemática, analisou-se até que medida pode o Poder judiciário escolher quais argumentos devem constar na fundamentação de uma decisão jurídica sem que haja desrespeito a princípios previstos no ordenamento jurídico, principalmente, o princípio da segurança jurídica. Para isso, foram expostos alguns aspectos limitadores dessas decisões, apontando quais elementos devem conter em uma decisão legítima, e, além disso, também foi abordado acerca de quais atitudes podem ser adotadas para que haja uma convivência harmônica entre essa postura jurisdicional e a colaboração com as partes, sendo defendido um diálogo entre os sujeitos como forma de contrabalançar essa postura tão criticada do Poder Judiciário. A metodologia tem cunho bibliográfico e abordagem qualitativa, com apoio de doutrinadores, tais como José Miguel Garcia Medina, Fredie Didier Jr. e Rodrigo Ramina de Lucca. Conclui-se que, a opção a ser adotada passa, necessariamente, por uma atuação integrada, e não apenas segregadora de participação dos sujeitos processuais na construção de uma fundamentação judicial legítima.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Fundamentação das decisões judiciais. Diálogo entre os sujeitos processuais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, SUAS BASES TEÓRICAS E APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	9
1.1 Perspectivas históricas.....	9
1.2 Neoconstitucionalismo e a efetivação da fundamentação das decisões judiciais...12	
2 TESES ACERCA DA NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DOS ELEMENTOS VENTILADOS PELAS PARTES PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA.....	18
2.1 Noções gerais.....	18
2.2 Argumentos contrários à necessidade de enfrentamentos de todos os elementos apresentados pelas partes.....	20
2.3 Argumentos favoráveis ao enfrentamento de todos os elementos apresentados pelas apresentados pelas partes.....	24
2.4 Reflexo prático da (des) necessidade de enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelas partes no processo.....	27
3 A NECESSIDADE DE DIÁLOGO ENTRE OS SUJEITOS DO PROCESSO E OS PARÂMETROS ELEMENTARES PARA UMA DECISÃO FUNDAMENTADA.....	30
3.1 O diálogo entre os sujeitos processuais e a construção de uma nova visão de processo civil.....	30
3.2 Diretrizes objetivas para que a fundamentação enfrente os argumentos ventilados pelas partes.....	33
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, a ideia de Estado Democrático de Direito foi proclamado, como se aduz do artigo 1º. Logo, passa a ser essencial que as decisões judiciais proferidas através de uma das suas três funções primordiais do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), a judicante, tenham os seus motivos externados e a partir da edição do Novo Código de Processo Civil (lei 13.105 de 2015), se passou a exigir do magistrado o enfrentamento de todos os argumentos apresentados pelas partes no decorrer do processo.

Dessa forma, tendo em mente a importância atribuída ao neoconstitucionalismo, movimento que gerou uma completa transformação na forma de visualizar e interpretar o ordenamento jurídico, a Constituição foi realocada e passou a ocupar o topo de toda a estrutura legislativa, sendo considerada a principal norma que pode existir, a norma fundamental.

Hodiernamente, o Direito Processual Civil Brasileiro, tem adotado facetas nitidamente integradoras, vez que busca unir a atuação das partes e o próprio judiciário, em prol de um ideal de processo justo, se afastando, sobremaneira, da concepção clássica de processo, qual seja: o liberal, onde imperava a busca apenas satisfação do interesse da parte, negligenciando a função social que esta matéria arrasta.

Ainda, no plano pós-moderno, nota-se que a resposta jurisdicional não se limita ao caso concreto, mas se reflete na própria razão de ser do Estado Constitucional de Direito, vez que, a sua atuação tem de ser transparente, devendo o judiciário expor o porquê de sua atuação, para que haja tanto uma rotineira fiscalização pelas partes, imediatamente interessada, bem como o monitoramento pelos demais jurisdicionados da legitimidade constitucional dessa atividade. Por esses dois últimos elementos, pode - se afirmar que se tratam dos principais funcionalidades da fundamentação das decisões judiciais, que são denominados de: interno (ou endoprocessual) e externo (exoprocessual). Logo, se nota a importância que a afirmação de necessidade ou dispensabilidade do enfrentamento de todos os argumentos guarda dentro da prática processual.

Acerca dessa problemática, a jurisprudência atualmente dominante determina que não seria necessário a abordagem de todos os argumentos deduzidos pelas. Ocorre que a concretização desse entendimento é pretérito à edição do presente estatuto que regulamenta o direito processual civil nacional.

E é justamente acerca desse impasse que gira a temática do presente trabalho, que buscará avaliar os aspectos positivos e negativos da obrigatoriedade de enfrentamento dos argumentos ventilados pelas partes, bem como a melhor de ser exercido pelo Judiciário, de forma a encontrar resposta para as seguintes indagações: Pode ser considerada obrigatória essa postura em face do magistrado?; Até que ponto pode o juiz decidir quais argumentos combater para a construção de uma fundamentação válida? E se É possível que haja uma colaboração recíproca entre os coadjuvantes processuais na busca de uma tutela jurisdicional efetiva?

Para encontrar as respostas para tais indagações foi feita pesquisa bibliográfica, através de livros, revistas e artigos publicados na internet, contendo o posicionamento de alguns doutrinadores acerca do tema, bem como pela jurisprudência dos tribunais pátrios, para saber como eles vêm decidindo esses tipos de questões e se realmente estão adotando tais posturas no momento de decidir.

Ao tratar do tema, no primeiro capítulo são tecidos alguns comentários com relação aos aspectos históricos que deram embasamento para o surgimento da necessidade de fundamentação dos provimentos judiciais, delimitando suas bases teóricas, para em seguida mostrar como o Poder Judiciário e a doutrina brasileira vêm se portando com relação à efetividade desse mandamento constitucional.

No segundo capítulo, são expostos os argumentos que estão relacionados com a temática em enfoque, sendo expostas, de um lado, as teses que servem para fundamentar e até fortalecer essa desnecessidade de uma atuação mais proativa do Poder Judiciário, e de outro os princípios e teorias que podem ser considerados como um ônus para toda essa postura dos magistrados.

Apenas para deixar claro, apesar de ter sido feita essa divisão das ideias, deve-se frisar qual a melhor forma de encarar tudo isso é sendo feita uma análise casuística, para verificar se realmente há necessidade de uma atuação mais ativa do Poder Judiciário no momento de decidir fundamentadamente, sabendo usar as regras que se adequarão ao caso.

Por fim, no terceiro capítulo, demonstra-se a da necessidade de existência de um diálogo entre os participantes processuais, devendo deixar de lado qualquer tipo de disputa individualista que possa existir, unindo-se em prol de uma atuação jurisdicional mais integrada e também a demonstração de parâmetros objetivos para uma atuação estatal adequada.

Portanto, a principal problemática que envolve esse trabalho se move com o fim de tentar demonstrar que o melhor caminho para que a fundamentação das decisões judiciais seja exercida, e com a existência de um diálogo entre o magistrado e os demais sujeitos processuais poderes, da forma mais democrática possível, bem como a apresentação de balizas claras para que tais decisões tenham legitimidade.

1 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, SUAS BASES TEÓRICAS E APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Num primeiro momento, tendo em vista a discursão notadamente doutrinária acerca de qual seria a nomenclatura adequada: se fundamentação, motivação ou justificação, para revelar a necessidade de apontamento por parte do órgão jurisdicional de quais seriam os elementos levados em consideração para a decisão, ou seja, o “porquê”. Opta-se pelo termo fundamentação, pois reflete uma visão mais sistêmica, englobando os demais, o que nas palavras de José Miguel Garcia Medina (2015, p.688) “o juiz expõe o que o moveu a chegar a dada conclusão (motivu), e deve, também proferir uma decisão justa (justificare)”.

Antes de ser iniciada, de fato, a abordagem sobre o dever de motivação das decisões judiciais e a imposição de enfrentamento de todos os argumentos levantados no processo capazes de, em tese, retirar a força da conclusão adotada pelo órgão jurisdicional. Faz-se elementar a elucidação dos aspectos mais relevantes para compreender os alicerces que sustentam a própria necessidade de motivação das decisões judiciais.

1.1 Perspectivas históricas

Nesse passo, é relevante trazer à baila que, no Brasil, o primeiro instrumento normativo que trouxe a previsão de necessidade fundamentação das decisões judiciais remonta-se às Ordenações Filipinas, sancionado em 1595, mesmo que de forma incipiente, que no seu Livro III, Título LXVI, n. 7º, que asseverava categoricamente se tratar de uma incumbência do juiz motivar as decisões por ele proferidas, sem, todavia trazer mais elementos contundentes que permitissem um controle de verificação desse preceito.

Entretanto, apenas em 1850, com a edição do Regulamento 737, instrumento que inaugurou a autonomia legislativa do Brasil em relação a Portugal, proclamou em seu artigo

232, que “A sentença deve ser clara, sumariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda”.

Mais adiante, com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 24.2.1891, que, nas palavras de José Afonso da Silva (2013, p. 80-81), “Optou-se pelo presidencialismo à moda norte-americana [...]. Firmara a autonomia dos Estados, aos quais conferira competência remanescente”. Desse modo, foi estabelecido pelo próprio texto da supracitada carta:

Art 65 - É facultado aos Estados:

[...]

2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.

Com essa possibilidade, foi permitida a edição de normas de processo civil, por parte dos Estados, já que não havia vedação constitucional, mas apenas alguns se atreveram a prever, expressamente o dever aclarar as razões que levaram o julgador a adotar essa ou aquela decisão, como foi o caso do Código Processo Civil do Estado de São Paulo, editado pela lei 2.421 de 1930, que estabeleceu em seu artigo 333: “A sentença, que será escripta, datada e assignada pelo juiz, deverá conter, **sob pena de nullidade:** [...] III - **Os fundamentos da decisão, de facto e de direito.**” (Grifou-se).

Nessa esteira, mesmo em um período conturbado historicamente, qual seja, o Estado Novo (1937-1945), foi editado pelo Governo Federal o primeiro Código de Processo Civil Nacional, através do Decreto – Lei nº 1.608, de 1939, que dentre seus dispositivos previa, expressamente a determinação de que o juiz apontasse na sentença os fatos e elementos que motivaram seu convencimento (artigo 118, parágrafo único), e ainda os fundamentos de fato e direito onde se sustenta a decisão do feito (art. 280, inciso II).

Desse modo, percebe-se, claramente que, mesmo em períodos históricos recheados de arbitrariedades pelos mais diversos regimes autoritários, a necessidade de exposições dos motivos adotados por aqueles incumbidos de realizar a atividade jurisdicional, mesmo que de uma maneira secundária, pois não havia previsão em nenhum documento constitucional brasileiro, ainda assim denotava-se alguma tendência para que, pouco a pouco se pudessem superar as malversações que eram realizadas no âmago do Estado Brasileiro.

De outra maneira não se poderia comportar os legisladores dos Códigos de Processo que iam se sucedendo, como bem o fez o legislador do Código de 1973, lei nº 8.569, que avançou nessa temática, pois previu em seu artigo 131 que “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe foram o convencimento”. Pois, agora, não se limitava apenas a sentença propriamente ditas, mas também com relação a outros atos de relevância inquestionável para desenvolvimento regular do processo, como o é a fase instrutória.

Ainda, com relação aos requisitos da sentença, o referido legislador, optou por continuar em estabelecê-lo como essencial, em artigo 458 e seu inciso III. Bem como estendeu o mesmo dever para as decisões interlocutórias, mesmo que de forma mitigada, pois o texto legal estabelecia apenas uma fundamentação concisa (artigo 165).

Assim, fica claro que, o ordenamento jurídico pátrio tratou da matéria em senda exclusivamente infraconstitucional, posto que, no decorrer do período do movimento do constitucionalismo clássico, onde se buscou a passagem de um Estado Política para um Estado de Direito, apenas eram tratadas em matéria constitucional aquelas normas de natureza materialmente constitucionais, que se limitavam a expor como foco nas limitações ao poder dos governantes, bem como o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pelas revoluções liberais, notadamente, no caso do Brasil, com influências do Constitucionalismo Francês e Norte-Americano.

Dessa forma, muitas outras matérias essenciais para o próprio controle do Estado por parte dos seus integrantes ficaram renegadas ao segundo plano, como é o caso do dever de fundamentação das decisões judiciais. Nesse contexto, assevera Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 40):

A assertiva de que a Constituição tem valor de norma – e de norma suprema do ordenamento jurídico -, se hoje passa por um truísmo, é, na realidade, um produto do pensamento constitucionalista, que culmina uma sucessão de registros de inteligência sobre o tema, muitas vezes descontraídos. **O prestígio jurídico da Constituição, no momento presente, é resultante da urdidura de fatos e ideias, em permanente e intensa interação recíproca, durante o suceder das etapas da História.** Importa lançar olhos sobre essa evolução, até para melhor compreender os fundamentos do direito constitucional da atualidade. (Grifa-se).

Com efeito, nota-se que apesar de inúmeras previsões legais, já dispostas ao longo dos diversos instrumentos normativos, buscando guiar a atividade jurisdicional para o verdadeiro

alvo fosse atingido, qual seja, uma efetiva prestação da atividade jurisdicional com a mais possível clareza e proporcionando aos jurisdicionados devidas formas de controle dos atos praticados pelo Estado-Juiz, revelou-se, com o tempo não ser o bastante, dado a evolução da própria sociedade moderna, bem como o aumento de demandas em face do judiciário. Assim, já se percebia que o próprio sistema necessitava de novos elementos que acrescentassem na busca de soluções para as diversas distorções que a cada instante insistiam em apontar por novos meios de controle, que realmente solucionassem as problemáticas.

1.2 Neoconstitucionalismo e a efetivação da fundamentação das decisões judiciais

Superada às aludidas perspectivas, e tendo como mote o contexto que serviu de sustentáculo para fortalecer a própria ideia de Estado Democrático de Direito, é possível direcionar-se para a atuação contemporânea de um Direito Processual Civil Constitucional, onde se retira o protagonismo puro e simples dos códigos, passando a se valorizar uma acomodação com o texto da Carta Magna.

Diferentemente dos diplomas constitucionais que antecederam a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que não traziam previsão expressa da necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais, esse *múnus* passou a ter papel fundamental no cenário jurídico contemporâneo.

Art. 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, **observados os seguintes princípios:**

[...]

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 a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Grifa-se).

Como se extrai desse mandamento constitucional, e seguindo o fluxo do constitucionalismo atual, que tem por marco histórico o final da Segunda Guerra Mundial, mesmo tendo sido internalizado ao ordenamento pátrio tardiamente, se busca desenvolver uma nova forma de compreensão, interpretação e aplicação do Direito Constitucional e da própria Constituição.

Logo, é evidente que a forma atual do processo civil deve não apenas se portar de acordo com apenas a legalidade pura e simples, mas com respeito à sistemática como um todo,

devotando o dirigismo das suas condutas à Carta Magna, principalmente no ponto que toca aos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente. Assim, pontua Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 44-45):

A obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível.

[...]

O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como conformação da lei. (Grifa-se).

Nesse caminhar, é essencial trazer à baila o prisma de que o instituto objeto do presente trabalho se traduz em um corolário do devido processo legal, disposto no artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Sobre a cláusula constitucional do devido processo legal, deve-se ter em mente que ela possui duas facetas complementares, como já é consagrado doutrinariamente, são elas a de sentido material (*substantive due process*) e a processual (*procedural due process*). De acordo com Nelson Nery Júnior (2013, p. 98-100):

A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o Legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land*, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.

[...]

Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, **verifica-se que a cláusula *procedural due process* os *law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo**, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos. (Grifa-se).

Assim, a fundamentação guarda íntima ligação com a própria lógica da ampla defesa, posto que seja necessário que se conheça os reais elementos que conduziram o julgador à imprimir determinada decisão, para que então possa atacá-la, ou então, se preferir, defende-la, como bem ocorre nos casos em que a decisão é favorável a uma das partes, mesmo que em termos. O que não possível é que qualquer decisão, não aponte os seus fundamentos, tendo em vista que o seu desrespeito acarretaria em uma sequência deplorável de ferimentos a diversos

dogmas constitucionais, que, a duras penas, foram pouco a pouco sendo conquistados com o passar dos séculos.

Importante salientar que a fundamentação dos provimentos jurisdicionais, de uma forma geral, possui uma dupla função consagrada doutrinariamente e, acertadamente seguida pela jurisprudência nacional, onde se busca privilegiar os jurisdicionados, que são, realmente, os reais destinatários das soluções postas, são elas: I) Endoprocessual e II) Exoprocessual. É firmado nessa premissa que assegura Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 322-323):

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

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

Diante de tudo o que fora indicado, bem como da necessidade de edição de um novo Código de Processo Civil, que dentre os diversos clamores estava a necessidade de edição de um instrumento gestado na vigência de um Estado Constitucional, pois todos os antecessores possuíam uma tendência naturalmente autoritária. Com esse anseio é que foi constituído o novo diploma processual civil, através da lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Como não podia deixar de ser, o novo diploma igualmente estabeleceu em seu artigo 489 os elementos que uma sentença não pode deixar de ter, e, naturalmente se encontra a previsão de necessidade de se apontar os fundamentos, apontando o juiz as questões de fato e direito. Ainda, o novo código vai mais além, pois em seu parágrafo primeiro estende esse dever para qualquer decisão judicial, *in verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]

Mas, de fato, o elemento principal que inovou consideravelmente em relação às previsões legais anteriores, e até mesmo a constitucional já apontada, foi a que se encontra no inciso IV,

que considera despida de fundamentação a decisão que “não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;”.

A partir desse momento, surgem entendimentos diversos, que num primeiro momento aparentam ser confrontantes, o primeiro de que não seria, necessariamente obrigado ao julgador enfrentar todos os argumentos ventilados, para que a decisão seja considerada válida. Já um segundo entendimento entende que, para que a decisão não seja considerada viciada de tal modo que se torne nula, o órgão jurisdicional deveria, efetivamente, encarar todos os elementos postos.

Antes mesmo da edição do Novo Código de Processo Civil já existia embate entre essas duas correntes, mas que já havia entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não necessário tal enfrentamento detalhado, posicionamento este proclamado no AI nº 791.292/PE, com repercussão geral reconhecida, que asseverou:

Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). **2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.** 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral. (BRASIL, 2010, *online*). (Grifa-se).

Percebe-se que essa decisão do Pretório Excelso se limitou em apontar a desnecessidade de enfrentamento de todos os elementos levantados pelas partes, sem apontar quais elementos deveriam constar nas decisões judiciais. O que, logicamente compromete a própria prestação de uma tutela jurisdicional devida, maculando inclusive a própria ideia do direito de ação, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, do texto constitucional.

De outra banda, a doutrina que advoga a tese de necessidade de enfrentamento de todos os elementos trazidos pelas partes, não estabelece parâmetros minimamente objetivos para a construção de uma sistemática razoável em torno das decisões judiciais, adstringindo-se à transferência pura e simples da responsabilidade para o Poder Judiciário. Nesse sentido, aduz Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 344):

Esse mau costume constitui não apenas um erro técnico como também uma forma de aniquilar o direito de ação e as garantias do contraditório e da ampla defesa. Sim, porque embora a Constituição diga que a parte tem o direito de

provocar a atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV), e embora a Constituição garanta à parte amplas possibilidades de defesa e de influência (art. 5º, LV), o diz que não tem a obrigação de emitir um juízo de valor sobre todos os seus argumentos.

[...]

A exigência de análise de todos os fundamentos da tese derrotada é um assunto extremamente relevante do ponto de vista prático, porque **a omissão nesses casos muita vez inviabiliza a discussão da matéria nas instâncias extraordinárias, por meio dos recursos de estrito direito (extraordinário e especial).** (Grifa-se).

Pelo visto, é claro que, apesar dos argumentos que dão sustentação as duas correntes, não se pode permitir que se prevaleça um ou outro argumento em sua totalidade, uma vez que, se por um lado existem elementos fundados na economia e celeridade processual, por outro existem motivos de sobra para que não se deixe ao livre alvedrio do juízo a escolha de quais elementos devem ou não constar nas decisões judiciais, dado a própria natureza pública e democrática, faz-se prudente que se trace balizas visando o estabelecimento de diretrizes para decisões que encontrem amparo na própria ideia de razoabilidade de fundamentação e devida prestação jurisdicional.

É desse modo que se faz presente a necessidade de se ter em mente o papel silogístico entre a argumentação jurídica e a fundamentação das decisões judiciais, que é facilmente demonstrada por Carlos José Cordeiro e Josiane Araújo Gomes (2014, p. 105-106, *online*):

A decisão judicial, destarte, não deriva diretamente das normas jurídicas existentes, restando, para aquele que decide no campo de ação dentro do qual deve definir uma entre várias soluções possíveis. Diante de tal situação, **deve o magistrado fundamentar as decisões de forma a não só atender e satisfazer aos interesses das partes e dos operadores do Direito, mas também com o intuito de apresentar a argumentação adotada à comunidade,** cujos integrantes são portadores do direito de ver reconhecido que a decisão foi a mais justa e razoável no caso concreto.

[...]

Em vista disso, **verifica-se que a decisão judicial é considerada bem fundamentada quando se afasta dos subjetivismos aos quais o magistrado está vulnerável, sendo fruto de argumentação racional, capaz de gerar, naquele momento, o consenso sobre a questão, tornando-se segura e legítima.** Além disso, deve a motivação das decisões judiciais ser expressa, coerente, lógica e clara, possibilitando, portanto, sua compreensão pelos seus destinatários e, via de consequência, o controle da atividade jurisdicional, tanto pelo próprio Poder Judiciário quanto pela sociedade como um todo. (Grifa-se)

Portanto, a partir dos próximos capítulos, o que se pretende é, quando os órgãos judicantes decidirem fazer suas escolhas naturalmente fundamentadas no processo, que se busque refletir através de um conjunto normativo mais contextualizado, não se limitando a possibilidade hoje referendada pelo Supremo Tribunal Federal de que não precisaria encarar todos os elementos trazidos pelas partes, isso tudo através da interação com uma ideia de processo justo do ponto de vista constitucional. Essa meta reflete a medida essencial de um Estado de Direito

Constitucional, rechaçando as arbitrariedades, através da compatibilização do próprio ordenamento jurídico.

2 TESES ACERCA DA NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DOS ELEMENTOS VENTILADOS PELAS PARTES PARA UMA FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA

Conforme foi exposto no capítulo precedente, a necessidade de atuação do Poder Judiciário conforme a conjuntura contemporânea está respaldada em um modelo constitucional, que apregoa a aversão ao arbítrio por parte dos encarregados de exercer essa função essencial para a existência de um Estado Democrático de Direito, e esse exercício é exteriorizado através da fundamentação das decisões judiciais, que, com o decorrer dos tempos se posicionou como um dos baluartes da legitimação da prestação da tutela jurisdicional, tomando lugar de destaque tanto no âmbito doutrinário, como na pauta de atuação da jurisprudência.

2.1 Noções gerais

O que se tem percebido atualmente é um acréscimo cada mais considerável do número de demandas junto ao judiciário, que dentre muitas razões se encontram a maior possibilidade de acesso à esse poder, como proclamado constitucionalmente (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988), bem como a tradição arraigada em boa parte da sociedade brasileiro de que, apenas o poder judiciário seria capaz de trazer a solução adequado para cada pretensão que lhe é posta.

É justamente nesse contexto social-jurídico que cresce a atenção para a fundamentação das decisões proferidas por aqueles que, tradicionalmente, são encarregados de “dizer o direito” no caso concreto, tendo em vista essa massificação da procura de soluções através do Estado-Juiz.

Assim, para que o próprio responsável pelo atendimento dessas sucessivas demandas que imergem a cada instante de uma sociedade tão complexa, faz-se elementar a correta observância do resultado apresentado, o que passa, necessariamente por uma análise acurada do que as partes levantam no caminhar de um devido processo legal constitucionalmente reconhecido, o que também se inclui terceiros interveniente, como é o caso do *amicus curie*, figura já a bastante tempo conhecido na prática processual, especialmente nos casos de controle concreto de

constitucionalidade, mas que agora, com o advento do Novo Código de Processo Civil, tomou forma expressa através do artigo 138.

Com efeito, devido ao maior número de pretensões judicializáveis, passa-se a discutir meios que, naturalmente envolvem a ideia de fundamentação das posturas adotadas pelos responsáveis de prestar a tutela jurisdicional, possam permitir uma resposta eficaz e contemporânea das postulações das partes, o que perpassa indiscutivelmente pela ideia de duração razoável (ou racional) do processo, o que desde a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 está encrustado no texto magno constitucional, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, e, por derradeiro, através da já diversas vezes citado, atual instrumento processual civil brasileiro, em seu artigo 4º, *caput*, o que não implica que o processo precise, necessariamente, ser rápido.

Não é outro o posicionamento da doutrina majoritária que, acertadamente acompanha essa natural e essencial evolução proporcionada pela própria ideia conjuntural do processo contemporâneo, possuindo reflexo, naturalmente, nos ensinamentos de Fredie Didier Jr. (2016, p. 97-98):

Processo devido é, pois, processo com duração razoável.

[...]

Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional.

[...]

Bem pensadas as coisa, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. **A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, os direitos à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor.** Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sintam saudades deles. (Grifou-se)

É com azo nesse caminhar, que se obtempera o protagonismo nevrálgico que a discursão que circunda a discursão sobre quais elementos deveriam ser levados em conta no momento do posicionamento dos órgãos jurisdicionais, se todos aqueles ventilados pelas partes, ou apenas os que o juiz entender como o bastante para se posicionar e decidir.

Posto que, se de um lado almeja-se a duração razoável do processo, do outro se perquire uma prestação judicante que satisfaça integralmente o mérito, incluindo a atividade satisfativa, seguindo a mesma diretriz do supramencionado artigo 4º, do mesmo diploma legal, uma vez

que em diversos casos o completo aprofundamento do mérito poderia comprometer a própria ideia de eficiência, que possui assento constitucional, no artigo 37, *caput*, que trata dos princípios que norteiam a atuação da administração pública, mas que devido a uma interpretação sistemática do texto magno, também está incrustada nessa *oda* de processo como meio para concretização de direitos. Com relação ao que foi exposto, aduz Fredie Didier Jr. (2016, p. 103-104):

Eficiente é a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Ou seja, **na escolha dos meios a serem empregados para a obtenção dos fins, o órgão jurisdicional deve escolher meios que os promovam de modo minimamente intenso (quantidade – não se pode escolher um meio que promova resultados insignificante) e certo (probabilidade – não se pode escolher um meio de resultado duvidoso), não sendo lícita a escolha do pior dos meios para isso (qualidade – não se pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado).** A eficiência é algo que somente se constata a *posteriore*: não se pode avaliar a *priori* se a conduta é ou não eficiente. (Grifou-se)

A esse respeito, deve ser frisado que a postura a ser adotada deve ser analisada de acordo com os elementos proporcionados pelo caso concreto, obedecendo a uma ordem de acordo com as peculiaridades apresentadas, e não apenas se tomar como norte uma regra definitiva a ser adotada de forma indistinta.

E é por conta desses elementos que existem argumentos para cada corrente que buscam determinar posturas a serem adotadas pelo Estado-Juiz, no momento de enfrentamento dos argumentos trazidos por aqueles que participam do no desenrolar processual. Para tanto, deve-se separar tais argumentos, colocando de um lado aqueles que podem ser utilizados por quem pretende defender em uma determinada demanda um Judiciário que, realmente, enfrente todos os argumentos trazidos pelas partes; e de outro, aqueles que pretendem defender um Poder Judiciário que não encare todo o substrato depositado por aqueles que participaram do processo, ficando para uma análise em sede recurso apenas uma reforma da decisão, que por ventura for combatida.

2.2 Argumentos contrários ao enfrentamento de todos os elementos apresentados pelas partes

Para os que advogam em conformidade com a segunda corrente acima apresentada, o argumento mais coerente é que os órgãos jurisdicionais ao adotarem o posicionamento sobre os processos de sua incumbência, não estaria obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes, desde que já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

É o que ocorreria, por exemplo, quando João entrasse com uma ação de cobrança em face de Pedro, sendo que, o juiz extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, por reconhecer que a pretensão do autor estava prescrita. Além disso, o magistrado afirma que estava provado que Pedro já pagou o débito, não havendo, portanto, mais qualquer dívida. O autor não se conformou e interpôs apelação. O Tribunal manteve a sentença, mas se manifestou apenas sobre a prescrição, reconhecendo que ela estava presente no caso concreto. O acórdão nada falou sobre o pagamento da dívida que foi reconhecido pelo juiz de primeiro grau e questionado por João no recurso.

Assim, essa decisão não desrespeitaria a regra imposta pelo artigo 489, §1º, inciso IV, do referido diploma, uma vez que, um eventual recurso que questionasse a ausência de pronunciamento sobre o argumento de que o débito não fora pago e que, desse modo, a dívida ainda persistira, não merecia prosperar, pois não seria um argumento capaz de infirmar a decisão proferida, já que teria ocorrido o reconhecimento da prescrição, o que de pronto impossibilitaria a análise do pagamento ou não do débito.

Essa é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, como já trazido no primeiro capítulo, e que, mesmo tendo sido consolidado sob a vigência da anterior carta processual civil que visa o prestígio da celeridade processual, ainda possui aplicação, como se extrai do recente posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, através do EDcl no MS 21.315-DF, veiculado através do Informativo 585, que pontificou:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HIPÓTESE DE NÃO CABIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra decisão que não se pronuncie tão somente sobre argumento incapaz de infirmar a conclusão adotada. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC/2015, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. **O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.** A prescrição trazida pelo inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 ["§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador"] veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo STJ, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016. (BRASIL, 2016, *online*, grifou-se).

Ainda, de acordo com essa corrente, obrigar que sempre o julgador combatesse todos os argumentos levantados pelas partes seria um verdadeiro disparate processual, tendo em vista

que acabaria indo de encontro aos valores constitucionalmente previsto, tais como os supracitados devido processo legal, o de acesso ao judiciário, bem como o da própria duração razoável do processo, pois o judiciário teria que dispende muito tempo e acabar se rendendo à interesses nitidamente procrastinatórios, que teria como único interesse prologar o processo, sem uma verdadeira utilidade.

Parte dos defensores ainda sustenta que, entender de modo contrário ainda estaria desrespeitando uma lógica insofismável, que anda lado a lado com a hodierna compreensão do que se trata de processo, partindo de um prisma voltado para a ideia essencial de proporcionalidade, mesmo que o reconhecendo como um desdobramento do devido processo legal, na sua perspectiva material, do que, racionalmente pode-se exigir do órgão judicante competente. Corroborando com esse posicionamento, assevera Kleber de Souza Waki (2015, online) que:

É preciso uma especial atenção, porque esta regra não impõe o exame de todas as teses apresentadas, mas apenas daquelas que não possam ser consideradas como a) prejudicadas, b) frontalmente colidentes ou c) abrangidas pelos fundamentos da decisão tomada pelo órgão judicial. Se há duas ou mais soluções possíveis para a resolução do conflito, é preciso (como sempre foi) que o órgão judicial deixe claro o fundamento pelo qual escolheu seguir por esta ou aquela trilha. E assim, por conseguinte, fique também claro por qual razão não tomou, na resolução do conflito, outro destino.

[...]

Há entendimento pacificado na Corte Suprema acerca do dever de fundamentar, e dele não se extrai a necessidade de se esmiuçar, pormenorizadamente, todas as questões de fato e de direito debatidas ao longo da marcha processual, ou provas apresentadas, desde que haja clareza acerca da tese adotada no julgamento. **Tampouco há a necessidade de que sejam rebatidas todas as teses, aí incluídas aquelas refutadas por serem prejudiciais ao fundamento maior acolhido no julgamento. Na fundamentação, o que não pode haver é omissão quanto ao fundamento essencial para acolhimento ou rejeição de pretensão.** A fundamentação não pode ser genérica, devendo ser clara e precisa, indene de dúvidas acerca da questão de fato e/ou de direito levada ao exame e a motivação que resultou no acolhimento ou rejeição, total ou parcial, daquilo que foi apresentado como pretensão, bem como dos termos adiantados como defesa na estabilização da demanda. (Grifou-se)

Importante salientar que, antes mesmo de o Novo Código de Processo Civil ser sancionado, houve um movimento encabeça pela Associação dos Magistrados do trabalho – ANAMATRA, que foi seguida pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em que solicitavam à Presidência da República que vetasse o dispositivo que é objeto do presente estudo, pois acarretaria o novo diploma em um efeito indesejado, qual seja, atravancar o próprio sistema, que já é deveras deficitário. Isso desde que se partisse de uma premissa que se pensasse em aplicar o dispositivo em sua literalidade, sem buscar uma forma integradora e naturalmente mais participativa entre

a atuação jurisdicional e aqueles que buscam o Poder Judiciário para que se busque solucionar as demandas.

Entre as razões postas na nota das referidas associações, que criticava inclusive outros artigos do texto aprovado do anteprojeto do atual diploma processual civil brasileiro, estavam a de que (2015, *online*):

Terão impactos severos, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juízes e na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos.

[...]

Uma parte que não quer que o processo ande vai contestar com argumentos impertinentes e o juiz vai ter que explicar e fundamentar tudo. (Grifou-se)

Por ultimo, baseando-se na interpretação apresentada pelo Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis – FPPC, que auxilia na consolidação do Novo Código de Processo Civil, busca-se sustentar essa desnecessidade de enfrentamento, mesmo que essa leitura esteja se referindo exclusivamente aos fundamentos jurídicos, a partir do Enunciado nº 524 (2016, p.66, *online*):

O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência) (Grifou-se)

Basicamente são esses os argumentos que são utilizados e que vão de encontro à necessidade de esgotamento, por parte daqueles responsáveis por julgar, dos argumentos ventilados pelas partes.

Na prática processual brasileira, é o próprio Poder Judiciário quem mais faz valer tais argumentos, e principalmente os Tribunais Superiores, onde muitas vezes se vale desses argumentos como mais uma, dentre várias outros instrumentos, forma de o que a doutrina consagrou em chamar de “jurisprudência defensiva”, que nas palavras de Theonio Freitas (2015, *online*):

Denomina-se jurisprudência defensiva o posicionamento dos Tribunais, especialmente os superiores (STF e STJ), que coloca aspectos puramente técnicos ou excessivamente formais como obstáculo para o exame de mérito dos recursos. Tal comportamento possui um propósito claro, que é desafogar as cortes diante da enorme quantidade de processos que chegam diariamente para julgamento. (Grifou-se)

2.3 Argumentos favoráveis ao enfrentamento de todos os elementos apresentados pelas partes

Por outro lado, como reflexo da própria noção que se depreende do movimento denominado de constitucionalismo contemporâneo, incidindo, obviamente, sobre a maneira de interpretar o ordenamento jurídico como um todo, sendo o texto magno alocado no ápice dessa sistematização normativa, tendo consigo normas vinculantes e de observação compulsória, também passaram a existir teses de inquestionável relevância, bem como princípios que são interpretados de maneira a serem empregados como substrato para que o Judiciário abarcasse todos os argumentos.

É fundamental trazer à tona que, entre as razões que justificaram essa verdadeira virada epistemológica está atada ao uso recorrente de expressões vagas para legitimar as decisões tomadas, como seria o caso, por exemplo, de quando o juiz concede uma tutela de urgência calcada apenas com expressões do tipo: “concedo por entender presentes os requisitos da medida pretendida”, sem apontar qualquer elemento racional que sustente a postura adotada no caso.

No Brasil, mesmo havendo irresignação dos jurisdicionados, tais questões passaram a ser mais densamente discutidas após a promulgação da Constituição de 1988, que possui um texto essencialmente analítico, prevendo várias garantias que passaram a ser franquiadas aos indivíduos. Tendo em vista essa constitucionalização dos clássicos problemas envoltos na dinâmica processual, é essencial trazer à baila as elucidativas palavras de José Miguel Garcia Medina (2015, p. 71):

Se, de um lado, os juristas veem a litigiosidade aumentar, veem também, de outro, um ingrediente “novo” com a qual lidar, para resolvê-la: a norma constitucional.

Evidentemente, a existência de uma norma constitucional, em si, não é um dado novo. O que de novo surgiu, no final do século XX e começo do século XXI, foi um novo sentimento constitucional: à Constituição passa-se a reconhecer efetiva força normativa. Reconhece-se, então, a supremacia da Constituição.

[...]

Gradativamente, tem início uma descoberta da norma constitucional, um movimento como que a se perscrutar o que por trás daquilo que a envolvia encontrava-se oculto, ou adormecido. Passa-se a admitir que a Constituição impera não apenas nas relações existentes entre cidadão e Estado, mas também naquilo que antes se envolvia no ambiente privado, entre cidadãos.

A vida passa a ser contemplada a partir dos olhos da Constituição. Fala-se em “constitucionalização” do direito. Compreende-se, então, que o direito das regras dos códigos, que vem a ser o direito do estado de direito, é substituído pelo direito de princípios, que é o direito do estado constitucional democrático de direito.
(Grifou-se)

Foi com base nessa mudança que se tornou possível uma corrente com que afirma ser essencial que no momento das decisões judiciais, o Poder Judiciário, adote um posicionamento que reflita os anseios de uma sociedade que busca a satisfação integral do mérito, através de uma tutela jurisdicional que aprecie e rebata todos os argumentos trazidos pelas partes, e não apenas se limitar a rebater parte dos elementos colocados no processo, posto que, ao se abrir brecha para pensar de forma contrária estaria se negligenciando o direito de que, todos possuem, para influenciar na decisão tomada, e não apenas aqueles argumentos que o órgão jurisdicional entenda, ao seu bel prazer, como suficiente para a resolução da questão que lhe é submetida.

Ainda, rebatendo as razões apresentadas pela primeira corrente, de que comprometeria a duração razoável do processo, esta corrente afirma que não seria razoável se autorizar que, em nome de uma celeridade processual, se atropelasse uma garantia tão cara quanto é o da prestação adequada da resposta do Judiciário, o que verdadeiramente poderia ensejar um regresso da própria ciência processual.

É nessa senda que se direciona grande parte da doutrina, mesmo não obtendo o aval da jurisprudência atualmente, como bem explanado por diversos críticos de tal postura. Discorrendo acerca do artigo 489, §1º, inciso IV, do Novo Código, aduz Félix Soibelman (2015, *online*):

Em suma, são aqueles pontos que, quando confrontados com a decisão adotada, a tornam insubsistente, invalidam-na, mostram ser falsa a conclusão do julgador dentro de uma estrutura argumentativa consistente, e não todo e qualquer argumento.

[...]

O anedotário trágico, no entanto, robustece-se por ser justamente isto que acontece atualmente, ou seja, a magistratura toma emprestado o reclamo geral contra a morosidade, pela qual tem ela grande parcela de culpa, coopta o olhar do vulgo contra os advogados como se deles fosse a responsabilidade pela lentidão dos feitos, em verdadeiro bulling contra os causídicos, e assim capitaliza de forma ilegítima a indignação popular.

[...]

Não vem de hoje o desejo da magistratura de não ser questionada, caindo-lhe como uma luva o anelo de celeridade da população. O estandarte da celeridade é amiúde um curinga demagógico da magistratura.

[...]

Há, sim, uma exigência, uma imposição como preceito imperativo, de que na fundamentação se enfrente argumentos que possam infirmar a conclusão, bem como que seja justificada a não adoção de uma jurisprudência elencada pela parte (inciso VI do citado artigo 489), mas não há nenhum impedimento que constitua, assim, restrição a que se valha o juiz de fundamentos de Direito não arguidos pelas partes, que sejam, no entanto, aplicáveis ao caso. Ser o juiz obrigado a enfrentar argumentos que se oponham a sua conclusão, bem como justificar a razão de não acatar um precedente jurisprudencial, não é de modo algum o mesmo que limitar o juiz aos fundamentos jurídicos apresentados pelas partes. (Grifou-se)

Como já foi asseverado, o atual posicionamento dos Tribunais Superiores é de que é dispensável a análise pormenorizada dos argumentos suscitados por aqueles que participam do processo. Entretanto, nem sempre o posicionamento, principalmente do Supremo Tribunal Federal, foi nesse sentido, uma vez que já adotou postura diametralmente oposta e de relevância, no sentido defendido por essa corrente, como bem explicitado através dos primorosos comentários de Diego Crevelin de Sousa e Lúcio Delfino (2015, online):

Aliás, vale lembrar que, em 08.11.2006, o STF proferiu decisão emblemática no MS 25.787/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em cujo voto considerou **que o art. 5º, LV, da CRFB imprime ao contraditório perfil dinâmico ou substancial, devidamente imbricado com o dever de fundamentação das decisões judiciais: “Em outras ocasiões, tenho afirmado neste Tribunal que a garantia fundamental de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, 1969. T. V, p.234) (...) Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. **Apreciando o chamado *Aspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar** (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BverfGE 70, 288-293 (...)). Daí afirmar-se, corretamente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) **direito de informação** (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) **direito de manifestação** (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes no processo; 3) **direito de ver seus argumentos considerados** (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmbereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (...). **Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que ele envolve não só o direito de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht)**”.**

(Grifou-se)

Como último relevante argumento, os que advogam nesse sentido, também se valem de um Enunciado do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, assim como aqueles que rechaçam essa tese, que afirma no de número 523 (2016, p.66, *online*):

O juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações deduzidas pelas partes capazes, em tese, de infirmar a decisão, não sendo suficiente apresentar apenas os fundamentos que a sustentam. (Grupo: Sentença, coisa julgada e ação rescisória) (Grifou-se)

Por tudo o que foi exposto, percebe-se que os princípios encartados no título dos direitos e garantias individuais tem tomado uma posição protagonista no posicionamento por parte dos

defensores deste entendimento, notadamente no que tange ênfase à adequada normas constitucionalmente resguardadas de prestação do direito de ação (artigo 5º, inciso XXXV), bem como a observância do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), uma vez que despreza a celeridade processual, sem que observasse os argumentos das partes, uma vez que traria mais malefício do que benefícios para a permanente construção de um processo hodiernamente legítimo.

Com essa mentalidade, afastar-se-ia cada vez mais do que já foi o processo de facetas nitidamente arcaicas, calcado em uma ideia estritamente individual, que negligenciava a participação das partes, transmutando-se para uma espécie de fomento à atuação cooperativa das partes, nos estritos moldes do artigo 6º do Código de Processo Civil em que estabelece como ideal que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

2.4 Reflexo prático da (des) necessidade de enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelas partes no processo

De acordo com o mandamento constitucional insculpido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, combinado com o artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil, seria inválida qualquer decisão judicial que desrespeitasse os parâmetros necessários para a configuração de uma decisão fundamentada.

Ocorre que, parte importante do entendimento doutrinário persiste em afirmar que, em alguns casos, o desrespeito a alguns parâmetros legais previamente estabelecidos ensejariam a materialização de um caso de inexistência do ato praticado.

Apesar de se parecer como uma discursão que se limite ao seio puramente doutrinário, sem qualquer efeito prático relevante, não é o que se percebe nesse caso. Dado que, quando o ato for considerado inexistente é possível que o prejudicado intente uma ação autônoma declaratória de ato judicial, conhecida também como *querela nullitatis*, que poderia ser ingressada inclusive após o prazo estabelecido para o ingresso de Ação Rescisória, que de acordo com o atual Código de processo civil, artigo 975, é de 2 (dois) anos contados da última decisão proferida.

Assim, parte da doutrina considera importante que se distinga uma decisão desprovida completamente e uma que fosse insuficiente de fundamentos, aonde aquela conduziria à

ausência de decisão, por falta de um dos elementos essenciais, previsto no artigo 489, inciso III do supracitado código. (Medina, 2015)

Ocorre que, a maioria da doutrina não reconhece, em nenhuma hipótese, a possibilidade de uma decisão ser considerada inexistente, uma vez que a própria Constituição já reconheceu que todos os casos em que houvesse carência de fundamentação o vício seria censurado com a pena de nulidade, não cabendo ao interprete fazer essa distinção que o legislador constituinte não se aventurou. É exatamente nesse sentido que se manifesta Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 333-334):

A ausência de fundamentação implica a invalidade da decisão (art. 93, IX, CF). Mas a decisão não é inválida apenas quando lhe falta motivação – aliás, é bem difícil que uma decisão esteja completamente desprovida de fundamentação. A fundamentação inútil ou deficiente, assim entendida aquela que, embora existente, não é capaz de justificar racionalmente a decisão, também vicia o ato decisório. [...]
A inutilidade ou deficiência da fundamentação equivale à ausência de fundamentação. Justamente aí está a relevância do §1º do art. 489: ela relaciona alguns exemplos de situação em que a decisão em que a decisão, porque deficientemente justificada, considera-se não-fundamentada. (Grifou-se)

Não apenas em sede doutrinária está guarnecido o entendimento apontado, mas a própria jurisprudência já entende dessa maneira há bastante tempo, mais precisamente desde o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, expressado por sua quarta turma através do Resp 149.771/RJ, assentando que:

A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados. Elevada a cãnone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo civil contemporâneo, calcado no *due processo of law*, representando uma garantia inerente ao Estado de Direito. **É nulo o acórdão que mantém a sentença pelos seus próprios fundamentos, por falta de motivação, tendo o apelante o direito de ver solucionadas as teses postas na apelação.** (BRASIL, 1997, *online*, grifou-se)

Pelo visto, a lógica processual civil contemporânea não admite os vícios de fundamentação e muito menos as decisões que não possuam fundamentação como substrato para as chamadas ações que buscam sanar vícios transrescisórios, que são aqueles que superam o aludido prazo para ajuizamento das ações rescisórias.

Assim, o efeito prático mais elementar é o de que, seria possível, no máximo, o ajuizamento de uma ação rescisória, na forma do artigo 966, do Novo Código de Processo Civil, dentro do prazo supramencionado (artigo 975, do mesmo diploma processual), para questionar tais defeitos ocorridos dentro de um processo, desde que a decisão fosse totalmente desprovida

de fundamentação, aqui se inclui a decisão que possua defeitos na elaboração de sua fundamentação.

3 A NECESSIDADE DE DIÁLOGO ENTRE OS SUJEITOS DO PROCESSO E AS DIRETRIZES PARA QUE A FUNDAMENTAÇÃO ENCARE OS ARGUMENTOS DAS PARTES

Conforme o que foi exposto até o momento, já está nítido que é de suma importância o apontamento de diretrizes que possibilitem a tomada de decisões coerentes por parte do Poder Judiciário, notadamente devido à importância singular que este órgão tem chamado para si, respeitando-se o direito que os jurisdicionados possuem de ver seus argumentos sendo debatidos no seio de um verdadeiro devido processo legal constitucionalizado, onde se repudia qualquer espécime de conduta autoritária daquele órgão.

3.1 O diálogo entre os sujeitos processuais e a construção de uma nova visão do processo civil

Até agora, os principais elementos apresentados no presente trabalho foram expostos como integrantes de duas teorias distintas, que devem sempre se contrapor, mas isso foi feito apenas por uma questão didática, para que o leitor possa ter uma noção de quais são os argumentos e, caso se depare com uma situação, seja como mero espectador ou um caso prático como operador do direito, possa conhecer e utilizar aqueles que achar mais adequado, podendo até mesmo se valer em um mesmo caso de argumentos favoráveis e contrários em diferentes pontos da questão.

Dessa forma, apesar de ter sido feita essa separação, colocando de um lado os argumentos favoráveis e de outro os argumentos opostos, têm-se que um operador do direito não pode se apegar a uma das espécies de argumentos e passar a defendê-la como uma consequência lógica a ser adotada em todo e qualquer caso que envolver a o enfrentamento dos argumentos levantados pelas partes para, efetivamente, se alcançar uma decisão legítima, que reflita uma prestação jurisdicional adequada.

Por outro lado, também não se deve fazer o uso de tais argumentos apenas visando defender seus próprios interesses, se filiando àqueles mais favoráveis à sua situação em um determinado caso concreto.

Ao contrário disso, deve-se analisar caso a caso, e mais que isso, devem ser levadas em consideração também as diferentes questões integrantes de um mesmo caso, para se buscar qual a melhor solução a ser adotada, tendo em vista que em algumas situações faz-se necessária o não enfrentamento de todos os argumentos ventilados pelos jurisdicionados pelo judiciário para que possa ser garantido o direito conferido aos indivíduos, e em outras essa postura do judiciário deve ser repensada, além de ser uma patente afronta, pode ser capaz até mesmo de acarretar prejuízos, tanto para a administração judiciária, quanto para os próprios jurisdicionados.

Principalmente, cabe aos magistrados adotar tal postura, tendo em vista a imparcialidade inerente à sua atuação, devendo eles ter em mente a vasta repercussão que suas decisões podem ocasionar nessas situações que envolvem a tutela jurisdicional daqueles que buscam no Poder Judiciário uma resposta que busque, na medida do possível, o oferecimento do que realmente lhes é devido.

Porém, sabe-se que todas as pessoas, independentemente do fato de serem magistrados ou não, são influenciadas e formam sua opinião levando em conta diversos fatores. E, na prática, o que se pode perceber é que, a depender da geração a qual o julgador faz parte, geralmente há uma diversidade na forma de pensamento. Além disso, é fato que os juízes baseiam suas decisões, além de argumentos jurídicos, em princípios, que possuem um grau bem mais elevado de abstração, abrindo margem para um maior campo de discricionariedade nos momentos decisórios.

Logo, a depender do momento que se formaram, tais julgadores podem ter uma influência mais ligada ao positivismo, adotando uma postura muito mais legalista, ou, por outro lado, serem defensores da constitucionalização dos direitos, fenômeno que passou a ocorrer no Brasil, principalmente, com o advento da Constituição de 1988. Desse modo, conforme salienta Daniel Sarmiento (2009, p. 23, *online*):

Já no que tange à base do Judiciário, boa parte dos juízes de 1º grau teve a sua formação num ambiente acadêmico que já valorizava o Direito Constitucional, e reconhecia a força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Assim, eles tendem a levar para a sua prática profissional esta visão do Direito. Porém, sobretudo na 2ª instância, composta majoritariamente por magistrados que se formaram e foram socializados no seu meio institucional sob a égide do paradigma jurídico anterior, muito mais voltado para os códigos e

para a letra da lei do que para a Constituição e seus princípios, há maior resistência à incorporação dos novos vetores constitucionais. (Grifou-se)

Com relação a essa divergência que ocorre entre a forma como realmente deveriam estar postos em prática tais correntes de pensamento e como efetivamente o são, deve-se sempre levar em conta que o Direito é a ciência do dever ser, ou seja, ao serem elaboradas as normas parte-se de um ideal de que elas realmente serão observadas e serão seguidas por todos os indivíduos, sendo sempre imaginado como deveria ser. Porém, na prática, sabe-se que nem sempre essa correlação existe, ocorrendo uma distinção entre o que foi imaginado e o que aconteceu no cotidiano.

E essa ideia de dever ser influência não apenas na efetividade das normas em relação aos indivíduos que se sujeitam a elas, mas também acarreta consequências em todo o pensar jurídico. E essa diferença de posicionamentos é fruto exatamente desse caráter do “dever ser” que ciência do direito apresenta.

Apesar de tudo isso, temos que ter em mente que a tendência cada vez maior é pela aceitação e criação de teses que favoreçam o fortalecimento do neoconstitucionalismo no direito brasileiro, devido ao fato de os magistrados mais recentes terem se formado com base em tal visão, onde deve prevalecer o paradigma elementar da força normativa da Constituição. Também nas palavras de Daniel Sarmiento (2009, p.23, *online*):

Contudo, este fenômeno tende a diminuir com o tempo, seja pela consolidação do paradigma constitucional emergente, seja pela promoção de magistrados mais antenados com o novo constitucionalismo, seja até pela influência do pensamento e das orientações da cúpula do Judiciário sobre todas as suas instâncias. (Grifou-se)

E é realmente devido aos frutos dessa conjuntura contemporânea que, inclusive o Novo Código de Processo Civil, já diversas vezes citado no presente trabalho, assevera ser de crucial importância para a construção de um processo eficiente a cooperação processual entre aqueles que participam do processo, assim o artigo 6º, já igualmente apontado no capítulo anterior, do referido estatuto processual dispõe. Assim sendo, a doutrina, acompanhando o desenvolvimento natural e necessário trazida por aquele novo diploma, que nas palavras elucidativas de José Miguel Garcia Medina (2015, p. 124):

O dever de cooperação é intersubjetivo, dizendo respeito a deveres entre as partes, destas para com o órgão jurisdicional, e também do órgão jurisdicional para com as partes.

O dever de cooperação, por parte do órgão jurisdicional, se manifesta, em sua forma mais rudimentar, no dever de decidir em observância ao princípio do contraditório,

sem surpresa para as partes. Também se manifesta o dever de cooperação o dever do órgão jurisdicional, p. ex., de viabilizar a emenda da petição inicial, antes de indeferir-la. **Tem o órgão julgante, assim, dever de esclarecer, prevenir, bem como de consultar e auxiliar as partes.** Tal dever, em síntese, “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório, e não mais a de um mero fiscal de regras”.

As partes, por sua vez, também são responsáveis pelos resultados do processo – ainda que defendam seus interesses pessoais. Deve haver colaboração também entre as partes, e não apenas das partes para com o juiz, ou deste para com aquelas. (Grifou-se)

Logo, faz-se necessário uma atuação conjunta entre esses coadjuvantes processuais, se afastando notadamente da tradicional visão revanchista atrelada ao próprio direito de ação, importando salientar que, não apenas é razoável exigir tal postura do órgão julgante, o que, de fato, se moldura com a postura necessária para um sadio costume processual.

Por todo o exposto, podemos observar que o Poder Judiciário ao tomar as suas decisões deve ter como norte a real função da própria jurisdição, buscando desvencilhar-se sempre dos interesses escusos que invariavelmente rondam a atividade julgante, fruto ainda de uma perspectiva eminentemente individualista já apontado acima, e assim, buscando o ideal de uma atividade estatal desenvolvida pelo processo para a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, com a solução definitiva da crise jurídica, fomentando o escopo da pacificação social.

Apesar de parecer ser uma solução um tanto utópica, onde todos desempenham suas funções da forma mais correta possível, não devemos desacreditar que isso seja possível. A final de contas, o direito é a ciência do dever ser. E a realização da justiça da forma como vem sendo feita em alguns casos, na verdadeiramente corresponde na mais pura materialização das injustiças.

3.2 Diretrizes objetivas para que a fundamentação enfrente os argumentos ventilados pelas partes

Este é o último tópico do presente trabalho, interessante se faz que seja feita uma breve retrospectiva de tudo que já foi visto até aqui para que ao final sejam expostas quais as possíveis soluções que podem ser adotadas para resolver todos esses problemas que foram colocados em questão.

Conforme se pode perceber, com o advento do movimento constitucionalista contemporâneo, denominado de neoconstitucionalismo, as mudanças na forma de visualização e interpretação do ordenamento e das normas jurídicas tornando-se inevitáveis, uma vez que a

Constituição passou a ser vista como uma norma fundamental, ocupando o topo de todo esse ordenamento jurídico, de onde todas as outras leis devem buscar seus fundamentos de validade.

Por conta dessa supremacia constitucional, as matérias que nela são tratadas passaram a ter força normativa, não devendo mais ser vistas como meras intenções, quando podia ser feito um prévio juízo de valor acerca da efetivação ou não dessas normas, mas, muito pelo contrário, passaram a serem normas impositivas, vinculando o Legislativo, Executivo e, por óbvio, o Judiciário à sua efetivação.

Ora, é cediço que dentro os diversos princípios adotados pela Constituição Federal de 1998, está, mesmo que implicitamente em diversas passagens, o da segurança jurídica, baluarte fundamental para a própria ideia de Estado, posto que se trata de uma forma de garantir a perenidade e paz entre as relações jurídicas. Assim, bem dispõe o artigo 5º, inciso XXXVI, da Magna Carta, onde “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

E é devido a essa imprescindibilidade de confiança e previsibilidade do que tende a ocorrer nas relações intersubjetivas que, se faz elementar a construção de parâmetros claros e objetivos para a formatação de uma decisão judicial que espelhe uma resposta estatal à altura dos elementos trazidos pelas partes.

Desse modo, é importante trazer a lume que as decisões judiciais, quando da sua prolação, possuem elementos que são tidos como efetivamente influenciadores da razão jurídica pela qual o órgão judicante se tal ou qual decisão é o que a doutrina e jurisprudência chamam de *ractio decidende*. Não é outro o ensinamento da doutrina, que nas palavras de José Miguel Garcia Medina (2015, p. 693-694):

A lei processual usa a expressão “fundamentos determinantes” para se referir à porção da motivação considerada critério para identificação as similitude (ou sua ausência) entre enunciados judiciais, a fim de que o entendimento expressado num deles seja considerados (ou afastado) no outro (cf. arts. 489, §1º, V e 979, §2º do CPC/2015).

Tais fundamentos correspondem àquilo que a doutrina, inspirando-se na prática de países que adotam o modelo do *common law*, chama de *ratio decidendi*.

[...]

Assim, **em determinada decisão judicial haverá *ratio decidendi* útil para utilização em casos futuros não apenas quando um tribunal decide determinada questão de forma pontual ou direta (X deve fazer A).** Por vezes, na mesma decisão, poderá haver uma regra geral que abranja, além de X, os indivíduos Y, Z e outros em mesma situação no futuro. Com isso, **uma vez que podem haver vários *ratio decidendi* em diferentes níveis de generalidade, umas pontuais (ou específicas) e outras gerais, então não há que se falar em uma única *ratio decidendi*. Todas essas regras, portanto, têm força de precedentes. Essas decisões que variam em graus**

de generalidade, porém, precisam ser imprescindíveis ao resultado da decisão.
[...] (Grifou-se)

Desta feita, é fundamental esclarecer a ligação indiscutível entre os incisos IV e V, do §1º, do artigo 489, do Código de Processo Civil, posto que os mesmos são dotados da mesma lógica que, de fato, é característica desse diploma, ou seja, a interligação fomentada, através de uma interpretação sistêmica entre as normas.

E é exatamente com nessa característica de imprescindibilidade que diferencia a *ractio decidendi*, tendo em vista que, em um provimento jurisdicional pode ser encontrado outro elemento característico, que precisa ser cindido daquele, qual seja, o *obter dictum*, que nas palavras da doutrina pátria, possui o sentido daquilo que seria dito passageiramente, muitas vezes utilizado para aformosar a decisão propriamente dita. É com espeque nesse entendimento que segue José Miguel Garcia Medina (2015, p. 694): “Do contrário, **não serão *ractio decidendi*, mas *obiter dicta*, o que nos faz concluir que embora os argumentos *obter dicta* possam ter graus distintos de generalidade, não são eles imprescindíveis ao resultado da decisão.**” (Grifou-se)

Assim, é inevitável chegar à conclusão de que, *obter dictum* seria tudo aquilo que não se caracterizasse efetivamente como *ractio decidendi*, ou seja, seria encontrada por exclusão a essa. Corroborando com esse entendimento, assevera Rodrigo Ramina de Lucca (2015, p. 288):

O *obter dictum*, que significa “o que é dito de passagem”, é composto por considerações acessórias, por vezes supérfluas, por vezes relevantes, mas que não representam a razão jurídica pela qual os fatos alegados e provados desencadearam a consequência jurídica acolhida pelo magistrado. (Grifou-se)

Por todo o exposto, fica evidente a distinção entre os dois institutos, bem como a sua importância na participação no momento de construção das respostas judiciais, pois é através dessa divisão que fica claro o que realmente é a questão de fato e direito (artigo 489, inciso II, do Código de Processo Civil), que influenciará, sobremaneira, diante da questão principal correspondente ao pedido, que se encontra diretamente vinculado a parte dispositiva da decisão (artigo 489, inciso III, do Código de Processo Civil).

Uma última decorrência inexorável, mas não a última, do estudo de matéria é justamente o seu reflexo no campo dos precedentes judiciais, que, como já apontado acima, nos países que adotam o conhecido sistema jurídico *common law* passa a ter enorme importância. Confirmando essa linha de raciocínio, segue Rodrigo Ramina de Lucca (2015, p. 289):

Quando se busca um precedente para o julgamento de um caso concreto, busca-se uma decisão judicial que tenha decidido um caso análogo, e não um mero pronunciamento de um tribunal sobre interpretação que deve ser dada ao Direito.

[...]

Apenas a *ratio decidendi* pode servir como precedente porque apenas a *ratio decidendi* compõe a efetiva motivação da decisão judicial. Limitar a eficácia dos precedentes à *ratio decidendi* significa limitar a eficácia dos precedentes às razões jurídicas da decisão tomada, produzidas em um ambiente democrático pautado pelo devido processo legal e, mais especificamente, pelo contraditório e pela ampla defesa. Não fosse assim, um tribunal poderia criar um precedente em relação à interpretação de uma lei tributária no julgamento de um conflito entre vizinhos. (Grifou-se)

E assim como naqueles países, no ordenamento jurídico pátrio não poderia ser diferente, mesmo que no Brasil se adote um sistema bastante diversificado, pois os precedentes possuem papel fundamental para a solução de problemáticas atuais, principalmente aquelas relacionadas ao risco da tomada de decisões conflitantes e a intensa multiplicação de demandas semelhantes, o que faz com que contribua, efetivamente, para a construção um quadro de segurança jurídica, que é realmente uma premissa inarredável do sistema processual brasileiro, como acima já salientado.

Por isso, visando um aperfeiçoamento na perspectiva de encaixe com as particularidades desse sistema. Modelando esse instituto e apontando uma série de consequências acerca de sua correta aplicação, acertadamente aponta Fredie Didier Jr. (2012, p. 13-14, *online*):

Essa distinção é muito relevante para o estudo (i) da força vinculativa dos precedentes judiciais, assunto que ganhou importância por conta da adoção da “súmula vinculante” em matéria constitucional (art. 103- A, CF/88), (ii) do valor que se tem atribuído aos enunciados consagrados em súmula dos tribunais (arts. 475, § 3º, 518, § 1º, 544, § 3º, 557 etc., todos do CPC), (iii) da possibilidade de julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, CPC), (iv) da admissibilidade do incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479, CPC) e (v) dos recursos que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais, tais como os embargos de divergência (art. 546, CPC) e o recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, “c”, CF).

[...]

A coisa julgada vincula as partes à decisão do objeto litigioso (a solução da questão principal apresentada no dispositivo da decisão) de um determinado caso concreto. Quando se estuda a força vinculativa dos precedentes judiciais (enunciado da súmula da jurisprudência predominante de um tribunal, por exemplo), é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação. Assim, **as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes.** Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada. [...] **Só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada.** (Grifou-se)

Importante salientar que, apesar de grande parte da doutrina, como bem se extrai do entendimento dos juristas acima citados, entender que os fundamentos que dão sustentáculo a

uma decisão possuir natureza vinculante, o Supremo Tribunal Federal não tem adotado o que se convencionou chamar de teoria da transcendência dos motivos determinantes, onde se entende que a *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos determinantes da decisão também teriam efeito vinculante, e não apenas a parte dispositiva.

Dessa forma é que se posicionou o Pretório Excelso, que em julgado de 2012, veiculado pelo informativo 668, a 1ª Turma dessa corte que consolidou o entendimento de que não se admite a teoria dos motivos determinantes (Rcl 11477 Agr/CE, Min. Marco Aurélio, 29.5.2012). Esse entendimento veio para sedimentar o que a Suprema Corte vinha decidindo, como bem se nota da Rcl 3294 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO – CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL – AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE TEMAS ENTRE O ATO RECLAMADO E O PARADIGMA DESTA CORTE – TRANSCENDÊNCIA DE MOTIVOS – TESE NÃO ADOTADA PELA CORTE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É necessária a existência de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas do STF para que seja admitido o manejo da reclamatória constitucional.

2. **Embora haja similitude quanto à temática de fundo, o uso da reclamação, no caso dos autos, não se amolda ao mecanismo da transcendência dos motivos determinantes, de modo que não se promove a cassação de decisões eventualmente confrontantes com o entendimento do STF por esta via processual.** Precedente.

3. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2016, *online*, grifou-se).

E é com base nos elementos trazido até aqui, é que se faz necessário estabelecer parâmetros para a construção de uma decisão judicial legítima, abordando todos os argumentos ventilados pelas partes. Pois, percebe-se que para a que se possa chegar a tal decisão, o magistrado não necessita, invariavelmente, levar em consideração todos os elementos trazidos pelas partes, mas sim aqueles que possuem um liame lógico de pertinência com a temática envolvida.

Não é por outro motivo que, mesmo de forma explicitamente intencional o legislador do Novo Código de Processo Civil de 2015, previu no próprio inciso IV, do artigo 489, a expressão “em tese”, quando se refere aos argumentos que devem ser levados em consideração no momento do apontamento do provimento judicial.

Ora, se o próprio responsável pela feitura dessa norma fez uma ressalva tão clara, não se pode tomar outra conclusão que não seja a de permitir que o juiz, através da própria atividade

que lhe é incumbida constitucionalmente, analise quais são os elementos efetivamente determinantes para a solução de cada caso concreto.

Importante salientar que, mesmo com todas essas ferramentas postas à disponibilidade dos magistrados, não se pode cair no erro de acreditar que todas essas decisões, que seguirem essa linha de raciocínio, estarão imunes a uma posterior hipótese de reforma ou até mesmo de anulação e, conseqüentemente a imposição de uma nova decisão completamente distinta da anterior, casos assim são até esperados, dado a própria ideia de falibilidade das decisões judiciais, que antes de qualquer coisa são humanos.

Entretanto, não se pode ter em mente que essa atividade pode ficar à “intuição” puramente discricionária do Poder Judiciário, mas, efetivamente, quando os elementos trazidos pelas partes impliquem, nitidamente na *ratio decidendi* de cada feito, já que, como já apontado diversas vezes no presente trabalho, uma tutela jurisdicional adequada deve passar por uma resposta jurisdicional racional, e não apenas determinar que o Judiciário tenha que combater todos os argumentos apontados pelas partes.

Essa necessidade se impõe principalmente devido inclusive a uma noção simplória de duração razoável do processo, pois entender que seja necessário que o Juiz se debruçasse sobre todos os argumentos, inclusive sobre os mais periféricos de cada demanda, como são aqueles muitas vezes atrelados a uma intenção simplesmente procrastinatória de uma ou mais partes, tendem a simplesmente procurar que o processo se arraste durante muito tempo, comprometendo e muitas vezes até fazendo perecer o direito de muitos, em detrimento de interesses realmente não perquiridos por qualquer concepção ou faceta de um devido processo legal constitucional.

De todo o exposto, bem como ocorreu no caso da solução proposta no capítulo antecedente, é possível e até racionalmente legítimo que se ponha uma pecha de algo inatingível, principalmente devido à própria complexidade das relações jurídicas hodiernas, somado aos inúmeros vícios históricos que circundam as mais simplórias atividades estatais, sobremaneira no caso do Brasil.

Entretanto, essa complicação não pode ser empecilho para que se arrisque com novos parâmetros nitidamente preestabelecidos, que almejam a busca da superação de uma problemática infelizmente presente no dia a dia da praxe forense, desde a mais longínqua

comarca, até o próprio guardião da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, o Supremo Tribunal Federal - STF.

CONCLUSÃO

De acordo com o exposto, percebe-se que o neoconstitucionalismo foi o sustentáculo teórico para a construção moderna de fundamentação das decisões judiciais, trazendo um novo modelo, e juntamente consigo uma nova perspectiva de enxergar o ordenamento jurídico, superando a tradicional visão estritamente legalista que limitava em demasia o controle da atividade jurisdicional, principalmente por parte dos destinatários do resultado dessa função constitucional.

Por conta disso, era necessária a edição de um Novo Código de Processo Civil que espelhasse esse avanço de maneira mais pormenorizada, uma vez que acomodar uma interpretação constitucionalizada a um texto pretérito a concepção contemporânea de processo era deveras forçada.

Apesar de o próprio texto constitucional e a legislação infraconstitucional determinarem a fundamentação das decisões judiciais, persiste, em alguns pontos, zonas nebulosas, como é o caso da obrigação de o magistrado combater todos os argumentos suscitados pelas partes no decorrer do processo, sendo que, a própria Constituição não faz essa determinação, o que para alguns seria indevida.

Por conta disso, apesar dessa exigência legal, é necessária uma interpretação mais sistêmica da própria carta processual, em sua inteireza, e o texto maior, fazendo interagir com princípios de todos os matizes, sem deixar de lado a imperiosa e já consagrada necessidade de se está sempre atento às peculiaridades de caso, o que torna a construção de decisões mais racionais.

Corroborando com esse entendimento, é elementar a participação e a colaboração dos sujeitos na construção de uma fundamentação constitucionalmente legítima, posto que deva ser aberto um canal para que haja diálogo entre os envolvidos que possam ser capazes de auxiliar o magistrado na construção de um momento tão crucial no decorrer ou ao cabo de um processo,

devendo esses participantes colocar em diálogo questões contrárias, sendo um instrumento muito forte para o alcance de um dos principais escopos da jurisdição, qual seja, a paz social.

Ainda, para que seja traçado elementos claros e precisos para a validade da fundamentação jurídica é necessário que apenas seja exigida do Poder Judiciário o enfrentamento dos argumentos que englobem a *ratio decidendi*, posto que é através dessa característica do que realmente é importante para a conclusão do cada caso.

Entende-se que é perfeitamente possível e legítima essa atuação ativista que vem sendo exercida pelos magistrados em diversos casos, mas é necessária a existência de uma conscientização e cautela por parte dos magistrados, avaliando, cada particularidade, se realmente essa postura está de acordo com os dogmas jurídicos, bem como sua adequação, dando a devida atenção às peculiaridades existentes em cada caso e evitando a criação de julgados padrões para determinadas espécie de caso, fechando os olhos para as particularidades existentes.

Portanto, o melhor caminho a ser seguido pelos juízes ao proferirem tais espécies de decisões, é a abertura no processo um espaço para que haja um diálogo entre o Judiciário e os demais coadjuvantes processuais, inclusive entre eles mesmos, pondo em pauta os argumentos que podem ser objeto da fundamentação, para que as decisões sejam tomadas da forma mais democrática possível e realmente sejam legítimas, diretamente relacionadas com a racionalidade processual, mais especificamente quais os argumentos serão postos na fundamentação da decisão, em busca da solução mais justa para o caso, com uma visão mais geral e abrangente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Candido Mendes de, 1818-1881; Brasil.; Portugal. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I.** Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. **Determina a Ordem de Juízo no Processo Comercial.** Rio de Janeiro, RJ. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil.**

Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília, DF,

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 791.292. Brasília, DF, 23 de janeiro de 2010. **Diário Oficial da União.** Brasília, 13 ago. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613496>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação 3.294. Brasília, DF, 3 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União.** Brasília, 11 nov. 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629873>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Mandado de Segurança 21.315. Brasília, DF, 8 de junho de 2016. **Diário Oficial da União.** Brasília, 15 jun. 2016.

Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 149.771. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**. Brasília, 9 dez. 1997. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24137352/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-242059-ms-2012-0218061-5-stj/inteiro-teor-24137353?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 nov. 2016.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Motivação das decisões judiciais e argumentação jurídica como fatores legitimantes da prestação jurisdicional. **Revista da Ajuris**, Uberlândia, v. 41, n. 134, p.85-108, jun. 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. 686 p.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, 799 p.

DIDIER JUNIOR, Fredie; SICA, Heitor; NEVES JUNIOR, Ricardo Carneiro. **Enunciados do VII Fórum Permanente de Processualistas Civis**. 2016. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. 2012. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

FREITAS, Theonio. **O novo CPC e a Jurisprudência Defensiva**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38552/o-novo-cpc-e-a-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Jus Podivm, 2015. 410 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 525 p.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1452 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Brasília: Saraiva, 2014. 1504 p.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 413 p.

SOIBELMAN, Félix. **Magistrados contra o Novo Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/felix-soibelman-magistrados-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

SOUSA, Diego Crevelin de; DELFINO, Lúcio. **As Associações de magistrados e o veto do NCPC no tocante ao contraditório e ao dever de fundamentação – O que está em jogo?**. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/as-assocacoes-de-magistrados-e-o-veto-do-ncpc-no-tocante-ao-contraditorio-e-ao-dever-de-fundamentacao-o-que-esta-em-jogo-diego-crevelin-de-sousa-e-lucio-delfino/>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Possibilidades e riscos. 2009. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmiento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2016.

SÃO PAULO. Lei nº 2.421, de 14 de janeiro de 1930. **Código de Processo Civil e Comercial**. São Paulo, SP. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1930/lei-2421-14.01.1930.html>>. Acesso em 23 nov. 2016.

VASCONCELOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. **Juízes pedem vetos a artigos que traz regras para fundamentação de decisões**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

WAKI, Kleber de Souza. **O dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais e o novo código de processo civil**. 2015. Disponível em: <<http://www.amatra18.org.br/site/ProducaoCientifica.do?acao=carregar&vo;.codigo=183>>. Acesso em: 23 nov. 2016.