

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1182

(Ano XV)

(23/12/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

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.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1182



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1182 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 311 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Métodos de prevenção contra fraudes

Eduardo Felipe Furukawa, 08.

ARTIGOS

Psicopatia e direito penal

Edney Danta de Araujo e Lincoln Faria Ribeiro, 15.

Prisão dos avós no caso de inadimplência de pensão alimentícia

Sâmela Naara Batista Castro, 25.

A Terceirização da Atividade Fim na Construção Civil no Brasil antes da Reforma Trabalhista

Iaramar Faria Silva Pôrto, 33.

Medical advertising on social media and its influence on civil responsibility

Renato de Assis Pinheiro, 52.

A paridade entre a lei e o costume, na ordem jurídica plural angolana

Wilson Carlos Mucapola, 78.

Sistemas que auxiliam o Judiciário – parte 1

Eduardo Felipe Furukawa, 108.

A tripla responsabilização dos servidores públicos - uma análise doutrinária e jurisprudencial

Bruno da Silva Amorim e Gustavo Raffi Rickes, 111.

Flexibilização Trabalhista em Tempos de Crise: MP 1.109/2022

Igor Bortoluzzi Flores, 120.

A regulamentação do mandado de injunção e a concretização de direitos a partir da Lei nº 13.300/2016

Helder Braz Alcantara, 122.

Contribuições previdenciárias sobre faturamento e descontos incondicionais.

Isvaldo Lopes de Sales, 171.

Acordo de não persecução penal e direito intertemporal: análise sobre a retroatividade e possível delimitação de marco processual

Helder Braz Alcantara, 196.

A prisão em segunda instância e o princípio da vedação ao retrocesso

Caroline Maria Maschietto Pichini, 218.

A Advocacia Pública e o controle de constitucionalidade

Luiz Guilherme Miranda de Oliveira, 229.

O assédio moral e a síndrome de Burnout como doença ocupacional: responsabilidade civil do empregador

Lidiane Gomes dos Santos, 243.

Limites do poder diretivo do empregador na utilização de câmeras de captação de imagem no ambiente de trabalho

Julia Arpini Lievore, 265.

As organizações sindicais e a negociação coletiva no Brasil contemporâneo: Uma análise a partir dos princípios da liberdade sindical e da autonomia coletiva

Aline Soares Arcanjo, 279.

MÉTODOS DE PREVENÇÃO CONTRA FRAUDES

EDUARDO FELIPE FURUKAWA:
Bacharel em Direito - Advogado
OAB/PR¹

Neste artigo, o objetivo é apresentar métodos de prevenção, busca, coerção lícita e recuperação, em situações em que seja necessário cobrar ou executar uma dívida.

É importante ressaltar que esse artigo não se limita exclusivamente a pessoas jurídicas (PJ). No entanto, os métodos que serão apresentados têm o potencial de aumentar a probabilidade de receber o valor devido, quer seja por meio de negociação ou ao entrar com um pedido de desconsideração da personalidade jurídica em um contexto judicial.

Aqui se trará um pequeno manual de como o advogado, a própria pessoa física ou a pessoa jurídica, pode estabelecer parâmetros para conseguir a máxima documentação possível, e ainda "encurrular" o devedor para que as chances de recebimento do débito aumentem.

Neste artigo, será apresentado um breve manual sobre como advogados, pessoas físicas e jurídicas podem estabelecer diretrizes para obter a documentação necessária e adotar estratégias para aumentar as chances de receber valores devidos por devedores.

A prevenção envolve a adoção de cuidados e a coleta de todos os meios de prova possíveis em situações de desentendimento. Um exemplo prático é quando uma pessoa física celebra um pré-contrato sem que a outra parte, seja ela proponente ou oblato, esteja ciente desse ato. Nesse caso, documentar a transação de maneira apropriada e obter provas pode ser fundamental para evitar futuros conflitos.

Mas agora a pergunta que se apresenta é: como se faz isso? É permitido? Sim, é permitido e lícito por meio de um pré-contrato. O Código Civil (CC) estabelece no seu artigo 462 a possibilidade de celebração de um contrato preliminar, desde que todos os requisitos sejam atendidos.

Art. 462 CC. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

¹ Email: advogado@eduardofurukawa.com

Na hora em que uma pessoa estiver negociando com uma pessoa jurídica ou física e ainda não tiver formalizado um contrato, é aconselhável fazer as perguntas certas, seja por meio de aplicativos de mensagens como o WhatsApp, e-mail ou outros meios de comunicação. Esse cuidado pode ajudar a estabelecer clareza nas negociações e a coletar informações importantes para futuras transações ou, se necessário, para eventuais processos legais. A documentação adequada e a obtenção de respostas por escrito podem ser valiosas na prevenção de disputas e na proteção dos interesses de todas as partes envolvidas.

Fazer perguntas relevantes, muitas vezes relacionadas ao preço, local, qualidade, e à identidade do fornecedor ou das partes envolvidas, é crucial em negociações e transações. Perguntas bem formuladas são fundamentais para evitar mal-entendidos e problemas futuros. Se, em algum momento, for necessário recorrer à esfera judicial, a obtenção de informações por meio dessas perguntas pode ser fundamental para fundamentar uma Ação Monitória ou outra ação legal. Isso pode impedir que a outra parte alegue o contrário do que foi discutido e acordado, proporcionando maior clareza e segurança nas relações comerciais.

A busca por ativos do devedor em ações judiciais é uma estratégia legítima para cobrar dívidas. No Brasil, é possível solicitar ao juiz a penhora de créditos que o devedor possa ter em outros processos nos 27 Tribunais de Justiça dos Estados. Esse é um procedimento que pode ser utilizado para tentar recuperar os valores devidos, especialmente se o devedor possui ativos ou créditos em outras ações judiciais.

Na petição inicial, é possível fazer o pedido de penhora e fornecer o número do processo no qual o devedor é credor. Se o juiz deferir o pedido, ele pode protocolar a penhora como um terceiro interessado no processo onde o devedor é credor, seja em Tribunais Estaduais, Federais ou Regionais do Trabalho.

É possível também, entrar com pedido de penhora de um bem que já esteja sendo penhorado em outra execução. Se você estiver envolvido em vários processos nos quais a pessoa é devedora, pode analisar todos esses processos para identificar bens ou ativos que possam ser penhorados. Muitas vezes, o advogado que está atuando em outro processo pode ter encontrado algum bem que você não conseguiu localizar.

Um bem que já foi penhorado pode ser alvo de um novo processo de penhora, desde que o valor do bem seja suficiente para cobrir ambas as dívidas. Mesmo que o valor não seja suficiente para quitar ambos os processos, o bem pode ser de grande importância para o devedor, o que pode levá-lo a buscar um acordo para evitar a perda.

Principalmente, buscar crédito junto ao poder público pode ser uma opção viável e rápida. Basta acessar o Portal de Transparência do município onde a pessoa jurídica ou física devedora está localizada. Essa pode ser uma alternativa útil, especialmente se houver suspeita de que o devedor presta serviços para o município.

Nesse caso, o contrato e o valor recebido devem ser exibidos ao acessar o Portal de Transparência do município. Além disso, é aconselhável considerar essa abordagem em municípios próximos, já que ela também pode ser aplicada ao âmbito estadual.

Com relação a esse assunto, a pesquisa por empresas das quais o devedor seja sócio é um método inicial eficaz. O procedimento consiste em acessar o site da REDESIM e procurar por empresas em que o devedor tenha participação. Ao localizá-las, é possível solicitar a penhora das cotas sociais, o que é permitido com base no Artigo 1.026 do Código Civil de 2002, que estabelece o seguinte:

Art. 1.026 CC. O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação.

Parágrafo único. Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação.

O artigo é bastante claro sobre a viabilidade desse procedimento. No mesmo requerimento, é possível incluir a solicitação de bloqueio da distribuição de lucros, a fim de proteger os interesses no caso de um terceiro também ser devedor.

Nessa mesma situação, as cotas podem ser adjudicadas. No contexto da adjudicação, deve-se compreender como uma expropriação ou apreensão judicial, na qual o bem é penhorado e transferido ao credor ou a terceiros, conforme estabelecido no parágrafo 5º do artigo 876 da Lei 13.105/2015. É importante observar a ordem de preferência estipulada no artigo 835 do Código de Processo Civil de 2015.

Art. 876 CC. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados.

§ 5º Idêntico direito pode ser exercido por aqueles indicados no art. 889, incisos II a VIII, pelos credores concorrentes que haja penhorado

o mesmo bem, pelo cônjuge, pelo companheiro, pelos descendentes ou pelos ascendentes do executado.

E

Art. 835 CPC. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - Dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - Títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;

III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

IV - Veículos de via terrestre;

V - Bens imóveis;

VI - Bens móveis em geral;

VII - semoventes;

VIII - navios e aeronaves;

IX - Ações e quotas de sociedades simples e empresárias;

X - Percentual do faturamento de empresa devedora;

XI - pedras e metais preciosos;

XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;

XIII - outros direitos.

§ 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não

inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

§ 3º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que é possível penhorar os bens da matriz ou filial para quitar as dívidas da matriz ou filial, sem a necessidade de solicitar a desconsideração da personalidade jurídica.

"2. Nos termos da jurisprudência remansosa deste Tribunal, **é possível a penhora de bens e valores da filial da sociedade empresária devedora no cumprimento de sentença, sem a necessidade de instauração de incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica**, tendo em vista que 'apesar de possuir diferentes registros, matriz e filial compõem uma universalidade de fato, com unidade patrimonial, partilhando o mesmo contrato social, sócios e firmas' (**Acórdão 1097159, 07026342920188070000, Relator: EUSTÁQUIO DE CASTRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 17/5/2018, publicado no DJE: 22/5/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada - Acórdão 1353879, 0711155520218070000, Relatora: LEILA ARLANCH, Sétima Turma Cível, data de julgamento: 7/7/2021, publicado no DJE: 2/8/2021.**)

Isso é destacado especialmente na questão da penhorabilidade dos ativos da filial para o pagamento de dívidas tributárias da matriz.

"1. O Tribunal de origem entendeu que não poderia ser feito a penhora de ativos da filial por dívidas da matriz. A jurisprudência desta Corte Superior entende de forma diversa do que restou decidido na origem, como se observa no REsp. 1.355.812/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 31.5.2013, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973). Por essa razão o Agravo do Município foi parcialmente provido." (**AgInt no AREsp 370392 / MG**)

Com base no Recurso Repetitivo mencionado, no tema 614, o voto do ilustre Ministro Mauro Campbell Marques (Relator) sustenta que, no contexto do direito privado, cujos princípios gerais, à luz do artigo 109 do CTN, orientam a definição dos conceitos no direito tributário, as filiais são consideradas um tipo de estabelecimento empresarial. Elas

fazem parte do patrimônio de uma única pessoa jurídica, compartilhando dos mesmos sócios, contrato social e nome da empresa do estabelecimento principal. Isso significa que, de acordo com essa interpretação, as filiais podem ser responsabilizadas por dívidas da matriz.

Art. 109 CTN. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Com base nesse critério, essa abordagem oferece uma alternativa eficaz para evitar a aplicação da teoria da desconideração da personalidade jurídica. Isso é particularmente relevante, uma vez que a maioria esmagadora das empresas atualmente é constituída sob a forma de responsabilidade limitada, o que pode tornar a execução mais complexa. Portanto, a utilização desse critério pode ser uma estratégia valiosa para credores que buscam recuperar dívidas de empresas com estruturas de responsabilidade limitada.

Outra alternativa viável para localizar os bens de uma empresa é recorrer a serviços de busca de ativos disponíveis em sites pagos, como a SEGUROCRE, CREDLOCALIZA, CREDITOR e diversas outras empresas especializadas nesse tipo de serviço. Essas plataformas podem facilitar a identificação e a recuperação de bens para ações de execução e cobrança.

Nessas plataformas, você pagará uma quantia X e elas se encarregarão de buscar escrituras, matrículas e toda a documentação necessária nos órgãos competentes, como o Detran, cartórios e tabelionatos dos Estados e/ou Municípios que você especificar. No entanto, é importante ressaltar que o uso dessas plataformas só se tornará eficaz quando já houver motivos substanciais para suspeitar que existam bens ou documentos nos locais indicados.

O método seguinte de busca, sem a necessidade de intervenção de um juiz, envolve a procura por heranças relacionadas a inventários, tanto judiciais quanto extrajudiciais. Para isso, basta acessar o site CENSEC.ORG.BR, obter a escritura e anexá-la ao processo de execução. É importante destacar que, nesse contexto, a penhora não recai sobre o próprio bem, mas sim sobre o direito a ele. Essa mesma abordagem se aplica à busca por propriedades em casos de divórcio extrajudicial.

Por último, a busca por propriedades registradas em nome de um genitor falecido pode ser necessária quando o pai ou a mãe do devedor faleceu, mas o inventário não foi aberto para evitar a transferência do nome. Nesses casos, é aconselhável utilizar os

serviços de busca pagos anteriormente mencionados, como SEGUROCRED, CREDLOCALIZA, CREDITOR e outros, para verificar se os pais ainda estão vivos. Essa prática está de acordo com as disposições do Código Civil, em especial o artigo 1.784, e é uma ferramenta útil para verificar a situação patrimonial e legal em tais circunstâncias.

Art. 1.784 CC. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

O artigo 1.784 do Código Civil refere-se à abertura da sucessão no momento do falecimento do titular da herança. Nesse contexto, a técnica mencionada anteriormente, que envolve a busca por propriedades registradas em nome de pais falecidos, principalmente quando o inventário não foi iniciado para evitar a transferência de nomes, pode ser considerada legal, desde que esteja em conformidade com as leis e regulamentos aplicáveis.

PSICOPATIA E DIREITO PENAL

EDNEY DANTA DE ARAUJO:
graduando do curso de Direito da
Faculdade Aldete Maria Alves²

LINCOLN FARIA RIBEIRO

(coautor)

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como propósito aprofundar a questão da psicopatia dentro do direito penal brasileiro, com isso se faz necessário compreendermos a figura do psicopata na sociedade e a solução que conseguimos alcançar no direito penal. O estudo busca analisar a expansão dos crimes praticados por agentes portadores de transtorno de personalidade e os métodos aplicados pelo poder judiciário, bem como quais as condições e tratamento dado ao portador e qual o posicionamento da legislação com aplicação adequada pelo poder judiciário brasileiro em relação aos crimes praticados por pessoas que sofrem distúrbios psicológicos. Este trabalho tem como objetivo retomar um assunto que apesar de polêmico é pouco abordado em nossos país seja por profissionais da saúde ou tão pouco por profissionais do direito. Além disso é importante uma análise interdisciplinar sobre tal realidade, afim de um maior entendimento populacional, sobretudo de conter e prevenir a pratica dos acontecimentos delituosos, já que o que mais presenciamos em nossa realidade é a reincidência em crimes cometidos por psicopatas.

Palavra chave: psicopata; reincidência; crime

ABSTRACT: The work aims to deepen the issue of psychopathy within Brazilian criminal law, thus it is necessary to understand the figure of the psychopath in society and the solution we can reach in criminal law. The study sought to analyze the expansion of crimes committed by agents with personality disorder and the methods applied by the judiciary, as well as the conditions and treatment given to the bearer and what is the position of the legislation with adequate application by the Brazilian judiciary in relation to crimes committed by people suffering from psychological disorders. The objective of this work is to revisit a subject that, despite being controversial, is rarely addressed in our country, whether by health professionals or by law professionals. In addition, an interdisciplinary analysis of this reality is important, in order to better understand the population, especially

2 E-mail : edneydantadearaujo6@gmail.com

to contain and prevent the practice of criminal events, since what we most witness in our reality is the recurrence of crimes committed by psychopaths.

Keyword: psychopath; recidivism; crimes

1- HISTORIA DA PSICOPATIA

Desde os primórdios pessoas maldosas e criminosas estiveram inseridas nas sociedades, primordialmente o entendimento que se tinha de um indivíduo psicopata era completamente diferente da ideia que temos atualmente de pessoas portadoras desse grave e cruel transtorno mental

Segundo René Ariel Dotti, (2002) as pessoas portadoras de transtorno mental eram consideradas sobrenaturais, o indivíduo em estado psicótico passava a ser considerado possuído por demônio, considerava que um "ser" não identificado se encontrava no corpo do psicótico, causando inúmeros distúrbios.

Segundo René Ariel Dotti, (2002, p.123): "Nas sociedades primitivas, o tabu era a proibição aos profanos de se relacionarem com pessoas, objetos ou lugares determinados, ou deles se aproximarem, em virtude do caráter sagrado dessas pessoas, objetos e lugares cuja violação acarretava ao culpado ou a seu grupo o castigo da divindade."

Segundo Silva, José Américo (2007.p.01) os primeiros a identificarem e fazerem as classificações dos delinquentes foi a Roma antiga, dividindo em três estado, como tipo, de transtorno mental: possuídos, demoníacos e energúmenos; acreditando que somente os religiosos estavam preparados para curá-los.

Phillipe Pinel (1745-1826) considerado o "pai da psiquiatria" foi o primeiro médico a identificar perturbações mentais e expor descrições científicas de padrões comportamentais e afetivos que se aproximam do que hoje se entende em linhas gerais como psicopatia, associando o conceito de "mania sem delírio", que descrevia pacientes que, mesmo exibindo comportamentos violentos, podiam entender o caráter irracional de suas ações, no entanto, ainda não podiam ser considerados delirantes.

Hevery Cleckley(1941/1976)apresentou o seu estudo delimitando características da psicopatia sendo elas Charme superficial e boa inteligência; Ausência de delírios e outros sinais de pensamento irracional; Ausência de nervosismo e manifestações psiconeuróticas; Não-confiabilidade; Tendência à mentira e insinceridade; Falta de remorso ou vergonha; Comportamento antissocial inadequadamente motivado; Juízo empobrecido e falha em aprender com a experiência; Egocentrismo patológico e incapacidade para

amar; Pobreza generalizada em termos de reações afetivas; perda específica de insight; Falta de reciprocidade nas relações interpessoais; Comportamento fantasioso e não-convidativo sob influência de álcool e às vezes sem tal influência; Ameaças de suicídio raramente levadas a cabo; Vida sexual impessoal, trivial e pobremente integrada; Falha em seguir um plano de vida, na qual esclarece que tais características não eram associadamente para que o diagnóstico fosse possível. O autor também buscou desmembrar psicopatia do campo da pura criminalidade e a relacionou com o estudo do comportamento e da personalidade, dando ênfase aos aspectos interpessoais e afetivos. A medicina então passou a acatar o perigo dos loucos e abandonou a ideia de que seria possessão de espíritos malignos responsáveis pelas atitudes tão cruéis.

Para a psicopatologia, o que se torna de maior interesse são os sinais comportamentais do indivíduo, a sua convivência perante a sociedade e suas queixas também, quando descontentes com algo. É um estudo quanto a ciência da natureza da doença mental, e busca compreender ao máximo o que leva as pessoas a agirem de maneiras tão adversas do comum.

1.1- O QUE É PSICOPATIA?

Atualmente os crimes assustadores e cruéis tem se tornado cada vez mais constante, visto que a primeira impressão que temos é de um criminoso perigoso, portador de uma doença mental que é incapaz de examinar seus atos e que em liberdade certamente voltara a cometer as mesmas ações, os chamamos de psicopatas, sem ao menos buscar compreender a definição.

O termo psicopatia, etimologicamente, vem do grego psyche (mente) e pathos (doença) e significa doença da mente, segundo (silva, 2008,) há três correntes acerca do tema psicopatia e seu conceito. A primeira que considera a psicopatia como uma doença mental. A segunda a considera como uma doença moral, enquanto que a terceira corrente considera a psicopatia como transtorno de personalidade. Entretanto, o conceito de psicopatia não é consenso entre os especialistas, já que não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais, já que os psicopatas não apresentam qualquer tipo de desorientação, delírios ou alucinações e, tampouco, intenso sofrimento mental

Segundo Ana Beatriz (2008) a psiquiatria forense considera que a parte cognitiva dos indivíduos psicopatas se encontra conservados, tendo plena consciência dos atos que pratica, são indivíduos inclusive que possui inteligência acima da média da população, sendo que seu principal problema consiste na falta de sentimentos.

As características mais importantes da psicopatia são o encanto superficial e o poder de manipulação que eles possuem sobre as pessoas, suas mentiras sistemáticas, as

quais utilizam como ferramenta de trabalho, seu comportamento fantasioso, convertendo-se em reais personagens, como se estivessem diante de um personagem verdadeiro, fazendo com que as pessoas a sua volta acreditem que ele viva realmente o que conta. (SHINE, 2000)

Assim dizendo, a psicopatia trata-se de uma personalidade instável, em que os indivíduos estão tendentes a cometerem atos contra a sociedade, demonstrando desrespeito às normas sociais, descasos pelos sentimentos alheios, agressão, violência, dentre outras características.

1.2- A FIGURA DO PSICOPATA

A princípio a psicopatia é um transtorno da personalidade conhecido há século, segundo ARAÚJO, Antônio Fábio Medrado (2012 p.42) é possível verificar tal distúrbio em um indivíduo quando combinam charme, manipulação, intimidação e violência, ocasionalmente.

Há dois tipos decisivos a personalidade psicótico, a primeira é que em situações emocionantes os psicopatas não são aptos a darem uma resposta e a segunda é a propensão de agir impulsivamente; desses traços podemos retirar outros como agressividade, ausência de sentimento de culpa, o impedimento de ser influenciado pela pena ou por consequências adversas do comportamento antissocial e uma falta de motivação ou pulsação positiva, egocentrismo, narcisismo elevado e alta autoestima.

Estudos realizados por psicólogos e neurocientistas onde foram utilizados scanner para medirem e processarem as reações do ritmo cardíaco e a ativação cerebral ao mostrarem conteúdos de imagens fortes e dizerem palavras de alto conteúdo emotivo, foi possível verificar que os psicopatas há uma alteração no lobo frontal, mais especificamente na amígdala cortical, na qual são localizadas no interior do lobo temporal sendo responsável pelo processo racional como as emoções e por parte da aprendizagem e da memória, concluiu-se segundo GOMES, Luís Flávio (2010 p.258) que o cérebro dos indivíduos psicopatas tem maior atividade do que os de pessoas não psicopatas diante das palavras de carga emotiva, isso é os psicopatas dispõem se esforçar mais reconhecer e processar as palavras com carga emocional que as neutras, por fim ao descarregar uma pequena descarga elétrica nos indivíduos não psicopatas o seu ritmo cardíaco sofre uma elevação, pois esses estímulos são ameaçadores já em indivíduos psicopatas há uma decadência no seu ritmo, isso ocorre pois são menos sensíveis ao medo e dispõem de um mecanismo mental que desconectam os sinais de medo e de ansiedade, associados à ameaça das descargas, enquanto os dos não psicopatas eleva.

Como citamos acima os psicopatas possuem uma alteração biológica que influencia as psíquicas e sociais, dessa forma para os cientistas não é possível a cura da psicopatia, pois os tratamentos não alcançam bons resultados sendo quase nulo isto porque, conforme afirma Silva, salvo raríssimas exceções, as terapias biológicas (medicamentos) e as psicoterapias em geral mostram-se ineficazes para a psicopatia, já que os indivíduos por ela acometidos são plenamente satisfeitos com eles mesmos e acham que não possuem problemas psicológicos ou emocionais para serem tratados. Há uma pequena chance de atingir um resultado positivo quando é constatada na infância a psicopatia, se o procedimento for aplicado na fase da infância é possível alterar o comportamento e diminuir a agressividade e a impulsividade de seus atos a outrem; já nos adultos psicopatas a circunstancia é diferente pois todos os tratamentos utilizados acabam voltando ao seu padrão transgressor assim que recebem alta.

Segundo SILVA, Ana Beatriz Barbos (2008 p.165) a psicopatia não é algo que podemos mudar, pois é algo particular do indivíduo, ela é um transtorno de personalidade e não um estagio comportamental momentâneo.

2- A CULPABILIDADE E SEUS ENQUADRAMENTOS

A princípio convém tratarmos o conceito de culpabilidade da qual é um dos elementos do conceito jurídico; a mesma está relacionada com a capacidade de evitar uma ação ilícita que não evitando o transgressor será exposto a um juízo de reprovação jurídica, sustentado na ideia de que o homem, em certas condições poderia ter agido de outro modo, mas não o fez.

Conforme a Teoria da normativa criada por Hans Welzel, onde não se preocupa muito com a finalidade cultural e social que fez com que determinado comportamento precisasse ser determinado por uma norma, basta que a norma esteja no ordenamento jurídico para ser considerada como norma. A culpabilidade necessita de três elementos fundamentais sendo o primeiro a imputabilidade total cuja é a capacidade do agente compreender o caráter ilícito por ele praticado e de escolher agir conforme seus valores, a própria está relacionada com o aspecto biológico que é de importância exclusiva a idade do indivíduo sendo que no Brasil é de 18 anos; o segundo elemento é a imputabilidade que são para menores de 18 anos, aos mentalmente doentes (totalmente incapazes) e aos que estejam totalmente sob embriagues decorrente de caso fortuito ou força maior e por fim os semi imputáveis que segundo o código penal brasileiro é o enquadramento dos psicopatas, pois a semi imputabilidade é uma justa medida em relação aos outros elementos, o mesmo é para aqueles que possuem mais de 18 anos e são emocionalmente perturbados, ou estejam sob influência de embriaguez por caso fortuito ou força maior. Contudo existem diversas críticas criadas por próprios psicólogos como a de TRINDADE,

Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues (2009 p.133) “do ponto de vista científico e psicológico a tendência é considerá-los plenamente capazes, uma vez que mantém intacta a sua percepção, incluindo as funções do pensamento e da senso percepção, que em regra, permanecem preservadas. (...) A semi-imputabilidade aplica-se a impulsos mórbidos, ideias prevalentes e descontrole impulsivo somente quando os fatos criminais se devem, de modo inequívoco, a comprometimento parcial do entendimento e da autodeterminação. Nos delitos cometidos por psicopatas – convém registrar – verifica-se pleno entendimento do caráter ilícito dos atos e a conduta está orientada por esse entendimento (premeditação, escolha de ocasião propícia para os atos ilícitos, deliberação consciente e conduta sistemática). Portanto, do ponto de vista psicológico-legal, psicopatas devem ser considerados imputáveis.”

Em face do exposto, como já apresentado no trabalho o indivíduo psicopata possui sua capacidade inteiramente conservada, tendo total consciência do caráter ilícito dos atos, utilizado sua inteligência para a prática de atos ilícitos sem se importar com as consequências que gera para a sociedade; segundo PIMENTEL (2007) mesmo então teria que ser considerado plenamente imputável sendo responsável por seus atos cometido uma vez que o mesmo é conhecedor das normas, possui a capacidade de conter seus impulsos já que os mesmos são capazes de planejar seus crimes antes de praticá-los e de diferenciar o certo do errado; logo a psicopatia não deve ser reconhecida como uma doença mental, sendo assim o psicopata deve responder criminalmente.

3- CUMPRIMENTO DA PENA

Se tratando do psicopata podemos notar que sequer os Tribunais Superiores há um consenso sobre o melhor enquadramento para o psicopata sendo imputável ou semi imputável e nem qual a melhor pena que será aplicada a eles; tendo em vista que os mesmos apresentam características que gerem riscos a si próprios e a sociedade. Como afirma Silva (2008) “pessoas com histórico de crimes violentos representam uma ameaça muito maior para a sociedade do que os criminosos que não apresentam a violência como uma marca registrada em seus crimes.” Sendo assim a reincidência de uma psicopata chega a ser duas vezes maior que um criminoso comum e por possuir capacidade de manipulação estes acabam influenciando os outros presos.

No sistema prisional brasileiro não há um método específico para diagnosticar um psicopata, mais em outros países existe um instrumento chamado Escala Hare PCL-R, criado por Robert D. Hare no ano de 1991, no qual analisa através de quesitos o grau de psicopatia e o risco de reincidência criminal. Os quesitos averiguados são encantamento simplista e superficial; Auto-estimagrandiosa (exageradamente elevada); Necessidade de estimulação; Mentira patológica; Astúcia e manipulação; Sentimentos afetivos superficiais; Insensibilidade e falta de empatia; Controles comportamental fraco; Promiscuidade sexual;

Problemas de comportamento precoce; Falta de metas realistas a longo prazo; Impulsividade; ações próprias; Incapacidade de aceitar responsabilidade diante de compromissos; Relações afetivas curtas (conjugais); Delinquência juvenil; Revogação de liberdade condicional; Versatilidade criminal; Ausência de remorso ou culpa; Estilo de vida parasitária. Para a aplicação desse método é necessário que seja aplicado por um profissional da saúde, psicólogo ou psiquiatra que está preparado de acordo com as recomendações de Hare; o exame será realizado em duas etapas, cuja o primeiro é uma entrevista e por último uma análise dos históricos para a averiguação da relação com as outras pessoas, o desenvolvimento afetivo, emocional e seu estilo de vida, nos países que adotam esse método ele tem se mostrado eficaz obtendo uma redução de dois terços das taxas de reincidência nos crimes mais violentos, e com isso, reduzido também a violência na sociedade em geral, enquanto no Brasil a reincidência daqueles que recebe o tratamento segundo Manuel de Juan Espinosa é de 86% enquanto os que não foram tratados é de 52%; ou seja quando falamos que é necessário que tenha um sistema de reabilitação eficaz é porque os tratamentos disponibilizados atualmente não tem trazido um resultado positivo.

3.1-A REINCIDÊNCIA E O REAL PERIGO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO INDIVÍDUO PSICOPATA

A psicopatia e criminalidade não se confundem, logo não podemos tratar o sistema de ressocialização que é de fato efetivo para indivíduos não portadores do distúrbio, da mesma forma para um criminoso que sequer se arrepende de seus atos. Quando o psicopata não comete atos ilícitos ainda sim ele traz estragos irreparáveis na vida de quem o rodeia. Dar a oportunidade ao portador de se ressocializar é ter a certeza que a qualquer momento sua reincidência aparecerá, em forma de novo crime ou de manipulação para conseguir o que quer.

Segundo Ana Beatriz (2008) o psicopata no ambiente de trabalho por exemplo é uma pessoa predadora não tendo critério algum antes de "puxar o tapete" de um colega de trabalho para conseguir tomar o poder e chegar no seu objetivo. Esse é o grande perigo de reincidência, por sua ausência de remorso e empatia, pode-se esperar qualquer coisa do portador até nas conquistas mais banais.

Segundo Ana Beatriz (2004) a psicopatia não tem cura, ela é um fenômeno de personalidade e não uma fase de alteração comportamental. Casos onde o portador passou pelo processo de ressocialização são raríssimos e ainda sim em sua maioria esmagadora em portadores ainda muito jovens. Prova que esse processo não é eficaz é o fato de ser realizado sempre em crianças, onde sua personalidade e princípios estão sendo ainda construídos e sua identidade ainda não tomou forma, logo essas crianças não aprendem a serem boas pessoas e sim "fingir" o tempo todo que são.

É como se ensinasse num regime condutas de uma forma extremamente rigorosa que não podem ser alteradas. Esse processo usa principalmente do medo e da ameaça, o que já foi comprovado por vários estudos não ser a melhor abordagem. Esses dois fatores além de contribuir para o desencadeamento de mais traumas emocionais, tem eficácia com data de validade. Uma vez que esse jovem envelhece e se liberta do medo, o desmoronamento de informação que vem junto com a liberdade pode gerar o efeito rebote e incentivar ainda mais o desejo de fazer o que está fora do treinamento. Sabendo disso, o processo de ressocialização não é eficaz nem antes e muito menos depois de crescido, tampouco após a experiência de cometer um crime, principalmente se, se tratar de violência e crueldade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho buscou mostrar a real situação dos psicopatas, analisando desde seu surgimento até os dias atuais. Verificou a dificuldade do sistema prisional Brasileiro em posicionar um enquadramento a esse indivíduo sendo imputável ou semi imputável, por ser um tema delicado que tem variado entendimento a respeito da classificação do indivíduo, pois para a ciência medica e alguns doutrinadores a psicopatia não se trata de uma doença mental, por se tratar de um indivíduo com total consciência de seus atos e das consequências proveniente a eles; afirmando então o entendimento do enquadramento a imputabilidade total.

O sistema penal brasileiro dá o mesmo tratamento de um criminoso comum para um psicopata, ocorre que não existindo um sistema prisional e um tratamento diferenciado aos psicopatas tem gerado resultados graves, pelo fato do psicopata manipular os outros indivíduos e saírem de lá mais propicio a reincidência criminal.

Diante das características e particularidades do psicopata é importante a realização de exames criminológicos de forma segura, objetiva e diferenciada para cada quadro clinico do indivíduo, como a realização do método de identificação PCL-R, devendo ser realizado em toda a execução penal com o intuito de acompanhar o avanço ou o retrocesso do quadro clinico. Infelizmente lidamos com a dura realidade de que o nosso sistema penal brasileiro tem a carência de real eficiência; podemos falar disso quando nos referimos à segurança dos portadores e de suas vítimas, da ausência garantia de que o portador e suas vítimas foram devidamente tratados e está apto ao convívio social, a deficiência no preparo clínico para o enfrentamento desses casos, muitos deles sob a responsabilidade do juiz que não tem sequer conhecimento e atenção necessário nos casos específicos. Assim concluimos com a certeza de que o Estado mais do que nunca deve voltar sua atenção para essa qualificação, ainda mais por se tratar de uma área ainda em estudo que requer investimentos e apoio para que o quanto antes esses indivíduos sejam tratados da forma mais coerente possível resguardando os direitos humanos. O ideal seria

o legislador sair da fase de inércia e de brechas criminais e montar uma estrutura para os casos específicos apresentados, para que assim todos tenham seus direitos resguardados, inclusive o portador.

REFERENCIAL TEORICO

<<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/psicopatia-conceito-avaliacaoeperspectivas-de-...>> acesso em: 14 de junho 2023

SILVA, José Américo Seixas. **Imputabilidade Penal**. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12959-12960-1-PB.pdf>>
acesso em: 17 de junho 2023

WHITAKER, Edmur de Aguiar. **Manual de Psicologia e Psicopatologia Judiciárias**. Vol. IX. São Paulo, 1958.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS) (Ed.). **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID -10: Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

SHINE, S.K. (2000). **Psicopatia**. São Paulo: Casa do Psicólogo

ARAÚJO, Antônio Fábio Medrado. **Solução final do Serial Killer no Positivismo de Hans Kelsen**. São Paulo: Pillares, 2012, p. 42

GOMES, Luís Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da lei nº 9.099/95 – lei dos juizados especiais criminais**. 2010, p. 258

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. Ed. de bolso. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 165

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes Perigosas: O psicopata mora ao lado**. p. 191. São Paulo: Globo, 2014.

PIMENTEL, Vanessa Miceli de Oliveira. **Psicopatia e direito penal – o lugar do autor psicopata dentro do sistema jurídico-penal**. Disponível em:
http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17068
acesso em: 20 de agosto 2023

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 133

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 128.

PIMENTEL, Vanessa Miceli de Oliveira. **Psicopatia e direito penal – o lugar do autor psicopata dentro do sistema jurídico-penal**. Disponível em <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17068>. Acesso em: 21 agosto 2023

<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-responsabilidade-do-psicopata-no-direito-penal-brasileiro/1308091996> acesso em: 01 de setembro 2023

<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/evolucao-historica-do-psicopata-na-socieda>. Acesso em: 01 de setembro 2023

PRISÃO DOS AVÓS NO CASO DE INADIMPLÊNCIA DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

SÂMELA NAARA BATISTA CASTRO:
Bacharelado em Direito pela ILES/ULbra,
Itumbiara-Goiás.³

TEOFLANES CARLOS VILELA JÚNIOR⁴

(coautor).

RESUMO: Os avós como ascendentes mais próximos, serão compelidos a fornecer os alimentos aos netos, tornando-se uma obrigação de natureza subsidiária e complementar. Por conseguinte, os avós se tornaram responsáveis pelo cumprimento de todos os recursos obrigatórios para a sobrevivência do alimentado, podendo responder de forma judicial pelo descumprimento desta obrigação. Com isso, o meio coercitivo será utilizado em último caso, sendo preferível seguir com o rito da penhora e da expropriação protegendo o direito de liberdade e o princípio da dignidade humana dos idosos.

Palavras- chave: Prisão avoenga. Possibilidade. Execução.

1. INTRODUÇÃO.

A Constituição Federal de 1988 garante a obrigação dos pais de criar e educar os filhos, assim como inicialmente disposto no Código Civil a reciprocidade entre ambos os genitores em arca com a prestação de alimentos.

Ademais, ocorrendo o inadimplemento os ascendentes imediatos serão convencionados, na forma do artigo 1.698, do Código Civil, a fazerem parte da lide. Tendo assim os avós como ascendentes mais próximos, os mesmos serão compelidos a fornecer os alimentos aos netos, tornando-se uma obrigação de natureza subsidiária e complementar.

A concessão da pensão da avó somente ocorrerá em caso de esgotamento de todos os recursos viáveis para a execução em face dos pais, surgindo com o objetivo essencial de estabilizar o princípio da solidariedade familiar.

3 E-mail: samelanaara08@gmail.com

4 Aluno(a) do Curso de Bacharelado em Direito, pelo ILES/ULBRA Itumbiara/GO.

Por conseguinte, os avós se tornaram responsáveis pelo cumprimento de todos os recursos obrigatórios para a sobrevivência de seus netos e de uma vida digna, podendo responder de forma judicial pelo descumprimento desta obrigação.

Ademais, no Brasil a prisão civil em face dos avós em casa de inadimplência da pensão alimentícia é possível?

O presente tema visa esclarecer a possibilidade de prisão civil dos avós em caso de inadimplemento de sua obrigação, delimitando os meios de cumprimento do dever de família, em relação à prisão e penhora com base no Código Civil de 2002, tendo como base, as questões de suma importância para a sociedade, expondo a possibilidade de os avós em pagarem pensão alimentícia nos casos em que os pais deixam de pagar ou não têm condições de prover.

Não há lei inserida no Código Civil que tipifique especificamente a prisão contra os avós em face do inadimplemento familiar, de modo que, realizamos uma analogia com o Código de Processo Civil, mediante os limites que a lei permite, podendo assim, realizar o rito da prisão civil quanto à pensão alimentícia inadimplente pelos avós, não havendo um entendimento sólido jurídico sobre o assunto.

Parte da sociedade jurídica considera a violação de um dos principais princípios expressos na Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana. Apesar desses questionamentos, a prisão não é única forma de obrigar os avós a cumprir a obrigação imposta. Antes da coerção pleiteada, existe outros procedimentos a serem aplicados, como a exoneração da inadimplência, penhora, e a expropriação dos bens para a quitação da obrigação.

Há de se esclarecer com jurisprudências e ordenamentos jurídicos a possibilidade da prisão civil ser imposta aos avós, uma vez que os genitores deixam de arcar com a pensão alimentícia, transferindo tal obrigação posteriormente ao avós com o escoamento dos recursos, tornando-se pensão avoenga.

2. OBJETIVOS.

O presente tema visa esclarecer sobre a possibilidade da prisão civil dos avós em caso de inadimplência de sua obrigação, em virtude do vínculo parentesco colaterais de natureza alimentar por eles contraída e sua possível valorização.

Diante disso, elencaram-se 03 (três) objetivos específicos que auxiliarão no objetivo essencial. Portanto, pondera-se estudar a Constituição Federal de 1988 com base no artigo 227 que define o dever familiar no tocante aos princípios Constitucionais,

definindo seus direitos e garantias fundamentais, e analisar a responsabilidade familiar dos avós no tocante a garantia das necessidades básicas do menor frente a negligência dos pais, e quais os recursos necessários para a transferência desta obrigação que originalmente era dos genitores e que se tornará avoenga, além, de delimitar precisamente os meios de cumprimento do dever familiar, em relação a prisão e penhora com base no Código Civil de 2002.

3. METODOLOGIA

A pesquisa possui caráter teórico com utilização de levantamento bibliográfico-teórico com definição em leis específicas e artigos explicativos, doutrinas e jurisprudência, todos com elevado caráter descritivo e conceitual. O método utilizado para conclusão da presente pesquisa é o método raciocínio dedutivo, no qual inicia com um estudo dos assuntos inerentes ao tema, com observação de fatos concretos e leis reguladoras, logo organiza um raciocínio lógico já utilizado em lei definida conduzindo ao ponto primordial da conclusão.

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES

4.1 Direitos Fundamentais da Família

Os direitos fundamentais são regalias reconhecida pelo Estado de Direito, que estão previsto na Constituição Federal de 1988 que vai além da proteção individual do ser humano, incluindo como prerrogativas para assegurar a pessoa uma vida digna, os princípios constitucionais fundamentais que visam na orientação de garantias do indivíduo, principalmente no que se refere ao princípio da dignidade humana.

Pois bem, no que tange aos direitos familiares, a Constituição garante a proteção à criança, ao adolescente e aos idosos, disposto no Art. 227 mencionando o dever familiar, da sociedade e do Estado em assegurar a criança e o adolescente aos direitos fundamentais e os princípios inerentes à dignidade humana.

Essa tutela em relação a família, também se expande à proteção do idoso, visto que são vulneráveis mediante a sociedade. Com isso, a Carta Magna assegura o direito da pessoa humana viver em condições dignas e não desumanas. Ainda, Dias, vem discorrendo sobre o artigo supracitado em outras palavras, acrescentando o princípio da dignidade humana inerente as famílias:

Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas. A Constituição no que

respeita às relações estritamente familiares imputa deveres fundamentais ao Estado, à sociedade e à família (2015, p 40).

A Maria Helena Diniz alude em sua obra, não somente a obrigação da prestação de alimentos ao menor, mas também a tutela que recai sobre o mesmo:

O fundamento desta obrigação de prestar alimento é o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art 1º, III) e o da solidariedade familiar, pois vem ser um dever personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão de parentesco, vínculo conjugal ou convivencial que o liga ao alimentante (2005, p. 534).

Portanto, a família é tutelada pela CF/88, assegurando em seu Art. 229 a obrigação dos pais em criar e educar seus filhos, assim como inicialmente disposto no Art. 1696 do Código Civil a reciprocidade entre ambos os pais em arcar com a prestação de alimentos, garantindo assim uma vida digna e com a preservação do princípio da solidariedade familiar e ao princípio da dignidade da pessoa humana no que diz respeito ao menor.

4.2 Dever de Alimentar

O dever alimentar advém da obrigação de prestar alimentos à pessoa vulnerável, sem condições de se manter sozinha e conceder a pessoa uma vida digna conforme proteje a CF. Nesse sentido, o artigo 1.694 do Código Civil Brasileiro diz: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

A pensão alimentícia avoenga é um direito das crianças e adolescentes que consiste na obrigação dos avós em suprir os alimentos quando os pais não possuem condições de arcar com tal responsabilidade. Trata-se de uma obrigação de natureza complementar e subsidiária, na qual os avós, como ascendentes mais próximos, são compelidos a fornecer alimentos aos netos.

Com isso, apenas passa a obrigação alimentar aos cônjuges ou aos parentes, se ocorrer o esgotamento de todos os recursos necessários para que os genitores cumprissem com a obrigação de alimentar, podendo recair então ao avós do menor. O autor Arnaldo Wald vem falando exatamente sobre a possibilidade da delegação alimentar:

Devem fornecer alimentos os ascendentes aos descendentes, pre ferindo o parente de grau mais próximo ao mais remoto, e os descendentes aos ascendentes, seguindo-se a mesma regra, os colaterais do segundo grau, na falta de ascendentes ou descendentes, sejam de parentesco unilateral ou bilateral. O fato de estatuir o Código que a obrigação de prover alimentos recairá sobre os mais próximos em grau, na falta de outros, implica atribuir o dever pensional a um determinado parente, não apenas diante da inexistência de outro em grau mais próximo, mas, também, de impossibilidade por parte deste (2004, p. 44).

Isto posto, o Código Civil de 2002 em seu art. 528 apresenta as consequências em que o devedor, tanto os genitores, quanto os avós, sofrerão em caso de inadimplência da obrigação imposta. Sendo assim, a prisão poderá ser decretada em face dos avós, materno ou paterno, ainda mesmo contra ambos lados. Basta o devedor não cumprir com sua obrigação para ser decretado o rito de prisão, não de forma punitiva, mas de uma forma coercitiva forçando a devedor (avós) a pagar, de modo a constrangê-lo para adimplir com sua responsabilidade.

A execução de pensão alimentícia é um meio de determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, no qual estão previstos no Código de Processo Civil artigos 911, 912, 528 e 835, determinando meios objetivos do cumprimento do direito natural, sendo a prisão e a penhorabilidade de bens sucessórios, penhorabilidade de contas titular do devedor. Essas modalidades de sanções são aplicadas tanto para os ascendentes como para os descendentes da obrigação de prestação da pensão, conforme Francisco José Cahali, OB, “Esta modificação estrutural, sem dúvida, repercute na interpretação das regras e tratamentos estritamente idêntico da pensão, independentemente da origem da obrigação (2004, p. 194)”.

Portanto, entre as mais diversas possibilidades da execução para obrigar o devedor adimplir com suas obrigações, devemos usar meio menos coercitivo, a penhora e a expropriação, inclusive os métodos frutíferos que são os descontos em folha de pagamento, mesmo que o idoso receba do previdenciário, desde que não comprometa seu próprio sustento observando a o binômio da necessidade do menor e a possibilidade do idoso. Assim sendo, resultando todos os métodos infrutíferos, poderá então o judiciário, decretar prisão em face dos avós, visto que os meios menos coercitivos foram ineficaz.

4.3 Aplicabilidade da prisão avoenga

Em uma decisão unânime do Supremo Tribunal de Justiça da terceira turma, foi abordado pela Relatora Min. Nancy Andrighi, a impossibilidade da prisão cível avoenga em que os mesmos assumem essa responsabilidade e posteriormente deixa de fazê-lo. Ainda afirma, que a execução nesses casos não devem seguir obrigatoriamente o rito das obrigações devida pelos pais, alegando outras possibilidades eficazes para garantir o pagamento:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL POR ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. CARÁTER COMPLEMENTAR E SUBSIDIÁRIO DA PRESTAÇÃO. EXISTÊNCIA DE MEIOS EXECUTIVOS E TÉCNICAS COERCITIVAS MAIS ADEQUADAS. INDICAÇÃO DE BEM IMÓVEL À PENHORA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA MENOR ONEROSIDADE E DA MÁXIMA UTILIDADE DA EXECUÇÃO. DESNECESSIDADE DA MEDIDA COATIVA EXTREMA NA HIPÓTESE. [...] 4- Havendo meios executivos mais adequados e igualmente eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avós, é admissível a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, que, a um só tempo, respeita os princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução, sobretudo diante dos riscos causados pelo encarceramento de pessoas idosas que, além disso, previamente indicaram bem imóvel à penhora para a satisfação da dívida. 5- Ordem concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida (STJ, HC, nº 416.886-SP, 2023).

Entretanto, como mencionado, não existe uma lei específica no que tange a prisão avoenga, nem mesmo uma declaração por parte dos Tribunais. Com isso, fica atribuído aos juízes pra julgar procedente ou não o requerimento da parte Requerente mediante a cada caso concreto. Porém, alguns magistrados vêm considerando o Julgado acima, de modo a estabelecer a prisão em último dos casos.

O Agravo de Instrumento a ser seguir, trata do não provimento em que o agravante requer a prisão civil em face dos avós que restaram inadimplente com sua obrigação. O julgador, optou pelo método menos coercitivo, qual seja o rito da penhora e o da expropriação incluindo como base, o Julgado do STJ como segue a Ementa do Agravo de Instrumento julgado:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - PRISÃO CIVIL - AVÓS PATERNOS - IMPOSSIBILIDADE. 1. Súmula 596 do STJ: "A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.". 2. Conforme

decisão da Terceira Turma do C. STJ, não é possível a prisão civil dos avós que assumem pagamento de pensão aos netos, mas deixam de fazê-lo. A execução nesses casos não deve seguir obrigatoriamente o mesmo rito das obrigações alimentares devidas pelos pais, que são os responsáveis originários (TJ-MG, Agravo de Instrumento, 2023).

O Art 620 do Código de Processo Civil, ainda dispõe que em caso o credor entre com a ação de execução em face do devedor, o juiz irá determinar o método menos gravoso para o executado, ficando assim o meio coercitivo como a última ração a ser utilizada, preservando a dignidade e a liberdade da pessoa idosa.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal garante proteção ao menor e a pessoa idosa de modo que são considerados vulneráveis mediante a sociedade. Entretanto, é definido que a pensão alimentícia recai sobre os avós, de modo que estão sujeitos também aos meios coercitivos para adimplir com essa obrigação.

Por mais que haja controvérsias quanto a prisão avoenga, a lei permite o rito de prisão em desfavor dos avós mediante a inadimplência da pensão devida. Entretanto, os juristas usam o julgado do STJ supramencionado, afim de preservar pela dignidade dos idosos, visto que a Lei do Estatuto dos Idosos, vem garantindo a liberdade dos mesmos.

Então, por mais que seja executável o rito de prisão contra os devedores (avós), se faz necessário usar o meio menos coercitivos, qual seja o rito da penhora e da expropriação, afim de proteger ambas partes que são vulneráveis, garantindo alimentos ao menor e preservando a dignidade e liberdade dos idosos. Ainda, vem sendo discutido no âmbito jurídico a possibilidade da prisão domiciliar avoenga, pois é cediço grande parte dos avós não tem condições para suportar o meio carcerário, sendo aplicado a prisão domiciliar nos casos que não há opções a não ser recorrer a medida mais agravosa.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> acesso em 14.05.2023.

----- **Lei nº 13. 105, de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> acesso em 22.05.2023.

----- Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 416.886-SP** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em : <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/861285743/inteiro-teor-861285753>> acesso em 14.05.2023.

----- Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento**. Relatora: Luzia Peixôto. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1344710142/inteiro-teor-1344710307> > acesso em 14.05.2023.

Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso 14.05.2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

DINIZ, Maria Helena, **Direito de Família**, 20. Ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

FRANCISCO, José Cahali, **Direito de Família e Sucessões**, 1ª edição, Revista dos Tribunais, 2004

WARLD, Arnaldo, **O novo Direito de Família**. 15. Ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM NA CONSTRUÇÃO CIVIL NO BRASIL ANTES DA REFORMA TRABALHISTA

IARAMAR FARIA SILVA PÔRTO:

Especialista em Direito do Trabalho, Tributário e Advocacia Cível. Especializanda em Direito das Família e Sucessões ⁵

Resumo: Este estudo busca esclarecer sobre atividade fim na construção civil e sua respectiva terceirização no Brasil. O desenvolvimento desta pesquisa surgiu após a polêmica enfrentada sobre o tema, por empresários do ramo e advogados junto a esfera trabalhista antes da reforma trabalhista ocorrida no ano de 2017. Mostrando a importância da compreensão sobre processo de uma obra, do qual a grande maioria das atividades são especializadas e conseqüentemente são terceirizadas. Diversos posicionamentos temos, a favor e outros contra a terceirização na atividade fim, mostrando que o tema polêmico, pode sim ser aperfeiçoado e implantado com segurança ao direito trabalhista. Diante deste cenário, a contribuição deste trabalho é para ampliar o conhecimento de todos à respeito da mão de obra especializada na construção civil e que sua terceirização, reduzirá o número de desemprego através da prestação de serviços para várias construtoras que estão em estágios de obras diferentes, sem causar prejuízos a nenhuma das partes.

Palavras-chave: Terceirização. Atividade fim. Construção Civil.

Introdução

A construção civil é uma das áreas que mais se emprega trabalhadores no Brasil. Após muitas lutas com o passar dos anos, os direitos trabalhistas foram conquistados aos empregados desta área, como melhores condições de trabalho, segurança, saindo da informalidade através da carteira assinada, com o recolhimento de impostos, FGTS, jornada de trabalho determinada, dentre outros benefícios.

Com os direitos adquiridos, a evolução na economia ocorrendo, criou-se outro leque de oportunidades, as quais o direito do trabalho ainda não atendeu a demanda de terceirizar a atividade fim na construção civil.

⁵ E-mail: iaramar.faria@hotmail.com

Diante das leis, jurisprudências e doutrinas, o empregador já tem a responsabilidade solidária em casos de irregularidades previdenciárias e trabalhistas. Portanto, é plausível admitir esse tipo de terceirização de serviços, pois não se trata apenas de redução de custos ao empregador, mas como ampliação da mão de obra especializada, consequentemente, redução de desemprego.

Na primeira parte deste trabalho, apresento o início da terceirização no Brasil. Em seguida, esclareço quanto a confusão entre atividade meio e fim da construção civil, além da forma correta de materializá-la. E por fim, finalizo com a questão da invasão da liberdade empresarial no Brasil e a situação dos direitos trabalhistas em outros países.

Breve relato da história da Terceirização

E foi através das fábricas de cerveja que temos os primeiros relatos da terceirização do Brasil, as quais alugavam escravos ao invés de comprá-los para trabalhar (Viana, 2015:15).

Já no início do século XX, a indústria de automóveis implementou outro modo de terceirização, do qual se descartou não somente um, como vários estágios do setor produtivo.

Nesse sentido, Viana (2015:16) classifica como terceirização interna aquela empresa que contrata trabalhadores alheios para dentro de si. E, na terceirização externa a empresa repele seus funcionários, bem como etapas da produção.

Nota-se, que o fenômeno de terceirização iniciou pouco após o descobrimento do Brasil, e já veio causando flexibilização na área empresarial e atritos na sociedade conservadora.

Abrindo mais os olhos para o assunto, a terceirização pode ser mais simples do que se imagina, por exemplo: agentes de viagem, as lojas de vestuários e até a própria empregada doméstica.

Com as conquistas do movimento feminista, as mães saíram para trabalhar e contrataram babás para os seus filhos e empregadas para fazer o serviço de doméstico, as lojas compraram as roupas das costureiras e revendem com preços superfaturados, e assim, segue o mundo pós-moderno com diversas características.

E com isso, a epidemia de terceirizações de forma regulamentada iniciou-se através do trabalho temporário pela Lei 6.019/74, a qual uma pessoa física é contratada por uma empresa para substituição transitória ou fixa de pessoal.

Logo, em 1983 foi sancionada a Lei 7.102 permitindo a exploração de vigilância por empresa especializada.

Em 1993, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou através da Súmula 331 a forma legal de se terceirizar, conforme disposto abaixo:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das

obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Assim, o homem vai criando novas situações cotidianas e rotineiras, e através delas, vamos aplicando a ciência do direito e a ética a cada caso.

A Terceirização na atividade fim na construção civil

Na verdade, sempre tivemos a terceirização na atividade fim no Brasil, antigamente eram chamados de empreiteiros, sendo grande maioria, de forma irregular. As palavras de Silva (2015:25) tratam bem sobre o assunto “Não há nada de novo sob o sol, nihil novi sub sole, mas o novo não é só o que se cria, mas também o que se transforma.”

A construção civil necessita de mão de obra de vários tipos de trabalhadores, especializados em sua grande maioria, e em momentos alternados para prestarem o seu trabalho.

Em uma obra há vários estágios, independente um dos outros por certo lado, pois será necessário equipamentos e pessoal especializado para cada estágio, mostrando assim qualidade no trabalho prestado. Dependente por outro lado, pois o novo estágio da obra precisa que o anterior esteja pronto ou finalizando para iniciar-se.

Uma empresa de construção civil, precisa contratar uma empresa terceirizada para prestar mão de obra especializada, como por exemplo, o da fundação, onde precisa-se somente no início da obra e o custo com equipamentos é muito alto e com o passar dos anos ficam defasados, gerando muitas manutenções.



Figura 1 – Imagem da Fundação

Fonte: Foto produzida Soltecengenharia (2016)



Figura 2 – Imagem da Fundação

Fonte: Foto produzida pela autora (2016)

Fazendo a roda girar, não somente o empresário da construção civil ganha em agilidade e economia, mas bem como, a empresa terceirizada que tem flexibilidade do quadro de pessoal e equipamentos para realizar vários trabalhos um após o outro.

Nota-se que a construção civil, nada mais é, que uma montadora de uma obra, cada empresa fornece mão de obra especializada em determinada fase daquela construção. Sendo assim, não é um trabalho contínuo, e sim temporário. Temos o exemplo, as figuras abaixo, que demonstram bem o trabalho do temporário, o qual depende sim, da atividade fim que é a alvenaria neste caso.



Figura 3 – Imagem da Instalação de Gesso

Fonte: Lozandes Corportate Design (2015)



Figura 4 – Imagem da Pintura Interna

Fonte: Lozandes Corportate Design (2015)



Figura 5 – Imagem da Instalação da Pele de Vidro na Fachada

Fonte: Lozandes Corportate Design (2014)

Analisando não somente pelo ponto de vista econômico da empresa, mas também do trabalhador, não sendo terceirizado, ele sempre terá certeza que a cada obra da empresa que lhe contratou, será demitido, pois não há continuação do seu trabalho, como por exemplo, o pintor ou mesmo o instalador gesso. Causando um aumento considerável de desempregados à disposição do mercado de trabalho vindo da construção civil.

Entretanto, a terceirização da atividade fim na construção civil acaba sendo uma forma de manter um nível significativo de trabalhadores sempre empregados, trabalhando em uma obra de certa empresa ou em outra.

Entende-se, que no posicionamento sobre a atividade fim na construção civil, na verdade acaba sendo várias atividades meio para se concluir uma obra. E com isso, é complexo uma definição de serviços especializados conforme a Súmula exige.

Com o mesmo pensamento Silva (2015:35) expõe sobre o problema da definição que a Súmula 331 proclamou:

Os serviços especializados, trazendo em si ínsita a noção de espécie, relacionam-se com o gênero, do qual é uma subclasse. Qual é o gênero e qual a espécie (daqui especialidade, especial, etc) descende? Só a prática e os fatos concretos irão lhe responder.

Acrescenta ainda Silva (2015:37) à respeito da especialização:

Toda profissão é uma especialização de atos que lhe dão características próprias e as distinguem de outras próximas ou vizinhas. Serve para diferentes aspectos no Direito do Trabalho, principalmente na área sindical, e para o aperfeiçoamento técnico de quem se torna um profissional da área.

Silva (2015:39) pronuncia novamente em seu livro, um dos idealizadores da Súmula 331, o Ministro Vantuil Abdala que fora citado por Sússekind a respeito da dificuldade do tema:

O juiz deve levar em conta “as razões mais elevadas do instituto – especialização, a concentração de esforços, naquilo que é a vocação principal da empresa: a busca de maior eficiência na sua finalidade original, e não apenas a diminuição de custos”. A busca de maior eficiência é o objetivo de toda e qualquer empresa. Caso contrário, não sobrevive. O mercado é implacável com incompetência. A finalidade original é o lucro e não determinadas atividades divididas arbitrariamente em genéricas e especializadas. A discussão seria perigosa e impossível no julgamento de casos concretos. Para a empresa, o trabalhador não formaria vínculo com ela, porque exerceria atividade genérica. Estaria fora da Súmula. Para o empregado, a atividade seria especializada “porque exigia conhecimento especial”. Estaria dentro da Súmula. Como decidir?

Através de perícia, prova testemunhal ou simples dedução lógica? Felizmente na prática a questão é rara e os tribunais do trabalho não tiveram muitas oportunidades de enfrentá-la.

A outra grande questão consiste em distinguir atividade-fim de atividade-meio, quando o conceito é posto em função da atividade econômica. O fim de toda empresa é o lucro e, para isto, organiza os fatores da produção de tal maneira que, entre o custo e o preço de venda, haja uma margem que se denomina “lucro”. Para atingir este fim, tudo o mais seria meio. Note-se que tanto a especialização como o meio se prestam a obtenção de um fim. São parte de outro serviço que se executa em sentido amplo, maior naturalmente do que a especialização.

Especialização e meio, na atividade econômica, são conceitos instrumentais que podem variar de empresa ou de atividade para atividade. O que é hoje especializado pode tornar-se genérico e o que é fim pode transformar em meio para obtenção de um novo fim. Se a discussão for levada para o interior da empresa para, através de raciocínio dedutivo, distinguir entre atividade-meio e atividade-fim, ou entre serviços especializados e genéricos, cairemos nas mesmas perplexidades insolúveis, que não podem ser mensuráveis em termos decisórios, a não ser com grande dose de arbítrio e discriminação.

Diante disso, vemos notoriamente a relevância que uma atividade-meio pode ter na atividade-fim e vice-versa. Complexo ou não, o fenômeno terceirização teve essa diferenciação pela esfera trabalhista e conseqüentemente, engessou-se o direito constitucional da livre iniciativa.

A Terceirização correta na atividade fim

A terceirização de forma correta na atividade fim, é disciplinada pelo Código Civil entre os artigos 610 a 626 no capítulo “Empreitada”. Maria Helena Diniz em suas lições do Código Civil Comentado, define da seguinte forma:

Contrato pelo qual um dos contraentes (empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar, pessoalmente ou por meio de terceiro, certa obra para outro (dono da obra ou comitente), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração determinada ou proporcional ao trabalho executado (DINIZ, 2002:397).

Assim entendemos que, através da empreitada são vendidos serviços de mão de obra e materiais, com prazos definidos para entrega, mediante ao pagamento de um preço justo e definido, estabelecidos em contrato.

Por ser um contrato de empreitada, não há subordinação entre as partes ou pelos funcionários do empreiteiro, mas sim apenas uma prestação de serviços específicos para o qual fora contratado.

Mas há sim, a solidariedade em todo contrato de terceirização da atividade fim. Garantindo à todos os trabalhadores, sem exceção, os direitos trabalhistas, a segurança e a saúde.

Interpretando com outros olhos o posicionamento da Súmula 331 do TST, o que se combate é a terceirização ilegal, a qual prejudica o trabalhador de todas as formas possíveis, além de fraudar a Previdência Social, Receita Federal e entre outros órgãos.

Mostrando ainda que terceirização de forma correta é possível, temos a figura do substituto tributário, conforme prevê o Artigo 31 e seus parágrafos da Lei 9.711/98 a seguir:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante a cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho

temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao dia da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.

§1º O valor retido de que o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço.

§2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição.

§3º Para fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

§4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I – limpeza, conservação e zeladoria;

II – vigilância e segurança;

III – empreitada de mão-de-obra;

IV – contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

§5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante.

Assim, a segurança dos direitos previdenciários dos trabalhadores da empresa terceirizada contratada para executar o serviço estão assegurados pelo substituto tributário.

Importante citar ainda, que a legislação e instruções normativas preveem empreitada de mão-de-obra, provando novamente a regularidade desta prestação de serviços.

Além dessas garantias, muitas construtoras e incorporadores praticam em seus contratos as retenções técnicas como forma de prevenir prejuízos quanto aos direitos trabalhistas dos funcionários das empresas terceirizadas ou mesmo de reexecução do serviços.

Em entrevista ao site Construção Mercado, negócios de incorporação e construção, a Advogada especialista na área de contratos Marcia Calafate (2013:Janeiro) explica sobre a cláusula de retenção técnica:

Os termos da retenção devem ser razoáveis. Agindo assim, não haverá risco para a empresa contratante, mas sim segurança jurídica porque a retenção pode ser utilizada para garantir diversas obrigações contratuais.

Ademais, fica bem claro, que tanto como substituto tributário, quanto nas retenções técnicas, o principal está sendo resguardado, os direitos trabalhistas e sociais dos funcionários.

Com isso, pode-se dizer, que é plausível a terceirização na atividade fim na construção civil, mesmo que alguns não consigam chegar ao denominador que para finalizar uma obra dispense-se de várias etapas especializadas, a qual entendemos como atividade meio e não fim.

A invasão da liberdade empresarial e progresso de países sem paternalismo trabalhista

A Constituição Federal abarca vários princípios e garantias, no diz respeito aos valores do trabalho, livre iniciativa e da ordem econômica, o artigo 170 rege da seguinte maneira:

TÍTULO VII

Da Ordem Econômica e Financeira

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Entretanto, no Brasil notamos certa violação dos princípios da livre iniciativa e da ordem econômica em detrimento do paternalismo materializado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Sobre o assunto, Silva (2015:68) salienta “O que não podemos admitir é que uma empresa, no exercício de sua liberdade empresarial, não possa terceirizar a atividade que julgar conveniente, seja meio ou fim”.

Assim, uma das grandes invasões na liberdade empresarial é o fenômeno da Terceirização na atividade fim, a qual grandes empresas entendem como estratégia de redução de custos, agilidade na mão de obra e crescimento econômico, do qual gira o mercado.

Pensamos agora, as leis trabalhistas mais rígidas geram maior qualidade de vida e mais renda aos trabalhadores destes países? Conforme pesquisa realizada pelo Banco Mundial publicada pela Revista Veja (2015:Abril), os países que se tem leis mais rígidas são “Bolívia, Venezuela, Guiné Equatorial, São Tomé e Príncipe, Tanzânia, Congo e República Centro Africana”. E são esses oito países com leis trabalhistas mais rígidas, estão entre aqueles que mais exportam trabalhadores no mundo.

E de forma estarrecedora, os países com leis mais flexíveis como Estados Unidos, Canadá, Austrália, Cingapura, Hong Kong, Maldivas, Ilhas Marshall recebem os trabalhadores dos países com leis mais severas.

A menor rigidez nas relações trabalhistas revela experiências bem-sucedidas. O Professor Doutor Masato Ninomiya e a pós-graduanda Aurea Christine Tanaka, ambos da Universidade de São Paulo, tratam no artigo *Uma visão sobre o direito do trabalho no Japão*, algo muito comum no Japão, são os trabalhadores se aposentarem no primeiro emprego, após trabalhar uma vida toda em uma mesma empresa.

Ponderam, ainda que a economia do Japão cresceu significativamente através do desse sistema de trabalho, sendo por contratação de trabalhadores por longo prazo, salários de acordo com o tempo de serviço na empresa e a existência de sindicatos nas empresas.

Diferentemente do Brasil, no Japão até em tempos de crise, ao invés de mandar funcionários embora, na verdade se reduz a sua carga horária ou remaneja para outras áreas.

Os direitos trabalhistas da Austrália também se juntam aos mais flexíveis e o mercado econômico em grande expansão. Lá como na Inglaterra, não há carteira de

trabalho, mas sim contratos de trabalhos de curto ou longo prazo, se tornando algo menos burocrático do que no Brasil.

Na Austrália, as empresas pagam seus funcionários baseados na carga horária efetivamente trabalhada, conforme o salário mínimo de cada categoria.

Dentre outros benefícios trabalhistas são: Férias anuais calculadas semanalmente através da carga horária trabalhada e não necessita aguardar um ano de trabalho para tirá-las; Os finais de semana e feriados não contam como dias de gozo de férias; Pode-se gozar a licença maternidade pelo período de 12 a 24 meses, sendo pago pelo governo apenas 18 semanas, mas a garantia do emprego é certa até o prazo final da licença; As empresas pagam aos funcionários um adicional mínimo de aposentadoria particular, podendo o trabalhador ao se aposentar, receber o valor integral no ato ou de forma parcelada até se findar.

Um avanço da justiça do trabalho da Austrália, é no próprio site, onde o funcionário consegue ver um demonstrativo de pagamentos, impostos, empresa pagadora, dentre outras informações, conforme figura abaixo:


PAYSUP FOR		PAID BY		EMPLOYMENT DETAILS		
Jack Black 1 Jet Street Blackville TAS 3333 Classification: Waste of space		Joey's Diner Pty Ltd Mark St BAYSWATER VIC 3153 ABN 84 111 122 223		Pay Frequency: Fortnightly Employment Basis: Casual employment		
Pay Period: 02/12/2013 - 15/12/2013		Payment Date: 18/12/2013		Total Earnings: \$2,000.00		Net Pay: \$1,200.00
				THIS PAY		YTD
SALARY & WAGES				RATE		
Commission		1.0000 Hours		\$2,000.0000		\$2,000.00
Other Previous Earnings						\$11,500.00
				TOTAL		\$2,000.00
						\$13,500.00
TAX						
PAYG Tax				\$930.00		\$6,278.00
Manual Adjustment				(\$130.00)		(\$130.00)
				TOTAL		\$800.00
						\$6,148.00
SUPERANNUATION						
SGC - Spectrum (old) use: Spectrum Super (IOOF Portfolio Service Super Fund) - 8899				\$185.00		\$1,248.75
				TOTAL		\$185.00
						\$1,248.75
LEAVE				ACCRUED		USED
Annual Leave in Hours				0.00		0.00
						BALANCE
						5.77
PAYMENT DETAILS				REFERENCE		AMOUNT
(063-123)***712		Jack Black		Bank account		\$1,200.00

Tabela 1 - Demonstrativo de Pagamentos de Funcionário

Fonte: Dados produzidos justiça do trabalho da Austrália (2013)

Sobre os tão propalados “direitos” dos trabalhadores em outros países, cabe uma reflexão sobre o direito do trabalho no Brasil: todos eles são custeados pelo próprio trabalhador, impostos pelo governo ao trabalhador, o qual confisca grande parte na hora do pagamento e posteriormente legisla conforme o andamento do mercado econômico ou político social, deixando os trabalhadores há um futuro incerto e não sabido.

O Brasil promove avanços importantes, porém ainda tímidos, no sentido de tirar pesos desnecessários das costas da previdência pública e das empresas. Mas, o país deve aproveitar essa oportunidade para aprofundar nessa reflexão, onde as leis são menos paternalistas, o trabalhar é mais bem pago e altamente valorizado.

Conclusão

Através deste estudo identificamos a necessidade que o Brasil tinha em romper barreiras jurídicas para benefício de uma massa populacional que precisa de emprego e materializar significativamente os direitos constitucionais da iniciativa privada.

Diante do que foi abordado, havia muitas interpretações favoráveis sobre a terceirização na atividade fim no Brasil, e com isso, explanado fora sobre a área da construção civil, a qual emprega boa parte da população.

Este estudo apresentou historicamente que a terceirização veio do berço da escravidão, mas que mesmo após séculos, ainda não houve uma solução plausível e democrática sobre o tema.

No que diz respeito a atividade fim na construção civil, temos etapas que ajudam a construir, outras que constroem e outras apenas finalizam. De modo que, a especialização agiliza, qualifica, diminui impactos financeiros as empresas, empregados e governo, conseqüentemente, criará vínculo permanente com os empregados nas empresas especializadas.

Fica perceptível, o quanto a liberdade empresarial fica engessada e inviabiliza o progresso da sociedade brasileira diante de outros países, as quais as leis são menos paternalistas.

Certo que, quem defende a terceirização na atividade fim ou meio, defende aquela que não precariza as condições de trabalho do cidadão que exerce tal função, que não diminui valores salariais, mantém a qualidade dos serviços prestados, reduz os custos de maquinário e manutenções, dentre outros fatores significativos.

Por fim, a fundamentação para tantos esforços na aprovação da terceirização na atividade fim, além dos motivos aqui aduzidos, traduz tão somente em evitar tantos questionamentos e confusões sobre a exploração da atividade fim ou meio, como é o caso da construção civil.

Referências

VIANA, Marcio Túlio. **Para entender a terceirização**. São Paulo: LTr, 2015.

Silva, Antônio Álvares da. **Terceirização um tigre de papel**. Belo Horizonte: RTM, 2015.

Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/camara-aprova-terceirizacao-de-atividade-fim/>

Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>

Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>

Disponível em: <http://www.cooperativismo.org.br/Artigos/View.aspx?id=502>

Disponível em: <http://www.cooperativismo.org.br/Artigos/View.aspx?id=503>

Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2071>

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-14/fernando-vieira-vantagens-desvantagens-pl-terceirizacao>

Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/rodrigo-constantino/economia/em-defesa-da-terceirizacao/>

Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/blogs/descomplicador/entenda-a-lei-que-regulamenta-a-terceirizacao-no-pais/>

Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Trabalho/douttrab101.html>

Disponível em: <http://www.slconsultor.com.br/index.php?show=artigo&id=24>

Disponível em:
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979&filenome=PL+4330/2004

Disponível em:
<https://www.sinait.org.br/arquivos/artigos/artigo9acfb63325c9cd918f04b2972b8123dc.pdf>

Disponível em:
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15937&>

Disponível em: <http://construcaomercado.pini.com.br/negocios-incorporacao-construcao/138/artigo299664-1.aspx>

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9711.htm

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102compilado.htm

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102compilado.htm

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/cacador-de-mitos/economia/por-que-os-trabalhadores-fogem-dos-paises-com-melhores-leis-trabalhistas/>

Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67437/70047>

Disponível em: <http://www.rotadocanguru.com.br/2016/01/como-funciona-e-as-leis-trabalhistas-australia.html>

Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KD1VFwnxud4J:www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502957/001002789.pdf%3Fsequence%3D1+%&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>

Disponível em: <http://www.soltecengenharia.com.br/obrasespecializadas.php>

Disponível em: <http://www.queirozsilveira.com.br/empreendimentos-obras-em-andamento/lozandes-corporate-design/>

MEDICAL ADVERTISING ON SOCIAL MEDIA AND ITS INFLUENCE ON CIVIL RESPONSIBILITY

RENATO DE ASSIS PINHEIRO: Advogado, professor, escritor, debatedor, conferencista. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC-MG. Pós-graduado em Direito Processual pela PUC-MG. Pós-graduado em Direito Médico pela Universidade de Araraquara/SP. Pós-Graduando em MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas/RJ. Professor do curso de Direito Médico e Odontológico da UCA (Universidade Corporativa da ANADEM)⁶.

ABSTRACT: Throughout the last decade, social networking has revolutionized communications in all societies, causing great impact on personal and particularly professional relationships, mainly through democratization of advertising and increase of competition in all market sectors. The phenomenon of beauty worship is another crucial event observed in our study, since it has led thousands of people in the world to pursue the beauty standards (often quite high ones) imposed by society. In addition to these two trends, certain structural problems in our country – which we will address further on – have caused a large number of doctors to look for their own space in the private sector, many of them running their own businesses in the main capitals of Brazil and facing enormous competition among fellow physicians and other professionals of health. The above-mentioned shift in the market has negatively impacted the doctor-patient relationship (DPR) has gone into a deep crisis, especially in elective treatments, and particularly the aesthetic ones. This crisis has elevated the commodification of medicine into unforeseen levels, worsening the patient experience and aggravating the judicialization of medicine. In this study, we assess the cause-and-effect association between the mentioned phenomena and distortions identified in applying the civil responsibility rules. We examine data pertaining to the judicialization of medicine in Brazil, inspecting legal decisions and their ground rules, expressly the convictions based upon medical advertising on social networks. Medical advertising plays a central role in this picture, replicating in Brazilian courts of law

⁶ Professor do curso de Direito da Regulação da UCA (Universidade Corporativa da ANADEM). Especialista em Terceiro Setor. Coautor do livro “Direito Processual e o Constitucionalismo Democrático Brasileiro” – 2009. Autor do livro “Socorro Mútuo: Como a Proteção Veicular revolucionou o mercado de Proteção Patrimonial e de Seguros do Brasil” – 2019. Conselheiro Jurídico e Científico da ANADEM – Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética. Acadêmico Efetivo e Vitalício na área de Ciências Jurídicas da Academia Latino-Americana de Ciências Humanas. Secretário Geral da Unidade Brasil da ASOLADEME – Asociación Latinoamericana de Derecho Médico. renato@renatoassis.com.br

and causing concern to the entire medical class, namely the increasing volume of legal decisions in which civil responsibility criteria break away from the traditional standards. There are cases in which the obligation of means was replaced by an obligation of result toward patients, and cases in which the subjective responsibility became objective. In this sense, even simple surgical misfortunes and unavoidable adverse events can be attributed to the doctor. A lot of legal decisions are motivated by issues such as information negligence, consent bias, uncertain result promise, or even the promotion of misinformation through medical advertising on social media. The aim of medical advertising must be the information, and patient attraction a sheer consequence. When advertising deviates from its original concept, it inevitably narrows the line between a DPR and an ordinary customer relationship (i.e., purely contractual). As a result, the judiciary alters the way doctors respond to the law, causing irreversible damage to the medical rights in general. It is crucial that the government and the civil society, mainly the medical authorities and the Boards of Medicine, regulate and properly monitor the practice of medical advertising on social networks, imposing the necessary limits to warrant patient and doctors' rights.

Keywords: Medical Advertising. Social Networks. Civic Responsibility. Obligation of Result.

1. INTRODUCTION

Since its uprising around the end of the last century, social media have altered the way people connect to each other, becoming the most important mean of communication among societies across the world. The time spent on social media has increased by 60% during the last seven years, according to a Global Web Index⁷ research conducted in 2019. Brazilians take up the second place in a world ranking of *time spent on social media*: about 225 minutes a day.

That way, social media have reached the status of the main *disruptive innovation*⁸ that happened during the *fourth industrial revolution*⁹, which was characterized by universalizing the access to technology. Such rupture wasn't limited to personal relationships, but especially affected business-to-consumer (B2C) transactions. One of its significant impacts was the crash of advertising monopoly, democratizing it to small businesses and increasing competition in virtually all economic sectors. The customer, who

⁷ Global Web Index (2019).

⁸ The concept of disruptive innovation came around in 1997, with Clayton M. Christensen's work "Innovation Dilemma".

⁹ Santos (2018) clarifies that Industry 4.0 makes it easy for "Smart Factories" to view and execute actions through their modular structures; cyber-physical systems monitor physical processes, create a virtual copy of the real world, and make de-centralized decisions.

was then treated as a limitless resource, has become a highly desired asset, mostly in the modern environment of *Digital Health*¹⁰.

Concomitantly, Brazil has observed a great expansion on the private health system, allowing many doctors to opt out of working for the chaotic public health system, seeking for better working conditions and salaries. According to a recent survey carried out by the Brazilian Medical Association – AMB11, only 12.1% of the young doctors interviewed intended to work in the public health system at the end of their medical residence. In the private sector, many doctors decided to start their own companies to provide private elective treatments, especially the aesthetic ones, due to a rising relevance of the beauty industry in the whole world. This movement triggered a huge escalation in competition, causing multiple consequences.

At the same time, there was vertiginous growing in the number of medical schools in Brazil. Today, there are 389 universities offering Medicine, and 167 of them (accounting for 42.9%) were created only in the last 10 years. In a decade, Brazil produced more medical schools than China (164), and slightly fewer than the USA (196). This increase was a result of an expansion policy aimed at allocating and keeping doctors in underserved areas. However, as recently noticed by AMB12, only 20% of graduated doctors coming from these schools have registered in their local CRM13, representing an intense migration to the main capitals of the country, where there are better working circumstances, but no need for more doctors.

Another government measure to solve the lack of doctors in the underserved regions was the controversial “More Doctors” program, implemented in 2013. Nonetheless, according to a survey done by the Federal Board of Medicine (CFM)¹⁴ in 2018, the majority of the 8,233 Cuban doctors who came to work in Brazil through the program settled on the coast, next to the main capitals. São Paulo, the most developed state in the country, already accounted for almost 30% of Brazilian doctors, and still received more Cuban doctors than any other state.

10 According to Rachid *et al* (2023), digital health involves the incorporation of new technologies and potentially resets the relationship between State and society, in a process called *platformization* – that is, the management of health services through reading large volumes of data in a digital ecosystem.

11 Scheffer (2023).

12 Scheffer (2023).

13 Acronym for the *Regional Medical Board*.

14 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (2018).

It is also worth noting the intense privatization process of medical education that occurred in Brazil. A recent study indicated that 80% of the medical school vacancies are offered in private schools, following a worldwide trend as shown by PROVME¹⁵:

In Asia, eliminating regulatory restrictions caused the private medical education to grow. India has 579 medical schools, where more than 52,000 new doctors graduate every year. As in India, in Bangladesh (63%), Japan (58%), Nepal (77%), Pakistan (56%), South Korea (76%), and Taiwan (73%), more than half of medical schools are private. In the Middle East, Yemen, Bahrain, and Qatar have completely privatized their medical education. In the USA, between 2002 and 2016, the number of students enrolled in the first year of medical schools increased by 45% (from 19,456 to 28,283) and 33 new schools were founded.¹⁶

However, at least in Brazil, the quality of teaching went the opposite way, perhaps as a consequence of the sector privatization. According to CFM, more than 90% of new teaching institutions are located in cities with insufficient structure for the courses (teaching hospitals, sufficient hospital beds and professionals, etc.) resulting in a low teaching quality and the upbringing of unprepared professionals. Because of that, and adding to the lack of medical residence spots, only 62.5% of Brazilian habilitated doctors have a degree in one of the 55 medical expertises approved by CFM.

To improve the education quality, in 2018 the government determined that no new medical courses could be created for 5 years, as seen in Japan (a 30-year break in 1991) and the USA (shutting down of more than half of medical schools). Yet no qualitative change was observed at the end of the period, in 2022. On the other hand, there are now 225 new courses undergoing approval, which may represent a 50% increase on the total number of available spots.

Nowadays, there are over 564 thousand doctors in Brazil, about 2.65 per thousand inhabitants, as stated by CFM¹⁷. Every year around 42 thousand admission spots are offered in medical schools, a figure 120% higher than 10 years ago. At this rate, Brazil may soon become the country with the most doctors per person in the world.

¹⁵ Scheffer (2023).

¹⁶ PROVME²⁰³⁰ (2023, my translation).

¹⁷ Scheffer (2023).

Although there are enough doctors to meet the needs of the entire Brazilian population, the national scenario is of extreme inequality in distribution, establishment, and access to the professionals. Around 50% of all medical doctors in Brazil are registered in only three of the 27 states (SP, MG and RJ), where better work opportunities can be found. The same goes for aesthetic medicine: approximately one third of all plastic surgeons in the country are in Sao Paulo, and 60.4% in the Southeast region. We therefore experience a brutal paradox: whereas the most underserved areas witness a shortage of medical doctors, the great urban areas bear an environment of huge competition.

Thus, as seen in this introduction, there was a notable transformation in the medical services market during the last decade, as well as both the doctors and patients' profile. The doctor-patient relationship has shifted from Hippocratic standards and entered a crisis, due to the unrivalled expectations from the different parts. Among some remarkable and problematic changes, we can highlight the ones regarding elective treatments, primarily aesthetic ones, as it will be presented.

2. THE WORSHIP OF BEAUTY

Though modern plastic surgery was developed to be restoring, primarily during World War I, the evolution of techniques and reduction of costs have caused the competence to be used more frequently for aesthetical purposes. After over a century later, we are undergoing the *beauty worship* era, a global social phenomenon that strongly impacts our study. On the word of the International Society of Aesthetic Plastic Surgery - ISAPS¹⁸, in 2021 there was a 19.3% increase in the number of procedures performed by plastic surgeons, reaching 12.8 million surgical procedures and 17.5 million non-surgical ones in the world. The study also points at a 33.3% rise in the total of aesthetic surgeries in the past four years, and 54.4% in non-surgical procedures (such as botulinum toxin, dermal fillers, and chemical peelings). Another study, from Australian organization Pretty Foundation¹⁹ shows that 38% of four-year-old girls claim to be dissatisfied with their own bodies, and 35% are already following a diet by the age of 5. The last census from the Brazilian Plastic Surgery Society (SBPCP)²⁰ pointed out that 6.6% of all plastic surgeries in Brazil is acted upon patients from 13 to 18 years old.

Beauty worship – such as the social media phenomenon – relates deeply to technology. Apps and filters available in any smartphone modify the facial and body

¹⁸ ISAPS (2022).

¹⁹ REVISTA CRESCER. Imagem corporal: 38% das meninas de 4 anos estão insatisfeitas com seus corpos, July, 2019. Available at: <https://revistacrescer.globo.com/Crianças/>. Visited on: 20 June 2023.

²⁰ ISAPS (2022).

aesthetics in videos and photos, presenting to the social media audience (and the user themselves) an “improved” image, modified by artificial intelligence and closer to the beauty standard imposed by society. The result is a growing feeling of rejection for self-appearance, as demonstrated by the American Academy of Facial Plastic and Reconstructive Surgery - AAFPRS²¹ in a 2017 study in which 55% of American plastic surgeons affirmed that their patients wished to improve their look in selfies, against 13% of the same in 2016. Those figures have certainly aggravated after the COVID-19 pandemic, when the use of technology was increased because of the social isolation. The situation in Brazil is not unlike, where a study published in the *Revista Brasileira de Cirurgia Plástica*²² showed that 44.73% of patients decided to have a plastic surgery owing to social media influence.

With more and more people rejecting their own image, the incidence of *body dysmorphic disorder* (BDD)²³ peaked around the whole world. According to the above mentioned study²⁴, the disorder was identified in at least 34.21% of plastic surgery patients in Brazil.

All these impacts have turned the Brazilian beauty market into one of the hottest markets in the world, attracting labor force not only of plastic surgeons, but also of physicians from other areas of expertise and several professionals from diverse areas.

3. THE PLASTIC SURGERY MARKET IN BRAZIL

There are a little over 6,500 plastic surgeons in Brazil, about 1.15% of all 564 thousand medical doctors. It may seem like a low figure, but it is enough to place the country in second on a world ranking, just behind the USA, where there are a little more than 7 thousand. Around a third of Brazilian plastic surgeons are in São Paulo, and 60.4% in the Southeast, spawning an enormous aesthetic medicine competition in this region.

Competition becomes even greater because the CFM allows physicians to act without an expert title (a highly questionable measure), meaning that every Brazilian doctor has a free-of-regulation environment to perform plastic surgeries. The sharp increase in offer has democratized access to aesthetic treatments, reducing the costs to fit into a

²¹ AAFPRS. American Academy of Facial Plastic and Reconstructive Surgery. Available at: <<https://www.aafprs.org>>. Access on: 20 June 2023.

²² Brazilian Plastic Surgery magazine – in SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLASTICA (2018).

²³ In 1886, Enrico Morselli reported a condition which he called *body dysmorphia*.

²⁴ SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLASTICA (2018).

socially imposed beauty standard, and making the fulfillment of this desire easily accessible, even to lower social extracts, by instituting credit lines, loans and fundings.

Beauty market in Brazil is one of the hottest in the world, holding second place in the world ranking of plastic surgeries – more than 1.3 million procedures a year (8.9% of all world surgeries) following the USA (15.5%). According to the SBCP latest census, 60.3% of this total are solely aesthetic surgeries. As for the non-surgical aesthetic procedures, the estimate is of at least another 1.3 million a year. However, since these numbers refer only to registered plastic surgeons, it is possible that they represent only a portion of the real figures, because of the many doctors who perform without an expert title.

On the other hand, we must mention the work of other professionals in aesthetic medicine. Supported by their regional professional boards, they can perform both surgical and non-surgical procedures. SBCP states that the most required surgeries (blepharoplasty, otoplasty and rhinoplasty) are currently executed by dentists, biomedical scientists and even nurses. For non-surgical procedures we can also consider pharmacists, estheticians and physical therapists as competition experts.

In such a competitive environment, social networks play a major role in advertising from all those professionals. Indeed, medical doctors must acclimate to this new reality of digital communication, without abandoning the ethical standards which are inherent in medicine practices. Then again, as further exposed, this rule has not been respected by many authorities, engendering a series of negative impacts in regard to doctors' civil responsibility.

4. DOCTOR CIVIL RESPONSIBILITY

In the early days of medicine, the prevailing rule for medical practice was called *irresponsibility theory*, which honored the correctness attributed to medically skilled professionals. In order to justify the theory applicability, it was also considered that fear of medical responsibility would cause a defensive behavior towards the patient. Another aspects of consideration were the risk of medical science inaction due to professional concern; and the difficulty of proving a doctor's innocence in case of an accusation.

With the advancement of society and development of patient rights, this theory was replaced with the *subjective responsibility*, according to which the doctor is responsible in case of a voluntary (active or omissive) and illicit conduct (violating a contractual or extracontractual obligation), giving cause to a patrimonial or extra-patrimonial damage, by means of guilt confirmation (negligence, imprudence or inexperience), as stated by TJMG jurisprudence:

Considering what was reported, and although the author has passed, unfortunately, for a considerable period of convalescence, there is no proof of medical malpractice, prevailing the original sentence, since the guilt of health professionals has not been proven; without proof there shall be no question of their responsibility.

(...)

Regarding the convergence of evidence as for the non-occurrence of imprudence, negligence or malpractice and in the sense that post-procedure complications resulted from patient's previous health conditions, in addition to its own risk, there cannot be considered a causal link between the post-surgical complications and the medical service.²⁵

Another aspect of medical civil responsibility is the *responsibility of means*, since the doctor is compelled to develop their activities in a prudent and diligent manner, employing all possible and necessary means to obtain the best results, without linking this to a certified achievement (the so-called *obligation of result*), as stated by the doctrine:

The obligation of means is one in which the debtor must only use normal prudence and diligence in providing a determined service to achieve a result, without the obligation to warrant it. It is inferred from this that their performance does not consist of an assured result, but only in a prudent and diligent activity for the benefit of the creditor. The content is the debtor's activity itself, that is, the intended means to produce the desired scope, insofar that non-execution of the obligation is characterized by the debtor's omission to take certain precautions, without considering the final result.²⁶

Obligation of result should not even be considered in medical activity, given it is completely incompatible with the subjective responsibility that rules professional actions. Furthermore, achieving a result in any medical activity depends on several factors aside from of the professional's actions, especially in plastic surgeries, in which the patient's own behavior during post-surgery can interfere with the results.

²⁵ TRIBUNAL DE JUSTICA DE MINAS GERAIS (Minas Gerais Court of Justice). TJ-MG (my translation).

²⁶ DINIZ (1998, my translation).

In Brazil, though, cosmetic plastic surgery has been sometimes considered as an obligation of result, as seen in a controversial statement from the Supreme Court (STJ):

This court's jurisprudence understands that "aesthetic surgery is an obligation of result, since the hired professional commits to delivering a particular result, which constitutes the core of the obligation, otherwise it is not executed.²⁷

When applying the obligation of result theory, there is presumption of the doctor's responsibility, in which they must prove their innocence, as stated below from what the STJ understands:

According to the jurisprudence, plastic surgery has the nature of compulsory result, which attracts the doctor's presumption of responsibility from the doctor, who must prove any exclusion of responsibility for the damage caused to the patient.²⁸

Given this ruling by the Supreme Court, the understanding was automatically spread to other courts of law, without a careful analysis of the concrete case, to verify its applicability to the STJ rule. Therefore, there is a growing misunderstanding in Brazil that denies the inherent unpredictability of medical activity. It cannot be sustained, however, the inconsistent argument that surgical interventions are merely aesthetic, because health is not limited to physical well-being, comprising social and psychological aspects as well, a reason why even aesthetic procedures can improve health conditions, particularly mental health.

Another issue to be considered is the distribution of the burden of proof, stated as a general rule by the Brazilian law, according to which the author (in this case, the patient) is the one responsible for proving the constituting facts of their rights. Alternatively, the defendant (the doctor) must prove the modifying, extinctive and deterrent facts of the author's rights. Moreover, Brazilian procedural law encloses exceptional possibilities for inversion or redistribution of the burden, in cases where producing the evidence for either part shows to be challenging or impossible.

Comprehending the rules of medical civil responsibility is crucial to handle the impacts derived from the judicialization of medicine. This problem, as exposed further ahead, raises concern each coming year for the medical community.

27 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA. STJ Rel. Ministro Ancy Andrighi.

28 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA. STJ Rel. Ministro Marco Buzzi.

4.1 THE JUDICIALIZATION OF MEDICINE

Overall, where there are doctors and patients, there is frustration, usually caused by unmet expectations. The disappointment puts the doctor-patient relationship into a crisis that, if not properly cared about, results in a lawsuit. Considering the aspects mentioned in this study, we can regard the increase in judicialization an unavoidable result. According to a National Board of Justice report (CNJ)²⁹, in eight years that has been a recorded augment of 198% in health-related lawsuits.

We must ponder, though, that health judicialization is also a strong reflection of the inefficiency present in services offered by the health sector. In accordance with the Brazilian patient health institute (IBSP)³⁰, every year 10% of patients go through adverse situations, and 220 thousand are deceased. At least 66.7% of these cases are considered avoidable adverse events, exposing how serious the matter is. The situation is even more alarming in the USA, where 400 thousand casualties take place owing to adverse events.

On the word of STJ, plastic surgery is the third most demanded medical expertise in absolute numbers, following obstetrics and orthopedics. In contrast, the number of orthopedicians (about 18 thousand) is about three times the number of plastic surgeons, and the number of obstetricians is five times higher (circa 34 thousand), demonstrating that, proportionally, plastic surgery is the area which concentrates the majority of lawsuits.

In this context, it is worth highlighting a growing number of doctor convictions breaking away from the traditional rules of civil responsibility. There has been a mounting volume of convictions of doctors, particularly in plastic and cosmetic surgeries in general, based solely on the patient's dissatisfaction with the achieved results, even in face of their normal occurrence. The same is true for cases where there are irregularities or surgical complications beyond the doctor's responsibility. And, as stated, medical advertising has proven to be a factor of influence in such distortions.

5. MEDICAL ADVERTISING ON SOCIAL NETWORKS

In short, medical advertising can be defined as a collection of communication strategies and actions, aimed at spreading knowledge according to legal and ethical

²⁹ INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa. Relatório Final de Pesquisa. Conselho Nacional de Justiça, 2019. Available at: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saudedispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>. Access on: 20 June 2023.

³⁰ IBSP - Instituto Brasileiro para Segurança do Paciente. Dez por cento dos pacientes deve sofrer evento adverso em internação, 2015. Available at: <https://ibsp.net.br/>. Access on: 20 June 2023.

standards which are inherent in medical activity. Its goal is to provide information, rather than to sell a service.

If, on one hand, there is a need to inform patients and society about scientific and technological progresses in health - including the doctors' legitimate right to announce their competences and capabilities; on the other hand, there are ethical limits pertaining to the medical practice. In Brazil, The Federal Board of Medicine (*Conselho Federal de Medicina* – CFM) and the Medical Issues Disclosure Commission (*Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos* – CODAME) have edited the CFM 1974/11, a legal ruling for the matter for over 12 years, determining that professional conduct must follow the promotion and release of scientific knowledge, and must be aimed at educating the society.

For many years, most Brazilian doctors have disregarded the social networks, causing the use of such media by a few professionals to be neglected by the class entities. Hence, the networks have become an environment of total freedom, filled with malpractices, ethical infractions, and illegal acts. As a result, the CFM published a new resolution (CFM 2.126/15), regarding medical ethics on the internet and social media. The ruling explicitly bans: the posting of selfies and contents to encourage self-promotion; the posting of “before and after” photos; the use of sensationalism and disloyal competition. Valid for eight years, many now consider it outdated and lacking revisions.

Nowadays, social media is the preferred means of medical advertising in Brazil. From a SBCP survey³¹, 80.3% of plastic surgeons use social networks with this purpose. Although Instagram comes in third place among the most used networks in Brazil³², 60.2% of plastic surgeons use it as their main channel of medical advertising. Many doctors handle the tool appropriately, as we can read from a TJMG decision concerning plastic surgery:

If the evidence in the court case do not prove that the advertising has induced the consumer into error, there is no need to speak about false advertising. Because there is no obligation of result, and the proposed treatment has been clarified to the customer, the mismatch between the treatment result and the patient's expectations does not denote default.³³

31 SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLASTICA (2018).

32 DARE PORTAL. Digital 2023: Brazil. 2023. Available at: <https://datareportal.com/reports/digital-2023-brazil>. Access on: 20 June 2023.

33 TRIBUNAL DE JUSTICA DE MINAS GERAIS. TJ-MG - AC: 20274211001 MG, Relator: Fernando Lins, 26 October 2022, Camaras Civeis / 20a CAMARA CIVEL, Published in 27 October 2022.

However, the misuse of social media has become more common, which brings negative consequences to all the parties involved: patients, doctors, and the entire society, as we will expose ahead.

5.1 THE UNETHICAL MEDICAL ADVERTISING

On social media, patients can be easily induced to error, because digitally any professional can be turned into an 'object of desire' if the appropriate strategies and tools are employed. Hence, the patient can develop a distorted perception about the doctor's knowledge, authority, and service quality. Mediocre professionals may convey the image of big authorities, whereas great reference experts may seem average, for not being part of this social media reality.

Abusive malpractices happen because the more advertisement follows the Medical Code of Ethics, the fewer patients it attracts. Conversely, the further it gets from being legally ethical, more patients are persuaded. For that reason, the social media 'parallel universe' may represent a shortcut to new market competitors, transmitting to the public a false perception of authority, and building up their own social reputation. Such effect has caused a real herd behavior in the medical use of social media. We can cite Rui Stoco for an explanation:

Publicity around this medical activity and even ostensive advertising from some clinics contrary to the Regional Boards of Medicine guidelines and many sections of the Medical Code of Ethics is massive, offering all sorts of interventions and presenting examples of achieved results, in a demonstration that what they are proposing is, in reality, a result, as it also occurs within dentistry and other cosmetic treatments.³⁴

According to information from CREMESP³⁵, in 2022 the medical expertise with most investigations due to problems related to medical advertising was plastic surgery (about 30% of the total). It is more and more common to observe the use of digitally manipulated photos, the minimizing of serious risks, the promotion of surgery lotteries, the use of applications for digital prediction of aesthetic results, and the promise of uncertain results.

The bad use of social media, in addition to all other aspects previously mentioned here, has aggravated the commodification of medicine, since the traditional doctor-patient relationship, one that should lead all these other interactions, has given space to a mere

³⁴ Stoco (2023, my translation).

³⁵ CREMESP (2022).

offer of a service, in a dehumanized way. The patient journey starts now on a social networking environment, as opposed to a regular medical appointment. Subsequently, a series of important steps come to be unnoticed, such as adequate medical records, alignment of expectations between the doctor and the patient, and in particular the duty to inform. Instead, we notice an experience filled with bad-faith and misinformation. In view of that, we can quote the following excerpt from a TJRS decision, proclaimed in 2016 in case of surgical medical treatment:

There is failure on service, both by the doctor and the clinic, for not correctly observing the duty to inform, having attracted the customer through an advertising report containing a false statement.

(...)

In this sense, there is indeed responsibility from the demanded part, for having done false advertising as a means to attract clients.³⁶

The promises of uncertain results have become ever more frequent on social media, and they ensue as to attract patients, giving confidence to many legal rulings, as seen from a recent TJMG decision in case of a non-surgical medical treatment:

It is worth mentioning that the doctor responsibility is of means, except when there is evidence that they have expressly obligated themselves to achieve the result with the patient, as in this case.

(...)

It remains demonstrated that the appellant promised an assertive result, which was not reached in the end.³⁷

Cases of failing the duty to inform are similarly recurrent, which causes patient consent bias. Looking at a topical ruling by the TJRS:

In this perspective, there is no way to excuse the doctor responsibility, especially because they acted in complete dissonance from their duty to inform about the surgery and the indispensable care during post-op, since the advertising, as it was written, implies that the vasectomy

36 TRIBUNAL DE JUSTICA DO RIO GRANDE DO SUL. TJRS - CER: No 70067085787 RS, Rel: Carlos Eduardo Richinitti. Date of trial: 29 January 2016, Published on 19 July 2016.

37 TRIBUNAL DE JUSTICA DE MINAS GERAIS. TJ-MG. Apelacao Civel - MG 6057260- 96.2015.8.13.0024. 16a CAMARA CIVEL. Date of trial: 27 February 2020.

procedure is irreversible. Nonetheless, it is a matter of common knowledge that after a surgical procedure there is a possibility of spontaneous rechanneling of the different ducts, as highlighted in the verdict.³⁸

In these cases, the conviction of the doctor is very likely, regardless of the treatment result, since the failure in transmitting information has removed from the patient the prerogative to consciously make a decision, leaving to the doctor the duty to pay for the damages, facing an information neglect.

With all those recent changes, the patient experience has undergone a severe transformation process, going from a Hippocratic model into dangerously approaching a mere consumption relationship. As a consequence, there are more conflicts between parties and patient frustration levels have reached unanticipated heights, making the judicialization of medicine an alarming situation.

6. MEDICAL ADVERTISING INFLUENCE ON CIVIL RESPONSIBILITY

Considering the state of affairs presented in this study, the doctor-patient relationship has been through many amendments, getting farther from the traditional standard proposed by the father of western medicine, Hippocrates. Although the doctor still has a great influence power over this relationship, we note that a lot of professionals have been acting to weaken it, operating as mere service suppliers, while patients proceed as customers (whether it is a lack of option or simply convenience).

One of the biggest impacts goes on the relationship's nature, because it is customary for the legal system to consider it a *typical consumption relationship*, where medical advertising noticeably interferes, as stated by the TJSP in case of plastic surgery:

This way, the defendant, as a service provider and subject to the Consumer Protection Code, had a legal obligation to inform the patient about the medical services that would be provided, other than all surgical hindrances, beside recommending the best technique.

(...)

It then can be highlighted that the ad released by the defendant clinic, with an eminently advertising nature, making clear the

³⁸ TRIBUNAL DE JUSTICA DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - AC: No 70042838466 RS, Rel: Marilene Bonzanini Bernardi. Date of trial: 26 October 2022, 9a CAMARA CIVEL, Published: 19 December 2012.

obligation of result and creating customer expectation, in terms of paragraph 30 of CDC.³⁹

When the relationship is considered a consumption relationship, a significant impact is reversing *the burden of proof* to favor the patient, taking place when there is likelihood in their allegations. From the excerpt below, emitted by the TJRS in a non-surgical medical procedure ruling, the measure is justified due to medical advertising:

In this case, the sentence appropriately reversed the burden of proof, that is, the defendant clinic should attest the untruthfulness of the facts alleged by the patient, amongst which, that the cosmetic treatment results were fully satisfactory and in accordance with the announced ad; or that the patient had been informed about the advantages and disadvantages of the treatment; and finally, prove that treatment was not effective due to a particular situation concerning the patient him/herself, what did not occur.

(...)

The defendant also failed in demonstrating that such required information about the advantages and disadvantages of the treatment had been delivered to the patient, or that the treatment could achieve less than 100% efficacy due to their own specific situation.⁴⁰

In another ruling by the same court, the burden of proof inversion was an excuse for a *completely unexpected decision*, in which such reversing was used as cause to conclude the date when the prosecuting couple had sexual intercourse, making it clear that unethical medical advertising yields immeasurable to the doctors:

Given a consumer relationship, it is necessary to conclude that the patients only maintained sexual intercourse after being aware of the examination result that demonstrated the success of the medical intervention. In this sense it is also the expected outcome to the

39 TRIBUNAL DE JUSTICA DE SAO PAULO. TJ-SP - APL: 01095440520098260002 SP 0109544-05.2009.8.26.0002, Rel: J.B. Paula Lima, Date of trial: 27 September 2016, 10a Camara de Direito Privado, Published on: 28 September 2016.

40 TRIBUNAL DE JUSTICA DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - AC: No 70042838466 RS, Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Date: 26 October 2022, 9a CAMARA CIVEL, Published on: 19 December 2012.

customer who paid for a medical intervention in order to avoid having kids.⁴¹

Misinformation triggered by medical advertising on social media is such a huge problem that not even the posterior correct communication and the signing of the Free and Informed Consent (IC) form are capable of unbiasing the understanding. In these cases, the IC is considered invalid, as it can be grasped from the TJRS decision in case of surgical medical treatment:

It is unacceptable that, in order to sell the service, a 100% guarantee has been offered, which is not true, and then, when contracted, a term is signed in which the offer is no longer confirmed, speaking of a result close to zero.⁴²

At this point we have come to notice one of the most aggravating impacts in our study, although we realize that only the IC is not enough to warrant a full transmission of the information, provided that in several occasions it is done in a generically and carelessly by the doctors – as noted from the ruling below, by the TJSC:

Furthermore, the free and informed consent from the author was not proven. Attached with a term of responsibility related to only one of the procedures performed, which is generic (blanket

consent), unable to configure adequate risk information. Sustained the duty to compensate for material damage.⁴³

Even though medicine is not an exact science, thus subject to uncontrollable situations and particularities from each case (as in iatrogenic occurrences), we note that in many instances the obligation of means is disregarded, giving place to the obligation of results, as mentioned in the previous section. In these cases, the doctor becomes

41 TRIBUNAL DE JUSTICA DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - CER: No 70067085787 RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti. Date of trial: 29 January 2016, 9a CAMARA CIVEL, Published on 19 July 2016.

42 TRIBUNAL DE JUSTICA DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - AC: No 70042838466 RS, Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Date of trial: 26 October 2022, 9a CAMARA CIVEL, Published on: 19 de dezembro de 2012.

43 TRIBUNAL DE JUSTICA DE SANTA CATARINA. TJ-SC - APL: 03030772520168240038, Relator: Silvio Dagoberto Orsatto, Primeira Camara de Direito Civil. Date of trial: 25 May 2023. 37 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA. STJ AgInt No 2010474 - AM 2022/0193364-7. Rel. Ministro Luis Felipe Salomao. QUARTA TURMA, Julgado em 19 September 2013, Date: 25 September 2013.

presumed of guilt, unless they can sustain a plea of responsibility, as the extract from a ruling by the STJ states:

From this perspective, in surgical procedures for aesthetic purposes, although the obligation is of results, there is no objective responsibility for surgery failure, but merely presumption of medical guilt, which means reversing the burden of proof, and it is up to the professional to exclude it, as to clear themselves from the contractual liability for damages caused to the patient due to the surgical procedure.⁴⁴

Yet, from the same standpoint, medical advertising influence is negatively seen, since uncertain promised result cases are progressively more frequent (even if indirectly) through social media. As mentioned by Rui Stoco's doctrine:

Ruy Rosado de Aguiar Jr. notes that the currently guideline in France, in doctrine and jurisprudence, is inclined to admit that the obligation to which the plastic surgeon is subjected is no different than that of other surgeons, as they operate under the same risks.

It would, therefore, be like that of doctors in general, an obligation of means. The peculiarity would be due to the increase in information duties, which must be exhaustive; and consent, clearly expressed, clarified, determined. (...). It remains extremely difficult to support contrary theses

and affirm that the obligation of the plastic surgeon in cosmetology and beautification is just of means.

There is no way to support this understanding. For one, because of the

promise of results that is inherent in this type of intervention (skin treatment, shaving, tanning, waxing, cosmetic implants on parts of the body, combating cellulite, liposuction,

beautifying plastic surgeries of all kinds, etc.). For two, because the excessive advertising currently broadcast - which asserts success and excellent results of interventions of this nature, including "before and

44 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA. STJ AgInt No 2010474 - AM 2022/0193364-7. Rel. Ministro Luis Felipe Salomao. QUARTA TURMA, Julgado em 19 September 2013, DJe: 25 September 2013.

after” images – give the dimension of the expectation that is caused and suggests a result. (...). Miguel Kfoury Neto says that “in case of aesthetic or cosmetic plastic surgery, which constitutes, as seen, an obligation of result, the responsibility for the damage must be assessed with much greater severity.⁴⁵

However, unethical performance effects go beyond a simple presumption of guilt, bringing to the doctor an obligation of delivering an *effective result*, as promised by the medical advertisement. Such understanding growingly in Brazilian courts of law, as the decision note by TJMG:

In the obligation of results, as in the strictly aesthetic or cosmetic surgery contract, the doctor is obliged to reach a certain end, without which the obligation is not fulfilled. And, by not reaching the promised result, compensation for proven material damages is required, with the moral damages resulting from the frustrated expectations of the promised result.⁴⁶

Below is another decision in the same direction, by the TJSP:

Expectation of improved appearance. Obligation of result because patient was promised and undeniably aesthetic improvement. Consolidated jurisprudence in this regard. No proven provision of adequate information, prior to surgery.⁴⁷

From these decisions, we can note a strong offense to the doctor’s *subjective responsibility*. In certain cases, the legal ruling has made it equivalent to an *objective responsibility*, ignoring the need to prove a defendant guilty. In our research, we have found convictions issued because of *complications not involving doctor culpability* but related to the informational neglect observed in medical advertising. That way, we show a citation from a TJMG declaration, concerning a case in which the patient omitted her medical record from the doctors, and a pre-existing condition caused complications:

⁴⁵ Stoco (2013, p. 743-744, my translation).

⁴⁶ TRIBUNAL DE JUSTICA DE MINAS GERAIS. TJ-MG. Apelação Cível - MG 1.0000.20.034947- 0/001. 20a CAMARA CIVEL. Date of trial: 20 July 2020.

⁴⁷ TRIBUNAL DE JUSTICA DE SAO PAULO. TJ-SP - APL: 01095440520098260002 SP 0109544-05.2009.8.26.0002, Relator: J.B. Paula Lima, Date of trial: 27 September 2016, 10a Camara de Direito Privado, published on: 28 September 2016.

In the absence of imprudence, negligence or malpractice from the health professionals, there is no need to mention a medical error, especially if the observed complications stem from pre-existing diseases or the inherent risk in the necessary medical procedure.

(...)

Information provided by the doctor must be clear and precise, therefore it is not sufficient to generically inform the occasional implications of the treatment, which would compromise the patient informed consent, considering the duty to inform inefficient. Without confirmation of the informed consent, remains the illegal act, as well as the obligation to moral damage compensation. (STJ – Resp 1848862).48

In even more controversial cases, there was *not any damage to the patient*, but the doctor was sentenced to pay compensation because of bias in the medical adverts. In the following example, ruled by the TJMG in a plastic surgery case, the doctor was sentenced to pay compensation for the patient's dissatisfaction with their scar, without any ascertained damage, but considering the unethical medical advertising:

The core of appealing controversies involves attracting clients through the use of advertising with dubious information.

(...)

The fact is that the author asserts that she suffered severe aesthetic damage, as the scar left by the surgery is asymmetrical.

(...)

Therefore, the appeal thesis espoused by all the applicants is unsuccessful, in which they should be faced with an obligation of means. They must also respond for failure in not achieving the aesthetic result desired by the applied procedure, even if performance within the appropriate technique has been verified.49

48 TRIBUNAL DE JUSTICA DE MINAS GERAIS. TJ-MG - AC: No 1.00 24.14.280706-4/007 MG, Relator Pedro Bernardes de Oliveira. Date of trial: 23 August 2022, 9a CAMARA CIVEL, published on: 23 August 2022.

49 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. TJ-RJ - AC: No 0010552-97.2011.8.19.0207 RJ, Jose Roberto Portugal Compasso. Date of trial: 26 October 2022, 16a CAMARA CIVEL, published on: 26 October 2022.

To make it worse, we have found cases in which the treatment developed normally and properly, and even the advertised promised result was accomplished; in such cases the conviction was handed for failure in achieving the *patient's subjective expectation*, that because of the medical advertisement, was higher than the effectively produced result from treatment, as seen on the following excerpt by the STJ decision:

Failure to comply to the duty to inform already characterizes the disobedience of contract by the doctor. In addition, it is necessary to presume that the result expected by the patient and promised by the doctor is the one stated by the initial petition, one that was visibly not achieved, as observed from the photographs.

(...)

According to the jurisprudence, if the result is not achieved, the plastic surgeon is presumed guilty. In this specific case, the attribution of guilt to the appellant cannot be accepted for the inefficient result of the surgery, due to weight gain and for not having strengthened their muscles in the gym, since the appealed doctor did not inform, clearly and definitively, that this should have been the way to proceed. Considering the frustration caused to the patient, who performed 3 aesthetic procedures without obtaining the expected results, in addition to the doctor's fault for failing his duty to inform, the amount of BRL 40,000.00 is adequate to make up for the caused damage, making up for an educational measure as well.⁵⁰

Finally, we have identified legal precedents where the *professional was not even responsible for the medical action*, but still got condemned because of the advertisement, as judged by the TJRJ in plastic surgery:

From the ad flyer, we can see that the defendant doctors worked in commercial partnership, offering to customers the protection of the two of them being present during the surgical procedure.

⁵⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA. STJ AgInt No 2010474 - AM 2022/0193364-7. Rel. Ministro Marco Buzzi. trial on 04 February 2014, DJe 21 February 2014.

Both, therefore, must respond to the consequences of such intervention.⁵¹

Therefore, we note that the content of medical advertising on social media comprises the medical accounts and ties the doctor in several manners, causing unsolvable biases. Within the examined rulings, we observe a remarkable change in the traditional rules of medical civil responsibility, resulting particularly from the unethical advertisement practiced on social media.

7. THE NEW CFM DECISION (2.336/2023)

The Federal Board of Medicine (CFM) published a new ruling on September 13, 2023. This document updates all the rules concerning medical advertising and establishes criteria that are more suitable for medical activity in the 21st century. The first aspect to call attention for is a more permissive appeal, contrasting to previous regulations which only prohibited conduct, making leniency merely residual.

The new decision is innovative as it embraces literal concepts of advertisement, openly acknowledging patient prospecting as a goal, and even recognizing them as “clients”. However, it is also conservative when it restates medical advertising’s principle to inform, and the need to respect traditional ethics. Moreover, it includes objective standards for terms such as *sensationalism* and *disloyal competition*, diminishing subjectivity and reducing the possibility of twisting interpretations.

The rule authorizes selfies with patients, the publishing of appointments’ fees and payment options, overruling prohibitions that made no sense. On the other hand, it now allows for doctors to appear in promotional and sales campaigns, and even taking on influencers, which could aggravate the problems described earlier.

A significant change was the permission to use patient’s image, without the traditional (and outdated) limitation to scientific purposes. Image usage is authorized as long as there is clear information about treatment directions and contraindications, and factors that can influence results.

The main premise to image usage remains to be its educational and instructive intents, and it is mandatory to get the patient’s expressed approval, as well as to comply with their privacy and anonymousness. And here lies the contradiction in the new resolution: allowing all these measures through keeping the patient anonymous. It

⁵¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. TJ-RJ - AC: No 0010552-97.2011.8.19.0207 RJ, Jose Roberto Portugal Compasso. Date of trial: 26 October 2022, 16a CAMARA CIVEL, Published on: 26 October 2022.

becomes even more incongruous if we consider the (now permitted) possibility of shared content on social media, which is nonsensical if done anonymously. In addition, sharing permission comes alongside an important reservation: the ethical attribute of shared content must always be analyzed as if published by the doctors themselves.

The new ruling was bold to allow the use of controversial before/after pictures, if certain requirements are met: keeping an ethical and informative nature, respecting all legal ethical parameters, and limiting content to the doctor's expertise (with identified credentials). Posts must bring vast amounts of information about recommendations, satisfactory and unsatisfactory development, as of possible complications originated from treatment. When applicable, they should demonstrate diverse treatment perspectives to different biotypes and age groups, in addition to immediate, intermediate, and late evolution standpoints.

As they announced the new guidelines, CFM demonstrated great concern with medical conduct facing the given freedom, suggesting caution to avoid expanding reverence to an obligation of results. In this sense, misleading advertisements were explicitly prohibited, and although many have seen it as an overstated measure, there are studies to show it is an emergent reality.

In short, the CFM decision was competent in accommodating the rules to medical advertising to a contemporary context, but it also has great potential to cause the worsening of all problems exposed in this study. Maintenance of such rule by the CFM will likely depend on doctor's performance under the appliance of the new regulations, which will take effect 180 days after publication.

8. CONCLUSION

The goal of medical advertising should be to inform, not sell. Patient attraction should not be a target, but the consequence of an ethical and loyal marketing. The effect of an unethical medical advertising, especially through social media, had been cause to various problems, including an ongoing crisis, between doctors and patients.

Legal authorities, represented by the judiciary branch, have become aware of those changes and their potential damage to patients, and started acting on litigations in a different way, diverse from the traditional fashion that would previously guide doctor civil responsibility actions.

As found in our study, such transformations pose a great risk for all medical doctors, since they convey a new understanding that, in the future, could be applied as a universal rule to all doctors, and not only the ones who unethically use medical advertising.

Acting within the ethical rules will not turn the doctor into a celebrity or lure thousands of patients to him. Then again, is that the role of a medical doctor in our society? Is it worth paying the high costs of an improper action? Is this the legacy doctors would like to build up in the course of their careers? It is important to think this through, because while social media have the power to produce celebrities, they can also ruthlessly destroy their careers.

On the other hand, an ethical activity will provide knowledge to society and foster a closer relationship with patients. It will value an ethical and respectful conduct, assisting the unveiling of unethical professionals. It will generate confidence and authority to the medical expertise and the professional's acting field. Therefore, it will appeal to patients who are conscious of the possibilities and risks, properly instructed by a rich lesson shared from the professional. Patients who seek something real, not an illusion.

The solution to the problem, though, does not only involve doctors. There must be a collective action engaging the State and the civilians, mainly the medical entities and the boards of medicine, in order to regulate and monitor medical advertising in social media, imposing the necessary boundaries to assure patients' rights. Measures that will certainly benefit doctors, by preventing the judiciary from promoting the condemned decisions mentioned in this study, avoiding damages and risks to the entire medical community.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

AAFPRS. American Academy of Facial Plastic and Reconstructive Surgery. Disponível em: <<https://www.aafprs.org>>. Disponível. Acesso em: 20 jun. 2023.

ANADEM. Sociedade Brasileira de Direito Ético de Bioética. Disponível em: <https://web.anadem.org.br/tcles>. 20 jun. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Considerações sobre o Programa Mais Médicos. Novembro de 2018. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/2018_pesquisa_maismedicos.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2022 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (CNJ). Judicialização e saúde ações para acesso à saúde pública de qualidade / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas

para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_V2.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (CNJ). Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. CREMESP. Atividade Conselhal. Prestação de Contas do Exercício, 2022.

CUTAIT, R. Médicos pelo Brasil: Desafios. 2023. Disponível em: <file:///C:/ME%CC%81DICOS%20PELO%20BRASIL.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

DARE PORTAL. Digital 2023: Brazil. 2023. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2023-brazil>. Acesso em: 20 jun. 2023.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 7.

GLOBAL WEB INDEX. Flagship report on the latest trends in social media. Flagship Report, 2019.

IBSP - Instituto Brasileiro para Segurança do Paciente. Dez por cento dos pacientes deve sofrer evento adverso em internação, 2015. Disponível em: <https://ibsp.net.br/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

INSPER- Instituto de Ensino e Pesquisa. Relatório Final de Pesquisa. Conselho Nacional De Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judiciali>. Acesso em: 20 jun. 2023.

ISAPS. International Survey On Aesthetic - Cosmetic Procedures Performed, 2022. Disponível em: <media@isaps.org> Acesso em: 20 jun. 2023.

ISAPS — A Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (International Society of Aesthetic Plastic Surgery, ISAPS). A mais recente pesquisa global da ISAPS demonstra aumento significativo em cirurgias estéticas em todo o mundo. 2023. Disponível em: <file:///C:/Users/M%C3%A1quina06/Downloads/2021-global-survey-press-release-portuguese-latam.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023

PROVMED 2030. A expansão da oferta de graduação em Medicina no Brasil. Informe Técnico nº 2 - Novembro de 2020. Disponível em: <https://sites.usp.br/gedm/sobre-provmed>. Acesso em: 20 jun. 2023.

RACHID, R., FORNAZIN, M., CASTRO, L, GONÇALVES, L.H, PENTEADO, B.E. Saúde digital e a plataformização do Estado brasileiro. Cien Saude Colet. 2023.

REVISTA CRESCER. Imagem corporal: 38% das meninas de 4 anos estão insatisfeitas com seus corpos, julho, 2019. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Crianças/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

SANTOS, M.M. Indústria 4.0: Fundamentos, perspectivas e aplicações. São Paulo: Erica, 2018.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. Censo 2018. Análise comparativa das Pesquisas 2014, 2016 e 2018. Disponível em: http://www2.cirurgioplastica.org.br/wp-content/uploads/2019/08/-2018_V3.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA. Brasil lidera ranking de cirurgia plástica entre jovens. 2018. Disponível em: <http://www2.cirurgioplastica.org.br/2018/06/07/brasil-lidera-ranking-de-cirurgia-plastica-entre-jovens/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. AgRg no REsp 1.395.254/SC, Rel. Ministro ANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 15/10/2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ AgInt Nº 2010474 - AM 2022/0193364-7. Rel. Ministro Marco Buzzi. Julgado em 04/02/2014, DJe 21/02/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ AgInt Nº 2010474 - AM 2022/0193364-7. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. QUARTA TURMA, Julgado em 19/09/2013, DJe: 25/09/2013.

SCHEFFER, M. et al. Demografia Médica no Brasil, 2023. São Paulo: FMUSP, AMB, 2023.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. Tomo I. 9. Ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - AC: Nº 70042838466 RS, Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Data de Julgamento: 26/10/2022, 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19 de dezembro de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. TJ-SC - APL: 03030772520168240038, Relator: Silvio Dagoberto Orsatto, Primeira Câmara de Direito Civil. Data de Julgamento: 25/05/2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. TJ-MG - AC: XXXXX20274211001 MG, Relator: Fernando Lins, Data de Julgamento: 26/10/2022, Câmaras Cíveis / 20ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/10/2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. TJ-MG. Apelação Cível - MG 6057260-96.2015.8.13.0024. 16ª CÂMARA CÍVEL. Data de Julgamento: 27/02/2020

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - AC: Nº 70042838466 RS, Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Data de Julgamento: 26/10/2022, 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19 de dezembro de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - CER: Nº 70067085787 RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti. Data de Julgamento: 29/01/2016, 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19 de julho de 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, TJ-SC - APL: 03030772520168240038, Relator: Silvio Dagoberto Orsatto, Primeira Câmara de Direito Civil. Data de Julgamento: 25/05/2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. TJ-SP - APL: 01095440520098260002 SP 0109544-05.2009.8.26.0002, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 27/09/2016, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/09/2016.

A PARIDADE ENTRE A LEI E O COSTUME, NA ORDEM JURÍDICA PLURAL ANGOLANA

WILSON CARLOS MUCAPOLA:

Chefe do Serviço Provincial da Provedoria de Justiça da Lunda-Norte. Mestrando em Ciências Jurídico Políticas pela FDUAN; Docente de Direito Administrativo na FDUAN.⁵²

RESUMO: A paridade entre a lei e o Costume com direito infraconstitucional numa concepção pluralista, a lei não tem, de todo, poderes para declarar um costume como contra legem, nem o costume o tem em relação a lei. Entre a lei e o costume podem surgir conflitos de normas, pelo que há que encontrar critérios jurídicos para resolver tais conflitos. O que não pressupõe dizer que há relação vertical, no sentido de a lei estar acima do costume ou vice-versa, mas uma relação de paridade. Pensar de outro modo seria reduzir o costume à lei, o que o realismo jurídico e social rejeitaria. Daí que seja importante compreender que, para além do Estado, existem outras tantas instâncias produtoras de normas jurídicas. Para além de um direito legislado e oficial, nomeadamente a constituição e a lei, existem outras realidades jurídicas que devem ser reconduzidas ao conceito de normatividade vigente.

Palavras Chave: *Lei, Costume, Direito, Plural, Jurídico e Paridade.*

Abstract: The parity between law and custom with infraconstitutional law in a pluralista Conception, the law does not at all have the power to declare a custom as contra legem, nor does custom have it in relation to the law conflicts of norms may arise between law and custom, so it is necessary to find legal criteria to resolve such conflicts. This does not presuppose saying that there is a vertical relationship, in the sense that the law is above the custom of custo mor vice versa, but a relationship of parity. To think otherwise would be to reduce custom to law, which legal and social realism would reject. Hence, it is important to understand that in addition to the state, there are many other instances that produce legal norms. In addition to legislated and official law, namely the constitution and the law, there are other legal realities that must be brought back to the current concept of normativity.

Words Key: *Law, Custom, Right, Plural, Legal, Parity.*

52 Wilson Carlos Mucapola, Docente da FDULAN, Advogado, e Mestrando em Ciências Jurídico Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto. Email: wilsonmucapola@gmail.com

Introdução

Falar de pluralismo jurídico em Angola implica o enfrentamento de uma temática maior, que tem a ver com a forma como o Estado angolano está estruturado. Embora o Estado se declare, constitucionalmente, Democrático de Direito, há suficientes indícios a lhe negar essa condição. Dito de outro modo, um Estado tanto mais conviverá lado a lado com as várias fontes de Direito existentes em sua nação quanto mais plural for maior é a consistência para coabitar com as várias forças normativas.

O Direito costumeiro ou direito consuetudinário, expressão latina, remota desde o surgimento do homem no planeta. Na realidade, em todas as comunidades onde existiram homens, esteve presente o costume. Nas comunidades primitivas, os crimes de adultério, de blasfêmia, de furtos, de homicídios.... Eram punidos de acordo ao costume, sem leis escritas que ditassem as penas a aplicar, e por essa razão, as penas diferiam em função dos hábitos e costumes de cada povo. Essa diferenças se registam até aos dias de hoje.⁵³

A sociedade constitui-se produzindo normas costumeiras. Daí a antiguidade do costume. Direito primitivo é direito costumeiro. Ao se organizar em estado, a sociedade passa a produzir normas jurisprudenciais e legais. Podemos então dizer que as normas costumeiras são produzidas pela sociedade; a jurisprudência e a lei, pelo estado.

O costume, ligado à lei e à jurisprudência, é fonte do Direito. Historicamente, o costume precedeu a jurisprudência e esta a lei, como hoje a entendemos, isto é, como norma geral e abstracta, emitida pelo estado. Numa ordenação de importância decrescente, as leis, hoje, sobrepõem à jurisprudência e esta, ao costume.

A doutrina romana – germânica continua a designar o Ordenamento jurídico Ancestral dos Povos sem escrita como sendo Direito Costumeiro, ou seja, Direito que vem do costume, do mesmo modo que foi baptizado há séculos atrás por Roma, quando o designou de Direito Consuetudinário que vem da expressão Consuetudinário – que quer dizer costume em latim.⁵⁴

O costume foi sempre entendido na doutrina jurídica, como a prática reiterada com convicção de obrigatoriedade. Ou pratica reiterada, uniforme e constante com convicção de obrigatoriedade.⁵⁵ O costume é a prática habitualmente seguida, desde os tempos imemoriais por todo o povo, por parte dele, ou por determinada instituição, ao

⁵³ Manual da 3ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos «Cultura com Justiça, Direitos para todos, 2013., P. 19

⁵⁴ Idem

⁵⁵ FEIJÓ, Carlos. PACA, Cremildo, Direito Administrativo, Almedina 2017, 6ª Edição.p.62

adoptar certos comportamentos sociais na convicção de que são impostos ou permitidos pelo direito. O Direito costumeiro é definido como um conjunto de normas sociais tradicionais criadas espontaneamente pelo povo, não escrita e não modificadas.

O costume nasce e forja a sua legitimidade no seio das comunidades, como modo e organização social que respeita questões divinas e o temor aos ancestrais, tendo em conta aspectos mágicos religiosos reinantes nessas comunidades.

1. Caracterização do Costume

O costume é um comportamento ou prática que se repete no tempo, um hábito duradouro, praticado espontaneamente, com convicção de obrigatoriedade. Nas comunidades rurais, desde os tempos primitivos que o costume vem formando Direito. É frequente verificar-se no meio rural angolano, ao longo dos anos, a transmissão aos mais novos, através dos Sobas e demais anciãos, de práticas e hábitos que vão pautando a conduta do homem dentro da comunidade.

O costume é, assim, enquadrado como um dos tipos de acção social, diferindo desta forma dos usos e da própria convenção. Segundo Max Weber, o costume, na sua acepção primária, significará uma regra não externamente garantida, a que o agente de facto se atém livremente, quer apenas de modo inconsiderado, quer por comodidade, ou quaisquer outros motivos, e cuja observância possível pode, em virtude de tais motivos, esperar de outros indivíduos que pertencem ao mesmo círculo.⁵⁶

Acresce que a estabilidade do simples costume baseia-se essencialmente no facto de que quem por ele não orienta a sua acção age de modo desajustado, e deve, por essa razão, aceitar de antemão pequenas e grandes incomodidades e inconvenientes enquanto a acção da maioria pertencente ao seu meio ambiente contar com a subsistência do costume e a ele se ajustar.⁵⁷

O carácter coercivo desta classe de costume encontra o seu fundamento sobretudo nas próprias relações sociais na medida em que quem depende do apoio no seu círculo de amigos faz por isso bem em submeter-se às suas normas, e o mesmo se dirá do indivíduo que transgride, deverá contar com as consequências da sua conduta. Portanto, a fonte do poder coercivo de todas as normas sociais e do Direito decorre dentro da acção da Ética,

⁵⁶ WEBER, Max, *Conceitos Sociológicos Fundamentais*, tradução de Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 2015, pp.52-53.

⁵⁷ *Ibidem*, p.54.

além da observância externa de preceitos, dos costumes, da religião, da honra, do decoro, do bom-tom, da moda.⁵⁸

Destarte, Freitas do Amaral define o costume como “a prática habitualmente seguida, desde os tempos imemoriais, por todo o povo, por parte dele, ou por determinadas instituições, ao adoptar certos comportamentos sociais na convicção de que são impostos ou permitidos pelo Direito”.⁵⁹

Assim, o costume em Angola e na maior parte dos países africanos está presente no *modus vivendi* das populações e deve ser visto e adoptado dentro da ordem jurídica vigente em cada país.

1.1 Requisitos do Costume

Para que haja costume como fonte de direito, é fundamental a presença de dois elementos característicos: o *corpus* e o *animus*. Além destes dois elementos, alguns autores apresentam um terceiro que é a duração.

O *corpus*, consuetudo (elemento objetivo), caracteriza-se pela prática reiterada, a prática habitualmente seguida; já o *animus* (elemento subjetivo) é a convicção, por parte de quem adopta um costume, de que esta prática reiterada lhe seja imposta, ou permitida pelo direito;⁶⁰ trata-se da *opinio juris vel necessitatis* da tradição romana, traduzindo-se assim num elemento essencial do *facto consuetudinário*, pois os actos constitutivos têm de ser praticados com a convicção de que devem sê-lo.

Quanto ao terceiro elemento, a duração, em que se exige um período de tempo mínimo necessário para a conversão de determinada prática em costume como fonte de direito. Ora, se regressarmos à noção trazida por Freitas do Amaral, constata-se que, na opinião deste autor, para que o costume se eleve como fonte de direito, o mesmo tem de durar desde tempos imemoriais.

Ou seja, desta forma, os homens vivos em determinado momento já não conseguem recordar-se quando teve início a prática habitual.⁶¹ Daí que a duração

⁵⁸ ZIPPELIUS, Reinhold, *Sociologia do Direito e do Estado. Noções Fundamentais*, tradução de António Franco e António Francisco de Sousa, São Paulo: Editora Saraiva, 2016, pp.101-102.

⁵⁹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução ao Direito, Vol.I*, Coimbra: Almedina, 2004, p.373

⁶⁰ Manual da 3ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos «Cultura com Justiça, Direitos para todos, 2013., p. 6

⁶¹ AMARAL, Diogo Freitas do, *op. cit.*, p.373.

enquanto período de tempo mínimo necessário para que o costume se torne fonte de direito não nos pareça um elemento essencial.

Na ordem jurídica plural angolana, um aspeto típico do costume, trata-se do seu aspeto espiritual e mágico-religioso que está ligado ao temor da sanção divina e do poder dos seus ancestrais, entidades em cuja existência a população rural crê bastante, e daí o acatamento pleno do seu poder influenciador. Este é o elemento essencial que conduz à obrigatoriedade das normas costumeiras nas comunidades político-tradicionais do país.

São apresentadas na doutrina, algumas espécies de costume. Assim temos costumes internacionais, constitucionais, administrativos, civis, penais, entre outros. Já no que tange ao âmbito territorial, podem existir costumes internacionais, nacionais, regionais, locais e institucionais.

No quadro da sua relação com a lei, são designados os costumes *secundum legem*, quando estão conforme a lei; os costumes *praeter legem*, que dispõem sobre matérias não reguladas por lei, servindo, neste caso, como método de integração de lacunas; e os costumes *contra legem* que se caracterizam por práticas consuetudinárias opostas ao estipulado na lei.⁶²

Importa observar, sem desprimor por esta categorização lógico-descritiva e doutrinária do costume em relação à lei, que a mesma, parece-nos, tende mais para uma perspetiva positivista do Direito (sobretudo, legalista).

É que não podemos perder de vista o carácter de oralidade da fonte consuetudinária, que, ainda assim, não deixa de possuir os seus traços de juridicidade, bem como a posição equiparada do costume em relação à lei, que viria a ser consagrada pela Constituição. Logo, teríamos, como Carlos Feijó entendeu classificar, os costumes *secundum juris* e os costumes *contra juris*, ou seja, pela natureza das coisas não se poderia considerar um costume *praeter juris*.⁶³

O Direito costumeiro, o qual, é exercido pelas Instituições Tradicionais (Regedorias e Sobados), devidamente, estruturadas e com base nos modelos ancestrais, se reveste de extrema importância na vida dos distintos povos, porque as sociedades são compostas por uma heterogeneidade de pessoas e muitas delas se identificam com o Direito costumeiro.

⁶² Ibidem, p.376.

⁶³ FEIJÓ, Carlos, *A Coexistência Normativa entre o Estado e Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana*, Coimbra: Almedina, 2012, p.75.

Esta identidade, leva a definir políticas de protecção, que garantam o exercício livre do Poder tradicional, dentro dos parâmetros legais.

O facto de as autoridades tradicionais serem representantes de uma grande parte da população, a sua aceitação no contexto jurídico das nações, é relevante, porque contribui, sobremaneira, na garantia da segurança do país e não só mas também na identidade religiosa e cultural.

Da breve incursão efectuada, depreendemos que, diferentemente, do que afirmam alguns estudiosos de Direito e não só, que o consideram como espécie jurídica em extinção, está presente em nossas relações jurídicas, muito mais do que por vezes podemos imaginar. É bem verdade que a maioria das normas consuetudinárias foi absorvida pelo direito escrito; mas o Direito costumeiro, conforme o afirma Diniz (2005, p. 304): “o costume continua sendo elemento importante e, algumas vezes, até insubstituível pela lei”.

2. Do Direito Costumeiro Ao Direito Positivo

Há uma longa trajectória do Direito consuetudinário ao Direito comum. O desenvolvimento político europeu foi excepcional porque as sociedades europeias abandonaram desde cedo o nível de organização tribal sem que um poder político o tivesse imposto a partir de cima. O crescimento do poder e da legitimidade dos Estados europeus garantiam a justiça, mas não necessariamente o Direito. O Direito estava enraizado na religião ou nos costumes das tribos e de outras comunidades locais.

Apesar da absorção de muitas das normas do Direito consuetudinário pelo Direito positivo, este não é apenas uma versão formalizada e escrita do primeiro. Dá-se uma grande transformação no significado do Direito quando as sociedades fazem a sua transição de formas de organização de nível tribal para forma de organização de nível estatal.

Nas sociedades tribais, a justiça entre indivíduos é um pouco como as relações internacionais contemporâneas, baseadas na entreatura de grupos rivais num mundo onde não existe nenhuma terceira parte incumbida de aplicar as regras. As sociedades estatais, pelo contrário, são diferentes, precisamente, porque existe essa terceira parte, que é o próprio Estado.

Vejamos o seguinte exemplo: Na Inglaterra, após a queda do Império Romano, a sociedade estava composta por vários grupos de anglos, saxões ocidentais, jutos, celtas e outros. Não existia Estado. A erosão da lei tribal anglo-saxónica, foi gradual. A primeira compilação do Direito tribal, foram as leis de Ethelbert, por volta do ano 600. Esse exemplo,

ilustra a situação da Europa na manutenção do costume, até ao surgimento do direito positivo.⁶⁴

O Direito Positivo em vigor no ocidente (com destaque para o de Portugal) e que Angola adopta, vem todo ele do Direito Romano. Este por sua vez foi escrito a partir do Direito costumeiro. Segundo fontes históricas, entre os anos 451-449 a.C., Roma afixou e mandou que vigorasse a lei das XII tábuas (Lei que deu origem ao Direito Romano).⁶⁵

Esta lei, foi na realidade a redução a escrito do Costume-Padrão, do Costume Regra, do Costume- Mãe, dos povos. A divulgação dessa lei foi, portanto, a aplicação prática do Direito costumeiro, Direito que prevalece até aos dias de hoje nas sociedades e que nem campanhas militares, tampouco o colonialismo no caso de África, conseguiram extinguir. O mesmo se pode dizer do código de Hamurábi, que foi uma compilação dos costumes em nosso entender, ressalvo desde logo a melhor opinião. Pós não tencionamos arrogar-nos como o mais estudioso nessa matéria, e como se trata de um simples artigo, precisa-se ainda de estudos profundos a respeito.

2.1 Fundamentação Doutrinária do Costume

Para definirmos o que é o Direito costumeiro, é necessário partir da sua essência e ter em conta o seu objecto. Importa antes de tudo definir costume. Costume, do latim consuetudo, significa tudo o que se estabelece por força do hábito ou do uso.

Embora há tendência de fazer distinção entre uso e costume, tecnicamente, revelam-se equivalentes. Juridicamente, costume vem mostrar o princípio ou a regra não escrita que se introduziu pelo uso, com o consentimento tácito de todas as pessoas que admitiram a sua força como norma a seguir na prática de determinados actos. Partindo dessa definição, se pode afirmar que o costume tem força de lei (consuetudo porem vim habet cum lege). E, em tal circunstância, é compreendido como a lei que o uso estabeleceu, e que se conserva, sem ser escrita, por uma longa tradição.

Para que o costume seja admitido como regra, e, nesta condição possa ingressar no Direito costumeiro, é indispensável que se tenha fundado em uso geral e prolongado, havendo a presunção de que o consenso geral a aprovou. Sendo assim, são seus requisitos:⁶⁶

64 Idem

65 Ibidem

66 Manual da 3ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos «Cultura com Justiça, Direitos para todos, 2013., P. 20

- a) Consistir em factos repetidos, de modo uniforme, por longo tempo;*
- b) Prática generalizada e pública;*
- c) Serem factos lícitos e não contrários e não contrários à lei nem à ordem pública.*

Doutrinariamente, é comum designar o costume jurídico, como sendo, fonte formal e directa do Direito positivo, pois conforme alguns entendimentos ligados, o costume jurídico, tem a capacidade de inovar o Ordenamento jurídico.

O Direito costumeiro, é, pois, o conjunto de normas de conduta social, criadas espontaneamente pelo povo, através do uso reiterado, uniforme e que gera a certeza de obrigatoriedade, reconhecidas e impostas pelo estado.

O costume é o tácito consenso do povo, repetido por longo uso. Nesta óptica, Direito costumeiro é o Direito que surge dos costumes de uma certa sociedade, não passando por processo formal de criação de leis, onde um poder legislativo cria leis, emendas constitucionais, medidas provisórias, etc.

No Direito costumeiro, as leis não precisam, necessariamente, estar num papel ou serem sancionadas ou promulgadas. O costume é de produção lenta, local e de difícil constatação. Ao se organizar em Estado, a sociedade o constitui como um sistema de produção de normas jurídicas.

Produzem-se, então, normas legais e jurisprudenciais, com maior rapidez, eficiência e racionalidade, que constituem emergências do sistema. A lei, pode ser editada, rapidamente, sua existência pode ser facilmente determinada e sua vigência se pode estender sobre imensos territórios, regendo a conduta de indivíduos que, distantes uns dos outros, jamais poderiam gerar costumes comuns a todos.

A sociedade continua a produzir normas costumeiras, mas estas perdem quase toda a sua importância. O que releva, quase sempre, são as normas produzidas pelo estado através dos seus três poderes: O Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O Direito positivo é o Direito escrito, gravado, codificado. As leis são escritas e aplicadas e, comparativamente, ao Direito costumeiro, é a melhor forma de assegurar as

garantias constitucionais. Podemos concluir que o Direito positivo, é a ordem jurídica obrigatória em determinado lugar e tempo.⁶⁷

Com isso, podemos considerar que o Direito positivo, é um sistema normativo que se fundamenta no costume e cujas disposições judiciais se vão conformando, de acordo com a prática constante do comportamento e conduta de um grupo social determinado, no pleito normativo.

No passado, a influência do Direito costumeiro na ordem jurídica era mais visível, já que o costumeiro, era, praticamente, a única forma de expressão do Direito. No nosso país essa visibilidade é hoje variável de região a região, sendo que em algumas é mais acentuada e noutras não. O respeito devido às Instituições Tradicionais, difere em função das comunidades, e nas zonas urbanas, a nova geração de adolescentes e jovens, pouco ou nada sabe sobre o costume.

O costume é uma prática gerada, naturalmente, pelas forças sociais. O Direito se movimenta em virtude de um fim que se pretende realizar. Nader dizia que: “a Lei é Direito que aspira à validade” e “Diante de uma situação concreta, não definida por qualquer norma vigente, as partes envolvidas, com base no bom senso e no sentido natural de justiça, adoptam uma solução que, por ser racional e acorde um bem comum, vai servir de modelo para casos semelhantes. Essa pluralidade de casos, na secessão do tempo, cria a norma costumeira”.

O hábito é aquilo que nos induz a repetir um acto pela forma já conhecida e experimentada. A imitação consiste na tendência, natural dos seres humanos, de copiar modelos adoptados que se revelem úteis. O hábito e a imitação, são forças psicológicas que concorrem para a formação dos costumes.

3.Pluralismo Jurídico

Para a teoria pluralista o ordenamento jurídico compreende um conjunto variado de fontes do direito, a lei não goza de nenhum monopólio.⁶⁸ Na verdade só considerado o costume como uma norma ou seja tendo em mente a juridicidade do costume, se pode explicar uma realidade pré e extra-estadual como é o direito consuetudinário angolano.

⁶⁷ Ibidem

⁶⁸ CASTANHEIRA, Neves, a Teoria Pluralista das Fontes de Direito. Vol. Coimbra Editora, 1995. P. 47

As normas costumeiras não têm no Estado a centralidade no processo da sua formação, podendo ou não estar positivada. No pensamento do Professor Freitas do Amaral, encontramos os seguintes fundamentos:

- a) *A juridicidade do costume enquanto uma norma nos períodos históricos em que não havia Estado, como nos territórios até onde os órgãos e aparelhos do Estado não chegaram ainda, só pode ser explicada por uma teoria pluralista das fontes do direito.*⁶⁹
- b) *Mesmo quando há Estado e a acção deste é eficaz e chega a todo o território, o costume tem uma autenticidade social a todo o território, pois congrega uma autenticidade tão social tão grande, tão genuína, tão forte, que a sua legitimidade e autoridade provêm do povo, que o pratica e não do Estado. Por isso o costume tem força própria e não delegada pela lei do Estado.*⁷⁰

O Professor Carlos Feijó, assevera que, ao nível infra-estatal, entretanto, não se pode ignorar esses diversos contextos sob pena de descurar que a justiça é sempre local, que existem vários estados no Estado angolano. É, pois, em resultado da coexistência, nem sempre pacífica, nem sempre coerente, nem sempre verdadeiramente conflitual, ainda que com a potencialidade para a conflituosidade cada vez mais complexa, que nasce a questão da admissibilidade normativa de um pluralismo jurídico das diversas fontes de legitimidade normativa e respectivos aparelhos organizativos.⁷¹

O pluralismo jurídico é aqui considerado como uma ferramenta de análise para a compreensão do quadro de convivência normativa (direitos oficiais do Estado e direitos oficiosos ou ocultos das autoridades tradicionais, conforme mobilizados abaixo por Norbert Rouland), visando fins maiores: a implementação de um verdadeiro movimento participativo e democrático que deve se dar, dentre outras formas, a partir da autonomia do poder local.

Ele surge, assim, da possibilidade de tensão normativa e de opções alternativas de aplicação da norma a casos concretos. Por essa razão, o pluralismo é tido como expressão e fonte, simultaneamente, de uma sociedade aberta, heterogênea de interesses e tolerante às diferenças, encontrando no dissenso, enquanto manifestação de uma cultura de reconhecimento e valorização da diversidade e do contraditório, a sua essência (FEIJÓ,

⁶⁹FEIJÓ, Carlos. PACA, Cremildo, Direito Administrativo, Almedina 2017, 6ª Edição.p.64

⁷⁰ Ibidem

⁷¹ FEIJÓ, Carlos, A Coexistência Normativa entre o Estado e Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana, Coimbra: Almedina, 2012, p.77.

2012: 388). Uma tal ordem jurídica plural pode, como sustenta N'Gunu Tiny (apud FEIJÓ, 2012: 116-117), caracterizar-se pelos seguintes elementos-chave:⁷²

1º) Existência de relações não hierárquicas entre as ordens coexistentes;

2º) A ordem plural é uma tal ordem jurídica plural pode, como sustenta N'Gunu Tiny (apud FEIJÓ, 2012: 116-117), caracterizar-se pelos seguintes elementos-chave:

1º) Existência de relações não hierárquicas entre as ordens coexistentes;

2º) A ordem plural é uma ordem de interação das ordens coexistentes;

3º) Em caso de conflito, a solução passa pela conjugação (isto é, um mútuo ajustamento, através de um processo de acomodação) e não pela exclusão;

4º) As ordens coexistentes devem convergir para dinâmicas de interação;

5º) O reconhecimento deve ser compatível com os valores democráticos e não um "cheque em branco";

6º) A conformidade de um determinado facto com o seu sistema original não o invalida em caso de desconformidade vis-à-vis a outra ordem coexistente, quando muito poderá determinar o seu afastamento, não tutela ou inadmissibilidade;

7º) Os conflitos decorrentes da relação de coexistência pluralista são inevitáveis, dado que concorrem para uma multiplicidade de valores fundamentais que requerem soluções ou tratamentos diferentes e, muitas vezes, em tensão conflitual;

8º) Trata-se de um processo aberto, que varia no tempo e em função das sociedades que o origina. O pluralismo jurídico é parte integrante do pluralismo social.

3.1 O Grau de Paridade entre a Lei e o Costume na Ordem Jurídica Plural Angolana

⁷² Idem

A paridade entre a lei e o costume, com direito infraconstitucional, suscita o problema do chamado costume contra legem. De facto, para a teoria clássica das fontes do direito, costume contra legem é ilegal e nulo.⁷³

Numa concepção pluralista, a lei não tem, de todo, poderes para declarar um costume como contra como contra legem, nem o costume, o tem em relação a lei.⁷⁴ Entre a lei e o costume podem surgir conflitos de normas, pelo que há que encontrar critérios jurídicos para resolver tais conflitos. O que não pressupõe dizer que há relação vertical no sentido de a lei estar acima do costume ou vice-versa, mas uma relação de paridade. Pensar de outro modo seria reduzir o costume à lei, o que os realismos jurídicos e sociais rejeitariam.

4. Critérios de Resolução de Conflitos entre a Lei e o Costume

Colocado o problema nestes termos, importa referir os critérios que podem presidir à resolução de conflitos de norma legais e costumeiras. Partilhamos dos critérios que, com base numa nova interpretação do artigo 348.º do CC, foram enunciados inicialmente por José Dias Marques, depois adoptados e ampliados por Freitas do Amaral,⁷⁵ a saber:

Se o Costume contra legem conseguir alcançar o resultado de fazer cair a norma legal em desuso, esta tem-se por caducada, e é o costume que prevalece⁷⁶

. Se a Lei remeter para o costume, ou este remeter para aquela, prevalece a fonte em favor da qual for efectuada a remissão⁷⁷

Se a Lei ou o Costume forem ilegítimos por violação de uma norma superior seja ela constitucional ou internacional (aceites nos termos do artigo 13.º da CRA), prevalece a fonte não afectada de ilegitimidade⁷⁸

73 FEIJÓ, Carlos. PACA, Cremildo, Direito Administrativo, Almedina 2017, 6ª Edição.p.68

74 Ibidem

75 FREITAS, DO Amaral, Manual de Direito Administrativo ... op. Cit. p. 388.

76 FEIJÓ, Carlos. PACA, Cremildo, Direito Administrativo, Almedina 2017, 6ª Edição.p.69

77 Idem

78 Ibidem

Se o Costume e a lei originarem duas normas jurídicas semelhantes na previsão de uma dada situação, terá preferência aquela que melhor se ajustar às circunstâncias específicas do caso concreto⁷⁹

Se uma das duas aplicáveis for uma norma geral e a outra e a outra for uma norma especial, prevalece a fonte criadora da norma especial⁸⁰

Se uma das normas for geral ou especial e outra for excepcional (mas legítima), prevalece a fonte criadora de norma excepcional.⁸¹

Em caso de identidade de situações, tipos e circunstâncias, deve prevalecer a fonte criadora da norma que se revelar capaz de proporcionar uma solução mais justa do caso concreto em apreciação (prevalência, em último termo, do valor justiça sobre os demais valores jurídicos).

5.Reconhecimento e Validade do Costume na CRA/2010

O art.7º da CRA, reconhece a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana. O reconhecimento do costume e, conseqüentemente, das autoridades tradicionais enquanto sujeitos que emprestam vida aos costumes e tradições é, de um lado, declaratório, pois não afecta a configuração ontológica do ente reconhecido e, por outro, constitutivo, porquanto resulta da reconfiguração qualitativa e ex novo das autoridades tradicionais, qualificando-as como um ente jurídico-público (FEIJÓ, 2013: 394-395).

A constituição confere ao institucionalismo tradicional a sua fonte normativa, o costume, e as suas instituições de poder, as autoridades tradicionais um lugar de dignidade dentro de um pluralismo normativo já vigente ao nível da lei ordinária de forma assistemática e esparsa. Ou seja, a nosso ver, o Estado, através da constituição, confirmou e conferiu a estabilidade normativa a realidade normativa antropológico-sociológica das comunidades tradicionais, das suas fontes de direito das suas lideranças e demais instituições.

Assim, de acordo com a Constituição, o costume e a lei ficam em pé de igualdade: nenhum é superior ao outro; ambos devem subordinação à Constituição e à dignidade da pessoa humana. Dentre as várias implicações e conseqüências da paridade entre lei e costume, destacam-se as de conflitos de normas, por exemplo, os suscitados pelos

⁷⁹ FEIJÓ, Carlos. PACA, Cremildo, Direito Administrativo... op. Cit.

⁸⁰ Idem

⁸¹ Ibidem

costumes contra legem, completamente normal em contextos sociais e jurídicos de pluralidade como é o caso de Angola.

Cabe, pois, o emprego de meios e mecanismos de se chegar a soluções fundamentadas, numa perspectiva plural, que se harmonizem com a ordem jurídica vigente, sem desmerecer o costume enquanto realidade sociológico- antropológica anterior ao Estado e ao Direito.

De outra parte, em face da equiparação de status normativo entre o costume e a lei, há que se atentar também para a situação da lei que ofende o costume. Aliás, a partir de uma perspectiva pluralista, nada impede que uma lei seja considerada “contra costume”, caso ela tenha como propósito, velado ou expresso, subjugar, modificar ou extinguir o costume. Nesse sentido, é a própria Constituição que ordena que os poderes públicos e privados respeitem os valores e normas consuetudinárias “que não sejam conflitantes com a Constituição nem com a dignidade da pessoa humana” (FEIJÓ, 2012: 401).

O segundo critério para a validade do costume, a dignidade da pessoa humana, é o fundamento de qualquer Estado moderno, de modo que ela se encontra na base e no ápice de qualquer ordem jurídica, de qualquer acção política e de qualquer medida socio econômica que o Estado venha a empreender.

Não se trata mais do império do Estado em favor do Estado, mas, antes e acima de tudo, do império da pessoa humana e de sua dignidade, decorrentes da sua simples pertença à humanidade. A dignidade da pessoa humana, na lição de Gomes Canotilho, significa o reconhecimento do homo noumenon, isto é, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.

Nesse sentido, a República é uma organização política que serve o cidadão e não o contrário. Ademais, ressalta Canotilho, a dignidade da pessoa humana exprime a ideia de comunidade constitucional inclusiva, pautada pelo multiculturalismo mundividência, religioso ou filosófico, o contrário de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos (CANOTILHO, 1998: 219).

Neste sentido, a Constituição e a Dignidade Humana passam a ser limites para a actuação das demais ordens jurídicas existentes no espaço territorial, porém, como se viu, segundo a CRA, o costume e a lei se encontram no mesmo patamar hierárquico. Assim, se a lei não é hierarquicamente superior ao costume e este, de seu turno, não é inferior à lei, não faz sentido que um deles faça controle de validade e legitimidade do outro, senão que ambos em igual medida façam controle um do outro.

Por isso mesmo, notam-se as tensões entre as diversas ordens jurídicas, entre aquilo que o Estado quer, impõe a todos e aquilo que é o *modus operandi* das comunidades locais, seus valores e costumes, bem como a forma como estas lidam com os conflitos sociais e comunitários. Visivelmente em contradição flagrante com as imposições do Estado, já que elas se constituem fontes jurídicas diversas da do Estado.

Impõe-se, nesse contexto, considerar a colisão entre duas perspectivas diversas de direitos, procurando não “fazer injustiça” mediante a imposição de uma, a da ordem dos mais fortes, à outra, a da ordem dos mais fracos. De um lado está o direito à autonomia coletiva, do outro o direito à autonomia individual (NEVES, 2012: 226).

Daí, a busca de “pontes de transição” ser fundamental. O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (solução de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos se submetem ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a “conversação” constitucional [e entre as ordens oficiais e ocultas] é indispensável (NEVES, 2012: 128-129).

5.1 Relevância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Costume em Angola

A constituição abreviadamente designada por CRA, consagra um conjunto de direitos e liberdades fundamentais, certificando, desse modo, o Estado Democrático de Direito, fundado na soberania popular, baseado na dignidade da pessoa humana, na democracia representativa, pluralista e participativa, que proclama nos seus artigos 1.º e 2.º.

Enquanto norma supra-ordenadora, a CRA confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, inspirando-se na unidade da dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa humana o fundamento e o fim da sociedade e do Estado.⁸²

Neste sentido, as normas de qualquer sistema jurídico que se funde no respeito pela pessoa humana – ou que vise garantir as condições necessárias para que o ser humano desenvolva a sua personalidade devem permitir aos membros da sua comunidade (seja ela

⁸² MIRANDA, Jorge, A Dignidade da Pessoa Humana e Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais, MIRANDA, Jorge e MARQUES DA SILVA, Marco António (Coords.), Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, Quatier Ltin, São Paulo, 2008, p.169.

mais simples ou complexa, soberana ou tutelada) realizar uma ordem jurídica justa, sem prejudicar os outros e atribuindo a cada um deles o que é seu.⁸³

A sujeição e limitação do Estado pelo Direito só existem quando o poder político é limitado, visando a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana, em resultado de a pessoa humana ser, ao mesmo tempo, o fundamento e o fim da sociedade e do próprio Estado, sendo que, a dignidade da pessoa humana, em resultado de a pessoa humana ser, ao mesmo tempo, o fundamento e o fim da sociedade e do próprio Estado, sendo que a dignidade da pessoa é fonte ética dos direitos (tanto políticos, como sociais, económicos e culturais), liberdades e garantias individuais. Em síntese: a dignidade humana confere unidade e valor axiológico ao sistema jurídico.⁸⁴

O sentido do Estado baseado na dignidade da pessoa humana significa o reconhecimento *homo neumenon*, ou seja, do individuo como limite e fundamento do poder político da república. Neste sentido, a república é uma organização política que serve o individuo, e não o individuo que serve os aparelhos políticos organizatórios (centrais ou locais).

O reconhecimento do costume operado pelo artigo 7.º da CRA, pode quer do ponto de vista implícito ou explícito ser desconsiderado e, ser afastado quando tal costume configure uma violação (directa ou indirecta) da dignidade humana e constitua um crime. Ou seja, na circunstância de um caso concreto, quando a aplicação de uma dada norma consuetudinária:

- a) *Viola a dignidade da Pessoa Humana;*
- b) *Aplicação do Costume pode configurar um crime.*

6.Relevância Criminal do Costume na Jurisprudência

A conflitualidade latente da dinâmica plural pode, pois, relevar-se tanto no âmbito de política e opções legislativas como no domínio da aplicação do direito positivo vigente. Antes e avançarmos na análise, vejamos como os tribunais têm lidado com a temática.

Num acórdão de 2008- Acórdão do Tribunal Supremo (proc. n.º 79), vulgarmente conhecido como o processo kumutukuleno- em que estavam em julgamento factos de natureza criminal, algumas autoridades tradicionais interpuseram recurso da pena de

83 CUNHA, Paulo Ferreira da, Direito Constitucional Anotado, Quid Juris-Sociedade Editora, Lisboa, 2008, pp. 20-21.

84 Idem.

prisão a que tinham sido condenadas em primeira instância, por terem sido consideradas mandantes (autores morais) de homicídio de um indivíduo acusado pelos populares da prática de feitiçaria (o kumutukuleno).

O Tribunal Supremo julgou o costume- neste caso, a crença arraigada no feiticismo – uma causa de atenuação especial do crime e da culpa em função do especial valor dessas circunstâncias atenuantes: no entender daquele órgão superior jurisdicional, este benefício resulta do princípio de que a crença arraigada no feitiço limita a capacidade de interpretação e compreensão de determinados factos e fenómenos, não sendo razoável exigir do a gente outro alcance.

Mais recentemente, o Tribunal Provincial do Huambo (Ac. Proc. n.º 195/2019), em que os arguidos também vinham acusados de terem exercido a justiça consuetudinária sobre um agente por eles acusado de prática de feitiçaria – condenou dois dos arguidos por homicídio preterintencional, fundamentando que a conduta dos arguidos (Rei do Bailundo), merecia censura, uma vez que tinham consciência dos efeitos que a tortura teria sobre os acusados de feiticismo, considerando assim que ambos agiram com dolo, e não considerou que o ao acaso sobreviessem causas de exclusão de ilicitude.

6.1 Âmbito Penal

No âmbito penal, do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem as liberdades e garantias do cidadão em processo criminal, consagradas nos artigos 59.º a 68.º da CRA: respectivamente versando sobre a proibição da pena de morte; proibição de tortura e de tratamentos degradantes, irreversibilidades das amnistias; direitos dos detidos e presos; privação da liberdade; aplicação da lei criminal; limites da penas e das medidas de segurança e garantias do processo criminal⁸⁵

7.0 Costume e o Direito Internacional

O costume deve se rever no direito internacional. Ele destaca-se como fonte relevante do Direito internacional. O costume internacional, como Direito civil, responde espontaneamente às necessidades contraditórias da sociedade dos povos. Segundo Friedrich Carl Von SAVIGNY (1814): "Todo direito se forma da maneira que o uso corrente não de todo apropriado qualifica de costumeira, ou seja, é produzido primeiro pelos usos

⁸⁵ Dentre os direitos fundamentais de garantias de processo, destacam-se o direito de assistência por advogado e o direito de recurso consagrados respectivamente, nos n.ºs 5 e 6 do artigo 67.º.

e pelas convicções do povo, depois pela jurisprudência, e o é, pelas forças internas, silenciosas, não de modo arbitrário, por um legislador.⁸⁶

Este estado de facto somente foi estabelecido até aqui historicamente; a análise mostrará se deve ser cultivado e desejado". Podemos anuir que o costume internacional teve e tem sua importância primordial no surgimento e desenvolvimento de novos conteúdos que se manifestam no contexto internacional. Portanto, quando se pensa no sistema consuetudinário de formação de normas internacionais, devemos pensar menos no moderno processo legal e mais nos meios das sociedades domésticas costumeiras, que existiram em toda parte, no passado, mas sobrevivem hoje, na maior parte, em razão da tolerância dos Estados.

Talvez deixar aqui a discussão em aberto se o costume internacional, deve ser aceite nos termos do disposto no artigo 13.º da CRA, que conforme a inclusão das normas internacionais na ordem jurídica interna. Deixo aqui, o repto para futuras abordagens a respeito.

7.1 Diferenças Entre Direito Positivo e Direito Costumeiro

A principal diferença entre lei e costume, é que a lei é escrita e o costume é oral, mas a fonte e o conteúdo são os mesmos. O autor da lei é o poder legislativo enquanto do costume é o povo. A lei se apresenta na forma escrita ao que o costume na forma oral. Quando o costume passa a ser codificado, deixará de sê-lo, e será convertido em lei escrita: Quid consuetudo? Lex non scripta: Quid lex? Consuetudo script. (CUJAS APUD NADER, 2004, P 151).

A lei é criada de forma racional, por análise e reflexão, o costume é espontâneo. A lei para se tornar positiva, aspira pela efectividade, o costume, a validade; - A lei, para ser válida, precisa cumprir as formas. O costume necessita ser admitido como fonte; e - A lei é legítima ao traduzir os costumes e valores sociais. O costume é legítimo por presunção. O Direito costumeiro, é a expressão mais legítima do Direito. Entretanto, a complexidade das sociedades actuais, tornaram o seu uso exclusivo inapropriado, devido à falta de segurança jurídica que acarreta.

8. Tipos de Costume

Considerando a lei como referencial, a doutrina especifica três tipos de costumes:

1. *Costume secundum legem (segundo a lei);*

86 Idem

2. *Costume Praeter legem (fora da lei);*

3. *Costume contra legem (contra a lei).*

Muitos não admitem o costume secundum legem, porquer defendem a falta de espontaneidade e que a prática é gerada voluntariamente em decorrência da lei. Esse posicionamento deve-se ao facto desse costume estar em conformidade com o nosso ordenamento jurídico, ou seja, a prática social se encaixa à própria lei.⁸⁷

O grupo de costumes praeter legem, especifica aqueles que são aplicados, supletivamente, quando da ausência ou lacuna da lei. Não pode definir infracções penais. “Esse costume é invocado, quando não se puder empregar a argumentação analógica, nas hipóteses de silêncio da lei sobre determinado assunto, procurando preencher esse hiato legal pela observância de práticas consuetudinárias”.

O costume contra legem, é a espécie que se caracteriza por divergir das normas escritas. Se é a própria lei que molda os padrões de comportamento da sociedade, influenciando a prática social, esta não é gerada de maneira espontânea, retirando uma das características do Direito costumeiro.

Temos de reconhecer, que nas sociedades actuais, nem sempre o Direito costumeiro é aplicado de forma salutar. Na tentativa de manter a sua autoridade, muitos detentores do Poder Tradicional, excedem no exercício do seu poder. Chegam a tomar decisões que muitas das vezes colocam em risco a vida e a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, está provado que muitas sentenças aplicadas à luz do Direito costumeiro e que no passado eram práticas, não se coadunam nas sociedades actuais.

Por exemplo o recurso à tortura física, o uso de bebidas fortes com o propósito de desvendar a ligação à forças ocultas, muitas vezes redundam na morte do réu. Isto, tem levado as autoridades de muitos países, a limitarem o Poder Tradicional, mas o hábito leva à desobediência de muitos.

A nosso ver, o Direito costumeiro sempre existiu e sempre existirá, mas a sua fiabilidade, dependerá da forma como ele será aplicado. O reconhecimento do Direito consuetudinário, pelos diferentes estados, é de per si uma mais-valia, que deve ser preservada.

8.1 Vantagens e Desvantagens na Aplicação do Direito Costumeiro

87 Idem

Por ser aplicado no seio de comunidades, o Direito costumeiro tem a vantagem de ser um instrumento de carácter educativo e disciplinador dos povos. Através do mesmo, baseados no costume, as autoridades tradicionais procuram e conseguem manter a ordem no seio das comunidades.

A resolução de diferendos que existam no seio das comunidades, as diferentes sanções que vão desde o pagamento de multas, chicotadas, confissão pública, trabalhos forçados e outras medidas correctivas, são determinantes para atingir os fins que se pretendam.

Entretanto, há ainda o recurso a práticas ancestrais que violam seriamente os Direitos Humanos. Por exemplo, as penas que são aplicadas aos acusados de feitiçaria (sobretudo em África), a exemplo do sucedido com o reino do Bailundo, têm levado pessoas à morte, sobretudo, quando se recorre a ingestão de um líquido que segundo os que a ele recorrem, no caso de se registar a morte do acusado, então fica provado que é feiticeiro e caso sobreviva, não o é.

Infelizmente, a maioria dos que são submetidos a este teste, acabam por morrer. Outro exemplo concreto, é a prática que ainda prevalece em certas comunidades do nosso país, em que uma adolescente chega a ser “vendida” a um adulto, detentor de posses, o que viola os direitos da mesma, porque não se pode aceitar que uma menina de 8 anos seja conquistada pelos pais do futuro esposo, pelo simples facto de possuírem laços com o pai da menina.⁸⁸

A persistência em práticas nocivas, é o que leva ao descrédito do consuetudinário. Nesses casos, começa a surgir um conflito com o Direito positivo, com as leis, pois que o direito à vida é violado. Dali que hoje, são limitados os poderes judiciais das instituições e das autoridades tradicionais. São, precisamente, essas lacunas, que dão ao Direito positivo maior credibilidade.

9.A Influência do Direito Costumeiro na Administração Pública

Antes de nos debruçarmos sobre a influência do costume na Administração Pública, importa assinalar, ainda que de forma brevíssima, que a questão da admissibilidade do costume como fonte de direito tem levantado um aceso debate doutrinário ao nível internacional e local muito por conta da sua ausência em textos de

⁸⁸ Manual da 3ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos «Cultura com Justiça, Direitos para todos, 2013., P. 26

várias constituições e na legislação ordinária de alguns países, de entre os quais Portugal é um exemplo paradigmático.

Na sua actuação os órgãos da administração pública devem se vincular ao costume,⁸⁹ daí que se recomenda que alguns procedimentos administrativos podem tramitar nas demais línguas de Angola⁹⁰, em homenagem ao costume em estrita observância ao disposto no aludido artigo 7.º da CRA.

Assim, são apresentadas duas teorias para enquadrar a influencia do fundamento jurídico do costume na estrutura macro administrativa angolana. A Teoria Estatista considera o costume juridicamente vinculativo só por vontade do Estado. Já a Teoria Pluralista considera o costume juridicamente vinculativo na medida em que é prezado pelo desígnio do povo.⁹¹

A nossa opção pela segunda teoria é bastante clara pela razão de o costume nascer autenticamente no meio da comunidade, e, por conseguinte, não necessitar de um *facere* ou *non facere* do Estado. Ademais, o regime jurídico-constitucional vigente em Angola, está direccionado no sentido de a soberania residir no povo, tendo, portanto, o costume como fonte de Direito o seu fundamento jurídico na voluntas populi.

No âmbito da ciência jurídico-administrativa, observa-se que, desde a génese do moderno Direito Administrativo cujo o seu estudo assenta na administração pública, cujo as fontes deste ramo do direito centravam-se em lei, regulamento, acto, contrato e costume.

Todavia, essa perspectiva tradicional das fontes de Direito Administrativo deve ser actualizada em função das exigências impostas pelo mundo do Direito nos dias hodiernos,⁹² sendo certo que, para desencadear tal processo, é forçoso conhecer a realidade social que determina o conteúdo das normas jurídicas, aquilo que Zippelius designa por "condicionamento sociológico do conteúdo do direito".⁹³

89 Nos termos do artigo 41.º n.º 1 do CPA

90 Nos termos do n.º 2 do artigo 41.º CPA

91 RODRIGUES, Adilson, Reflexões Sobre a Influência do Direito Costumeiro no Direito Administrativo Angolano à Luz da Constituição da República de Angola de 2010. p. 6. 2018.

92 SOUSA, António Francisco de Administração Pública e Direito Administrativo. Novos Paradigmas, Porto: Vida Económica, 2016, p.98.

93 ZIPPELIUS, Reinhold, op. cit., p.114.

Resulta de tudo isso que o costume integrou sempre, desde os primórdios, a doutrina das fontes de direito administrativo, apesar do papel central que a lei sempre ocupou na prática administrativa. Este papel é reforçado pelo facto de a criação das próprias normas administrativas ter sempre um sentido centralizador, o que a torna de certa forma incompatível com a ideia de costume que tem origem local, entre as comunidades.⁹⁴

O quadro normativo reinante aos níveis central e institucional emana do direito positivo. Portanto, é líquido que, em Angola, o costume é fonte de direito administrativo, e este por sua vez tenha uma influência na administração pública, na busca pela satisfação, dos interesses tidos como colectivos, esta realidade jurídica é claramente ancorada, desde logo, pelo princípio constante do artigo 7º da Constituição que reconhece a validade e força jurídica do costume. Por conseguinte, a Administração, na sua actividade e interação com os particulares, pode, assim, observar normas de base consuetudinária.

Acresce a isto que o direito costumeiro tem o seu maior âmbito de acção na Administração Local, uma vez que vigora no seio de pequenas comunidades com interesses próprios. No n.º 2 do artigo 223.º da Constituição é mesmo escrito que todas as entidades públicas e privadas estão obrigadas a respeitar, na sua relação com as Instituições do Poder Tradicional, os valores e normas costumeiras observadas no interior das mesmas. Destarte, o costume é também fonte de direito administrativo⁹⁵ no ordenamento jurídico Angola.

9.1 O Ensino do Direito Costumeiro nas Faculdades de Direito

Enquanto uma área do direito angolano, o direito consuetudinário tem merecido pouca atenção na perspectiva da generalização e abstração do labor científico-jurídico, merecendo aqui e ali abordagens sectoriais. O que não pressupõe dizer que as questões que o mesmo suscita não mereçam a atenção na teorização interpretação e própria aplicação do direito de origem estadual, como foram exemplos os casos criminais julgados pelo supremo tribunal de justiça em 2008 (vid. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça procs. N.º 64 e 79).

Ora se o costume ou o Direito consuetudinário conseguiu encontrar o seu lugar no na pirâmide jurídica do Estado e na Constituição, não podem as escolas de direito em Angola deixar de indagar e identificar do costume nos curricula, na formação, ou ainda que

⁹⁴ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, Lições de Direito Administrativo, Vol.I, Coimbra: [s.n.], 1976, pp.312-313

⁹⁵ No mesmo sentido v. CAETANO, Marcello, Manual de Direito Administrativo, Vol. I, 10.ª Ed., Coimbra: Almedina, 1991, pp.81-82.

seja, na mera informação e incitamento ao estudo pelo jurista, do futuro interprete e aplicador do direito.

Ainda subsiste um ensino das fontes de direito muito moldado nos resquícios do positivismo jurídico e no equívoco da identificação do direito com o Estado, ou melhor dizendo o mito de que o monopólio da produção jurídica pertence ao Estado.

A determinação do espaço de intervenção do direito consuetudinário deve convocar a comunidade jurídica como um todo e em particular as escolas de direito angolanas em nosso entender, a uma reflexão sobre os modos e os efeitos práticos do costume, bem como sobre os modos de integração do direito consuetudinário no sistema de normas, não se trata apenas da produção e manifestação mas também na relevância, o âmbito, o fundamento, o limite de aplicação, e também na interpretação e integração de normas consuetudinárias. Trata-se de uma verdadeira dogmática em torno do costume.⁹⁶

Esse é o desafio do jurista e do ensino do direito: como transmitir aos investigadores do direito as ferramentas analíticas que permitam pré-compreender o costume como parte integrante do direito angolano. Ou, em outras palavras, a nosso ver, a compreensão integral do ordenamento jurídico angolano pressupõe num primeiro momento a compreensão de todas as suas dimensões, incluindo o direito consuetudinário como parte da ordem jurídica plural.

10. Importância do Direito Consuetudinário em Angola

Enquanto manifestação social, o direito consuetudinário perpassa ainda que de forma segmentada todo o território nacional, abrangendo e fazendo-se sentir mais nas populações rurais. A nosso ver a importância do direito consuetudinário é clara e evidente, se assim não fosse, não teria merecido o reconhecimento constitucional, a dignidade e os efeitos que dele decorrem.

O costume releva-se por duas razões essenciais:⁹⁷

- a) Por um lado, é um fenómeno social geograficamente difuso no país e do qual decorrem efeitos que merecem a tutela jurídica,⁹⁸*

⁹⁶ FEIJÓ, Carlos, Uma Perspectiva Continental: Direito Institucional, Liberdades Fundamentais e Costume. Almedina, 2023. p. 196

⁹⁷ Idem

⁹⁸ Ibidem

b) Por outro lado, manifesta-se em áreas do direito ou materializa-se em institutos jurídicos que organizam e se reflectem em bens essenciais. Concretamente em institutos civis como o casamento, filiação, o património, herança, ou em áreas do direito como o direito punitivo (com especial ênfase no direito a que geralmente denominamos direito penal), a administração, gestão e prestação de bens e serviços comunitários, nomeadamente e com grande relevância social, a gestão de terras comunitárias.⁹⁹

Ora, se o costume é o direito vivo, criado e aplicado nas comunidades, no novo quadro constitucional das fontes de direito deixou de assistir ao jurista a faculdade de negar conhecer, interpretar e aplicar o costume sem fundamento jurídico. Trata-se, pois, de assegurar que o primado do Estado de direito seja vivido e sentido em toda a sua plenitude por todos os cidadãos angolanos e forma a permitir a sua plena realização enquanto pessoa humana, titular de todos os direitos.

11. Razão de Ordem para Relevância do Costume na Ordem Jurídica Plural Angolana

Importa frisar que, o jurista não deve somente conhecer as manifestações do direito consuetudinário, mas sobretudo compreender os seus fundamentos, conceitos e funcionamento. Importa ajustar os quadros dogmáticos clássicos a uma realidade normativa inevitável à construção de uma sociedade plural e inclusiva.

Os operadores do direito já não devem ignorar a realidade consuetudinária estudando somente os cânones do pensamento clássico de origem romano-germânica que aprendemos nos bancos das faculdades de direito, ou que no dia a dia nos confrontamos ao ler as dezenas de diplomas que manifestam o direito de cunho estadual.

A preparação do jurista para lidar com realidades novas pressupõe uma revolução metodológica fundada no reconhecimento da necessidade de conhecimento aprofundado de realidades jurídica e socialmente relevantes e que merecem a tutela do direito. Negar esse conhecimento é, no fundo, negar o direito e amputar ao jurista o acesso a instrumentos verdadeiramente essenciais para realizar o pleno das suas funções.

Não nos arrogamos a pretensão de esgotar o pensamento sobre o direito consuetudinário. Ansiamos apenas partilhar os conhecimentos que fomos adquirindo ao longo da nossa investigação académica.

⁹⁹ FEIJÓ, Carlos, Uma Perspectiva Continental: Direito Institucional, Liberdades Fundamentais e Costume. Almedina, 2023. p. 197

12. Contributos Para uma Nova Dogmática do Costume: Programa Conteúdo e Métodos.

Tal como assevera o Professor Carlos Feijó, o contributo para a comunidade científica para o ensino académico do direito consuetudinário angolano, na esperança de que também dessa forma, depois de reconhecido o seu lugar normativo, o costume venha a ter assento renovado na formação da dogmática da nossa escola de direito.¹⁰⁰

Neste artigo, sobretudo nesta temática, estamos a propor uma nova dogmática do costume e seu lugar nas escolas é porque estamos conscientes da necessidade de um ensino dedicado ao direito consuetudinário em Angola. As escolas de direito nacionais devem abrir lugar ao ensino do direito consuetudinário enquanto parte da ordem jurídica e como elemento fundamental para a compreensão de parte importante da vida jurídica nacional.

Sem os cuidados que a reflexão académica recomenda, não nos furtamos a um exercício de aproximação e deixarmos algumas notas quanto ao programa, conteúdos e métodos a aplicar no ensino do direito consuetudinário, sem prejuízo de um maior aprofundamento sobre o tema. Nesta ordem de ideias, destacamos os seguintes elementos acima mencionados:

12.1 Programa

Assim quanto ao programa, parece-nos elementar transmitir noções claras sobre os seguintes assuntos:¹⁰¹

1.ª Parte - Noções Introdutórias

- Noção de Costume

- O conceito de Costume: Escola ocidental vs escola africana

2.ª Parte – História Normativa do Institucionalismo Tradicional

- Fonte de Direito (Costume vs Tradição)

¹⁰⁰ FEIJÓ, Carlos, Uma Perspectiva Continental: Direito Institucional, Liberdades Fundamentais e Costume. Almedina, 2023. p. 198

¹⁰¹ Idem.

- Instituições tradicionais (as instituições consuetudinárias e as instituições inventadas)¹⁰²

3.^a -- A Dogmática do Direito Consuetudinário Angolano 103

a) A fórmula de reconhecimento constitucional do Costume;

b) A natureza do reconhecimento do Costume;

c) Recolocação da Teoria das Fontes de Direito a luz de uma teoria pluralista do direito: proposta para um novo lugar do costume na teoria das fontes do direito¹⁰⁴

d) As características do Direito Consuetudinário angolano

e) Relações do costume com a lei (a exemplo do objecto de estudo do presente artigo, relativamente ao grau de paridade entre ambos numa perspectiva vertical e horizontal).

f) Interpretação e aplicação do costume

g) Conflitos e resolução de conflitos normativos

h) Caracterização do ordenamento jurídico plural angolano.

13. Conteúdos

O ensino do direito consuetudinário deve permitir ao estudante de direito a aquisição de um conhecimento teórico sólido. Assim, em primeira linha, o conhecimento de doutrina nacional e estrangeira é essencial para a formação de conhecimento profundo e de um pensamento crítico.

Apesar de não abundarem monografia e artigos jurídicos sobre o costume e o direito consuetudinário nacionais, dada a natureza não escrita do direito costumeiro, parece igualmente interessante a recolha de conteúdos não estritamente jurídicos, mas que enformam o conhecimento e o reconhecimento das fontes, manifestações e a própria terminologia dos diversos direitos consuetudinários nacionais. Torna-se útil também a

¹⁰² Ibidem

¹⁰³ FEIJÓ, Carlos, Uma Perspectiva Continental: Direito Institucional, Liberdades Fundamentais e Costume. Almedina, 2023. p. 200.

¹⁰⁴ Idem.

análise da jurisprudência nacional, bem como de casos ao nível do direito comparado dos países da região com ordenamento jus-consuetudinários.

13.1 Métodos

Como ferramentas metodológicas, parece-nos recomendável a utilização de método do pluralismo jurídico, visando abrir perspectivas de análise do direito para além do positivismo, e, o ensino do direito consuetudinário deve estar assente numa concepção de pluralidade e relações de espaço de direito numa ordem mais ampla. 105

Tal perspectiva, para além de a nosso ver explicar o fenómeno do direito nas sociedades modernas, permitem de igual modo superar as contradições de uma leitura monista, isto é, estatista do direito. De igual modo, e como decorrência do abandono do paradigma positivista, a pluridisciplinaridade será o pano de fundo de aquisição de material analítico. O conhecimento do direito consuetudinário receberá subsídio da história `a Etnografia, da Antropologia a Sociologia, passando também pela ciência política.

Conclusões

De tudo que foi dito, podemos concluir que o costume e a lei infraconstitucional encontram-se numa posição vertical, horizontal e de igualdade. Concluimos que a sociedade se constitui produzindo normas costumeiras, daí a antiguidade do costume. O Direito primitivo é o Direito costumeiro. O jus, contemporâneo da sociedade, de que se fala na assertiva *ubi societas, ibi Ius*, é, pois, Direito, *Ius Costumeiro*.

Pela análise da sua origem e aplicabilidade, podemos aferir que o costume é de produção lenta, local e de difícil constatação. Vimos que as normas legais e jurisprudenciais, podem ser produzidas com rapidez e no caso da lei, esta pode ser editada rapidamente e sua vigência pode se estender sobre todos os territórios, mas nunca gerar costumes comuns a todos.

Vimos que a sociedade continua a produzir normas costumeiras, mas estas perdem quase toda a sua importância. O que releva quase sempre, são as normas produzidas pelo estado, através dos seus três poderes (Legislativo com maior realce, o Executivo e o Judicial).

105 FEIJÓ, Carlos, Uma Perspectiva Continental: Direito Institucional, Liberdades Fundamentais e Costume. Almedina, 2023. p. 201.

O radicalismo que é hoje encontrado em certas comunidades, coloca em causa a importância e a necessidade da existência do Direito costumeiro, ainda que, tenhamos a certeza da inevitabilidade do mesmo ao longo dos séculos.

No final, concluímos que o Direito costumeiro remota das primeiras comunidades, espontaneamente, e que manter-se-á ao longo da existência humana. Entretanto, é necessário que os responsáveis pelo seu exercício, sejam capazes de situa-lo ao nível de actuação do Direito positivo. O que se pretende, é assegurar o seu protagonismo em estreita ligação ao Direito positivo.

Numa visão interna, tiramos a conclusão que na sociedade angolana o costume, não obstante, estar salvaguardado na Constituição, o seu espaço de manobra é limitado, razão pela qual, reivindica o seu verdadeiro lugar na ordem jurídica estabelecida.¹⁰⁶

A Constitucionalização do costume impõe-se de modo a que o seu reconhecimento, campo de aplicação, valor e força, sejam incontestáveis. Para que tal desiderato seja um facto, é necessário a realização de estudos e pesquisas sobre o mosaico sócio - cultural heterogéneo de Angola, o que permitirá ter uma base sustentável para incluir na Constituição da República, os assuntos que interessem para a salvaguarda do costume, e concomitantemente, dos valores culturais do povo angolano.

O estudo que foi referenciado, permitirá ter uma espécie de Constituição costumeira, não autónoma, contida na Constituição do estado, mas que asseguraria os princípios e os processos do Direito costumeiro geral.

Essa reflexão, nos leva a concluir que ao procedermos tal qual foi referenciado, estaríamos a criar as bases para um Direito positivo, puramente angolano, assente na jurisprudência e na lei, mas também recheado de aspectos que retratam a realidade histórica - social, realidade incontornável, na formatação de políticas e programas de desenvolvimento.

Com efeito o jurista do séc. XXI não deve mais ser um jurista do meio silogismo jurídico, mas um profissional que consiga apreender o pré-texto, o subtexto e o contexto para apreensão e aplicação da norma, seja ela a estadual ou a consuetudinária. Dada a variedade cultural do direito consuetudinário e as origens do nosso universo académico, seria também de considerar a possibilidade do estudo campo, o que a nosso ver enriquece de sobremaneira a apreensão teórica do ensino.

¹⁰⁶ Manual da 3ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos «Cultura com Justiça, Direitos para todos, 2013., P. 27

Recomendação

É preciso reconhecer a posição igualitária entre a lei e o costume numa perspectiva infraconstitucional, num Estado Democrático de Direito, que se apresenta ser o nosso, com o fim do monopólio do Estado de criar normas jurídicas, permitindo que se crie condições para que mais entes interestaduais operem nesta matéria.

O Direito costumeiro é definido como um conjunto de normas sociais tradicionais criadas espontaneamente pelo povo, não escrita e não modificadas.

O costume nasce e forja a sua legitimidade no seio das comunidades, como modo e organização social que respeita questões divinas e o temor aos ancestrais, tendo em conta aspectos mágicos religiosos reinantes nessas comunidades.

Bibliografia

WEBER, Max, *Conceitos Sociológicos Fundamentais*, tradução de Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 2015.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Sociologia do Direito e do Estado. Noções Fundamentais*, tradução de António Franco e António Francisco de Sousa, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução ao Direito, Vol.I*, Coimbra: Almedina, 2004.

FEIJÓ, Carlos, *colecção de estudo e pareceres: Uma Perspectiva Continental, Direito Institucional, Liberdades Fundamentais e Cotume*, Almedina, 2023.

ADOLFO, Filipe, *o Domínio Útil Consuetudinário*, Ed. Wa Editora 1ª Edição Luanda, 2021

FEIJÓ, Carlos; POULSON, Lazarino. *A justiça Administrativa Angolana*. Luanda: Casa das Ideias, 2008.

POULSON, Lazarino. *As Autoridades Locais e as autoridades Tradicionais no Direito angolano. Esboço de uma teoria subjectiva do poder local*. Luanda: casa das Ideia, 2008.

FEIJÓ, Carlos; PACA, Cremildo. *Direito Administrativo*. Luanda: Mayamba Editora, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República (Especialmente em matéria de defesa e política externa)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ALTUNA, Raul Ruiz de *A sua Cultura Tradicional* Bantu. 2ª Ed. Portugal: Paulinas, 2014

SOUSA, António Francisco de *Administração Pública e Direito Administrativo. Novos Paradigmas*, Porto: Vida Económica, 2016.

ZIPPELIUS, Reinhold.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, *Lições de Direito Administrativo, Vol.I*, Coimbra: [s.n.], 1976, pp.312-313

No mesmo sentido v. CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo, Vol. I*, 10.ª Ed., Coimbra: Almedina, 1991.

Manual da 3ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos «Cultura com Justiça, Direitos para todos, 2013.

SISTEMAS QUE AUXILIAM O JUDICIÁRIO – PARTE 1

EDUARDO FELIPE FURUKAWA:
Bacharel em Direito - Advogado
OAB/PR¹⁰⁷

Neste primeiro momento, discutiremos de forma sucinta os sistemas judiciais que podem ser utilizados com a assistência do juiz. É importante notar que, apesar da disponibilidade dessas ferramentas, muitos advogados e até mesmo juízes desconhecem sua existência.

De início, é fundamental evitar solicitar o SISBAJUD sem possuir o CNPJ ou CPF do devedor. Caso essa informação não esteja disponível em nenhum dos recursos mencionados anteriormente, é possível requerer ao magistrado que consulte o INFOJUD, fornecendo o nome do devedor, sua data de nascimento e o nome da mãe.

Se desejar aprofundar ainda mais a pesquisa, é possível utilizar o CIEL e o RENAJUD como recursos adicionais para auxiliar na localização do CPF e CNPJ.

E por que a preocupação de se fazer apenas um pedido e não mais?

Nas situações de fraudes, a partir do momento em que o devedor toma conhecimento do processo, seja uma Ação de Cobrança, Cumprimento de Sentença, Cumprimento de Execução ou qualquer outro procedimento, ele inicia uma corrida para ocultar seu patrimônio. Nesse cenário, se o juiz indeferir o processo devido a algum erro técnico, o devedor já terá uma vantagem em relação ao credor, uma vez que o tempo perdido beneficia o devedor na tentativa de se resguardar.

Em um segundo aspecto, é importante mencionar a implementação de um novo sistema, conhecido como TEIMOSINHA, que começou a operar a partir de 20 de novembro de 2021.

O sistema TEIMOSINHA opera dentro do SISBAJUD e sua disponibilidade não pode ser alegada como inexistente em nenhuma comarca. Sua utilização é direta e altamente eficaz. Na Petição Inicial, é imperativo estabelecer um prazo, que não pode ultrapassar 30 dias; caso contrário, o prazo será automaticamente reduzido para apenas 24 horas. Portanto, assim que os fundos ingressarem na conta do devedor, serão bloqueados imediatamente.

107 email: advogado@eduardofurukawa.com

Em situações em que o juiz indefira o pedido, é aconselhável recorrer, mas antes disso, apresentar um pedido de reiteração fundamentado no princípio da cooperação.

Em última instância, em relação ao uso dos sistemas, é importante mencionar o SIMBA. Trata-se de um sistema de investigação de movimentação bancária que possibilita o intercâmbio de informações financeiras entre instituições bancárias e as autoridades públicas, mediante autorização judicial prévia. Algumas vezes, juízes podem pensar que seu uso está restrito a petições criminais, no entanto, ele pode ser empregado em diversas áreas.

Uma suposição que deve ser explicitada na petição, embora rara, é a possibilidade de penhora da conta salário do devedor.

Além disso, a 'cereja do bolo' reside na utilização da Averbação Premonitória como uma medida liminar para impedir qualquer transação de alienação, seja de imóveis, automóveis, barcos, herança, ou qualquer ativo que o devedor possa transferir para seu nome ou a outro terceiro.

No caso de imóveis, a averbação é realizada no Registro de Imóveis; para automóveis, é feita no Detran; embarcações requerem a averbação na Capitania Náutica do estado onde o bem se encontra; heranças podem ser averbadas em cartórios e há diversas outras situações em que a averbação pode ser aplicada.

O prazo para notificar o juiz é de 10 dias, no entanto, a Averbação Premonitória não está sujeita à dependência do juiz, podendo ser empregada como uma forma de tutela provisória. E, caso o devedor não liquide a dívida mesmo após a averbação, o artigo 828 do CPC possibilita a realização de uma averbação de penhora.

Art. 828 CPC. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

§ 1º No prazo de 10 (dez) dias de sua concretização, o exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas.

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 (dez) dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados.

§ 3º O juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não o faça no prazo.

§ 4º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.

§ 5º O exequente que promover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações nos termos do § 2º indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.

Para concluir, em situações em que você representa legalmente uma empresa devedora, é aconselhável solicitar que a empresa crie uma conta específica para o SISBAJUD em casos de penhora. Dessa forma, evita-se o bloqueio de valores destinados a pagamentos a fornecedores ou a qualquer outra entidade que seja essencial para o funcionamento da empresa.

Assim, na petição inicial, é apropriado mencionar a conta específica que pode ser penhorada, contanto que se instrua a empresa a manter fundos disponíveis nessa conta. Caso não haja nenhuma orientação nesse sentido, o juiz poderá bloquear todas as contas da empresa, impedindo qualquer movimentação financeira.

A TRIPLA RESPONSABILIZAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS - UMA ANÁLISE DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

BRUNO DA SILVA AMORIM:
Acadêmico de Direito e Gestão
Pública¹⁰⁸

GUSTAVO RAFFI RICKES¹⁰⁹

(coautor)

RESUMO: O presente artigo analisará os fundamentos da tripla responsabilização dos servidores públicos, nas esferas cível, penal e administrativa e seus reflexos jurisprudenciais, a partir de decisões judiciais ilustrativas. Sob uma óptica do Estado de Direito e a sua segurança jurídica, é realizada uma abordagem através da contextualização dessa responsabilização ímpar, destacando a sua notória proeminência no momento de interpretar determinados acontecimentos e permitir uma maior observância no que tange à justiça e à segurança jurídica e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Com essa ótica, não seria exagero responsabilizar alguém em três esferas jurídicas distintas? E qual seria a relação entre essas esferas na responsabilização ou absolvição do servidor? A questão primordial é: por que é proeminente o interesse público em detrimento das garantias individuais do servidor público?

Palavras-chave: *Responsabilização; servidores públicos; segurança jurídica; interesse público.*

ABSTRACT: This article will analyze the foundations of the triple accountability of public servants, in the civil, criminal and administrative spheres and its jurisprudential consequences, based on illustrative judicial decisions. From the perspective of the Rule of Law and its legal security, an approach is taken through the contextualization of this unique responsibility, highlighting its notorious prominence when interpreting certain events and allowing greater observance with regard to justice and legal security and the principles of proportionality and reasonableness. From this perspective, wouldn't it be an exaggeration to hold someone responsible in three different legal spheres? And what would be the relationship between these spheres in the accountability or acquittal of the server? The primary question is: why is the public interest prominent to the detriment of the public servant's individual guarantees?

108 E-mail: brunoamorimdireito@gmail.com

109 Acadêmico de Direito

Keywords: *Accountability; public servants; legal security; public interest.*

1. INTRODUÇÃO

A responsabilização dos servidores públicos é um tema de grande relevância para a administração pública, pois visa garantir a prestação de serviços públicos de qualidade e a proteção ao patrimônio público. Com esse viés, é imperativo ressaltar que os servidores públicos, pela prática de um ato ilícito podem ser responsabilizados em três esferas: cível, penal e administrativamente.

Essa responsabilidade pode decorrer do exercício de cargo, emprego ou função, existindo um claro confronto entre os princípios básicos da Administração Pública, como a segurança jurídica, e as garantias individuais do administrado, sendo um tema complexo e de notória relevância, pois é essencial para o fortalecimento da democracia e do Estado Democrático de Direito.

2. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO SERVIDOR PÚBLICO

Inicialmente, é fundamental pontuar que quando os servidores públicos são responsabilizados pelos danos causados, eles são incentivados a agir com ética e probidade, aumentando a qualidade dos serviços públicos e a integridade do interesse público. No caso da responsabilização civil o que se verifica é o dever de reparar os danos causados à Administração, sendo de ordem patrimonial e decorrendo diretamente do artigo 186 do Código Civil, qual seja:

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

Com fulcro nesse artigo, reputa-se que para se configurar o ilícito civil são necessários os seguintes elementos: ação ou omissão antijurídica, culpa ou dolo, relação de causalidade e dano moral ou material. Especificamente no caso da prática de atos ilícitos por um servidor público deve-se verificar se este dano foi causado ao Estado ou a um terceiro.

No caso do dano ser causado ao Estado, a responsabilidade é apurada mediante processo administrativo, com garantia da ampla defesa e do contraditório ao servidor. Já na ocorrência do dano ser em desfavor de um terceiro, responde o Estado objetivamente, cabendo, em todo caso, direito de regresso contra o servidor que efetivou o dano.

3. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO SERVIDOR PÚBLICO

A responsabilidade penal do servidor público é a sanção aplicada pelo Estado ao servidor que pratica um crime ou contravenção. Os crimes ou contravenções penais praticados por pessoas no exercício de cargo ou função pública estão previstos no Código Penal, em leis especiais e na Constituição Federal. Cabe destacar que a responsabilização penal do servidor público é também baseada no princípio da legalidade, sendo somente responsabilizados por crimes previstos em lei.

No caso do ilícito penal, são necessários os seguintes elementos: ação ou omissão típica e antijurídica, relação de causalidade, perigo de dano ou dano e culpabilidade. Cabe pontuar que para fins penais o conceito de servidor público é mais amplo, aproximando-se, de certo modo, ao conceito de agente público, nesse sentido, o artigo 327 do código penal enuncia que:

Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

São exemplos de ilícitos penais praticados por servidores públicos o peculato, a concussão, a corrupção passiva, a prevaricação, o abuso de poder, o abuso de autoridade, dentre outros. Por fim, destaca-se a responsabilização penal do servidor público como um tema importante a ser discutido, pois a prática de ilícitos penais por estes atenta diretamente contra a própria função primordial da Administração Pública: satisfazer o interesse público e as garantias dos administrados.

Com esse fulcro, não se poderia imaginar uma Administração plena e eficaz em que seus servidores são, de certo modo, criminosos.

4.A RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A responsabilização administrativa do servidor público é a sanção aplicada pelo Estado ao servidor público que comete uma infração disciplinar. As infrações disciplinares são previstas na Lei nº 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

A responsabilização administrativa do servidor público é a sanção aplicada pelo Estado ao servidor público que comete uma infração disciplinar, conforme dispõe o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, ou o estatuto jurídico em questão, seja ele estadual ou municipal.

Caso seja comprovada a infração disciplinar o servidor fica sujeito às sanções previstas em seu estatuto respectivo, no caso dos servidores públicos federais podemos citar as penas de advertência, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada, suspensão, demissão e cassação de aposentadoria.

Ademais, é importante mencionar que a aplicação da penalidade exige motivação clara, sob pena de nulidade, demonstrando a adequação e o nexo causal entre a infração e a pena definida, normalmente constando tal motivação no relatório da autoridade que realizou o processo administrativo. Por fim, elenca-se a responsabilização administrativa dos servidores públicos é importante para garantia da preservação do Erário e para o bom funcionamento da Administração Pública.

5. A RELAÇÃO ENTRE AS TRÊS ESFERAS DE RESPONSABILIDADE

As três esferas de responsabilidade do servidor público estão relacionadas entre si, pois podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, havendo também a previsão da obrigatoriedade de não se responsabilizar o servidor nas esferas cível e administrativa, caso tenha sido absolvido na esfera penal em alguns casos específicos. Além disso, as três esferas podem se complementar. Por exemplo, uma ação judicial de reparação de danos pode ser baseada em uma decisão administrativa de responsabilização do servidor público.

Somado a esse entendimento, é necessário destacar que a regra geral é que as três instâncias são incomunicáveis entre si, ressalvadas algumas exceções em que o juízo penal produz coisa julgada na esfera cível e administrativa.

A regra fundamental sobre essa relação entre as esferas está contida no artigo 935 do Código Civil, qual seja:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Ademais, indo ao encontro ao artigo 126 da Lei nº 8.112/90, que determina:

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Por conseguinte, com base nestes dispositivos legais, retira-se que o juízo penal produzirá efeito nas esferas administrativa e cível no caso de absolvição criminal que negue a autoria ou a existência do fato. Por fim, a relação entre essas instâncias observada nos casos excepcionais supramencionados, dá-se pelo entendimento que o juízo penal possui maior rigor investigativo e probatório por lidar com o direito fundamental à liberdade, sendo a comunicabilidade nos casos descritos dever da Administração e direito do administrado.

6.A NECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DA TRIPLA RESPONSABILIZAÇÃO EM CONFRONTO COM O EXAGERO PUNITIVISTA E AS GARANTIAS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a tripla responsabilização em casos muito específicos, para justamente evitar o excesso punitivista. Entretanto, entende-se que o interesse público, por dizer respeito ao direito de todo um corpo social, merece por esse caráter a maior tutela jurídica possível prevista no sistema jurídico brasileiro: a tripla responsabilização.

Entretanto, não é só para os casos de ilícitos praticados pelos servidores públicos que a tripla responsabilização é prevista, mas também para a responsabilização de ilícitos ambientais, por se entender que se trata de um bem jurídico de relevante importância por dizer respeito, nos termos da *Carta Magna*, às presentes e futuras gerações.

Por fim, é imperativo ressaltar que os administrados possuem durante o processo administrativo e judicial, nas três esferas, direito ao contraditório, à ampla defesa e acesso aos graus recursais, podendo fazer valer o seu direito de participação nas decisões e defesa de seus direitos, o que de certo modo, apazigua o teor punitivista da tripla responsabilização.

6. BREVE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A TRIPLA RESPONSABILIZAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

6.1 “Absolvição criminal fundada em ausência de prova no tocante à autoria não exclui a punição administrativa de funcionário público baseada em inquérito” (STF, RE 85.314, DJ 2-6-78, p. 3.031).

A in(ter)dependência entre as esferas criminal e administrativa, é pontuada nessa jurisprudência, como um relevante princípio frente a responsabilização dos servidores públicos. A absolvição criminal por falta de provas em relação à autoria não impede a punição administrativa, deste modo, reflete-se a ideia de que a responsabilização administrativa dos servidores públicos não está estritamente vinculada aos resultados de um processo criminal.

Depreende-se disto, que, é necessário manter as esferas de responsabilização separadas, pois cada uma contém seus próprios procedimentos e critérios quanto a punição dos indivíduos. A responsabilização administrativa está interligada com a manutenção da integridade do serviço público e de sua ética, enquanto a responsabilização na via penal é considerada a *ultima ratio*, onde a exigência de provas é necessária além de qualquer dúvida que seja razoável.

No processo criminal, o ônus da prova recai sobre o Ministério Público, que deve provar a culpabilidade do réu, por outro lado, na esfera administrativa, as normas e procedimentos são diferentes, e o padrão de prova é geralmente menor do que o exigido no processo criminal, ou seja, a via mais aceita é da preponderância de provas.

Por fim, é relevante ressaltar que, essa independência entre as esferas permite que a Administração Pública tome medidas para garantir a integridade e a eficiência do serviço público, mesmo que o sistema de justiça criminal não tenha sido capaz de estabelecer a culpa criminal do servidor.

6.2 “Demissão de servidor público. Legalidade do ato, o qual não se afeta pela absolvição criminal do servidor por carência de melhor prova do fato denunciado” (TFR, AC. 20.188, DJ 16-5-79, p. 3.784).

A punição administrativa, como a demissão de um servidor público, é uma medida autônoma e que não depende da absolvição criminal, como visto anteriormente. Novamente, ressalta-se que a punição administrativa é aplicada para manter a integridade e a eficiência do serviço público, enquanto a punição criminal requer um padrão mais procedimental e rigoroso de produção de provas.

Com base nesta jurisprudência, a absolvição criminal por “carência de melhor prova do fato denunciado” não desobriga a Administração Pública de agir de acordo com os princípios da legalidade e probidade na esfera administrativa, tão quanto, os demais previstos no Art. 37 da Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais.

Como dito, essa jurisprudência traz consigo o princípio da legalidade na administração pública, pois as autoridades administrativas têm a responsabilidade de agir de acordo com a lei e os regulamentos públicos para garantir o bom funcionamento do serviço público e a proteção do interesse deste. A legalidade da demissão não está vinculada apenas ao resultado do processo criminal, mas sim a avaliação da conduta do servidor à luz das normas e procedimentos administrativos.

6.3 “O autor não foi denunciado no juízo criminal por nenhum dos fatos consignados no relatório e que serviram de base à punição administrativa. A instância

administrativa, no livre exercício de seu poder legal, julgou a prova colhida no inquérito suficiente para a condenação à pena de demissão, que impôs. E o autor não trouxe para os autos provas capazes de ilidirem aquelas que serviram de esteio ao ato administrativo impugnado. Nem demonstrou sua não conformidade com o direito escrito” (TFR, AC. 29.542, DJ 3-12-79, p. 9.120).

Depreende-se desta jurisprudência a intrínseca necessidade de distinguir os fatos subjacentes à punição administrativa daqueles que são objeto de um processo criminal. Se um servidor público não foi denunciado no processo criminal pelos mesmos fatos que fundamentaram a punição 117ependents117ive, apenas se reforça a ideia de que as esferas de responsabilização são in(ter)117ependents.

As decisões administrativas precisam ser robustas, ou seja, destaca-se a necessidade de uma fundamentação sólida que garanta que as provas e os argumentos estejam alinhados com os princípios legais.

Por fim, é relevante mencionar que essas jurisprudências ressaltam a complexidade e a importância da tripla responsabilização dos servidores públicos. Cada esfera possui uma função específica na busca pela integridade, ética e eficiência para o servidor público, bem como para as atividades do poder público. A interdependência entre essas esferas permite que a responsabilização seja justa e proporcional, mantendo o equilíbrio entre o interesse público e as garantias individuais dos servidores públicos.

7. EQUILÍBRIO ENTRE A RESPONSABILIDADE E AS GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

É necessário, mesmo que de forma breve, apontar a necessidade de equilibrar o interesse público frente a responsabilização dos servidores com as suas garantias individuais. Embora a tripla responsabilização tenha um caráter punitivista, é importante mencionar que os administrados possuem direitos fundamentais, como o contraditório, ampla defesa e o acesso aos graus recursais, que permitem que eles participem ativamente do processo e defendam os seus direitos.

Outros meios de punição, alternativos à responsabilização mais grave, são necessários quando estamos de frente a infrações leves que podem ser solucionadas através de avisos e termos de ajuste de conduta, a fim de garantir a efetividade ao princípio da continuidade do serviço público, pois a priori, os servidores que estão em processo de responsabilização, tanto penal como administrativamente, possuem *ei incumbit probatio*, ou seja, a presunção de inocência.

8.A TRIPLA RESPONSABILIZAÇÃO EM OUTROS CONTEXTOS

Além da responsabilização dos servidores públicos, a tripla responsabilização também pode ser aplicada em outros contextos, como a responsabilização por ilícitos ambientais. Neste contexto, também temos a abrangência das esferas cível, penal e administrativa.

Na esfera cível, os infratores podem ser obrigados a pagar indenizações pelos danos causados ao meio ambiente ou a terceiros afetados. A esfera penal implica em sanções penais, como a prisão e multas, visando punir os autores de crimes e dissuadir futuras infrações.

Por fim, a esfera administrativa permite que as autoridades ambientais apliquem sanções administrativas, como multas e interdições, para assegurar a conformidade com as regulamentações ambientais e promover a restauração dos danos causados, reforçando, assim, o compromisso ambiental e o cumprimento das leis ambientais.

9. CONCLUSÃO

Por último, diante da análise da tríplice responsabilidade dos servidores públicos pela prática de atos ilícitos, denota-se a grande importância que o ordenamento jurídico brasileiro dá à probidade, boa fé e zelo do servidor no exercício de suas atribuições.

Diante da grande relevância que o servidor público possui para estabilidade dos serviços públicos e bom funcionamento do corpo social é que o direito se volta para ele com a tutela cível, penal e administrativa de seus atos ilicitamente praticados. Por conseguinte, vê-se que a jurisprudência vai ao encontro desse entendimento, demonstrando o caráter central da atuação do servidor público para estabilidade social.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Acesso em: 24 set. 2023.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005; 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Acesso em: 24 set. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Acesso em: 24 set. 2023.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Acesso em: 23 set. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004, 2008, 2011 e 2015. Acesso em: 22 set. 2023.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Acesso em: 21 set. 2023.

FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA EM TEMPOS DE CRISE: MP 1.109/2022

IGOR BORTOLUZZI FLORES:
Bacharel em Direito pela Uniritter.
Formado em Direito pela
UNIRITTER, possui carreira sólida,
com foco em contencioso e
consultivo.¹¹⁰

Em um cenário de constantes mudanças e desafios econômicos, a recente aprovação da Medida Provisória 1.109/2022 pelo Senado Brasileiro marca um momento significativo na legislação trabalhista do país. Esta MP introduz regras alternativas para o ambiente de trabalho durante períodos de calamidade pública, abrindo um novo capítulo na história da contestação trabalhista no Brasil. Como especialista no assunto, proponho uma análise crítica dessas mudanças, ponderando seus impactos e implicações.

As Novas Regras e Seu Contexto

A MP 1.109/2022 surge como uma resposta governamental aos desafios impostos por crises, como a pandemia de COVID-19. Ela permite a adoção de medidas como teletrabalho, antecipação de férias, suspensão dos recolhimentos do FGTS, entre outras. Essas ações visam preservar empregos e renda em momentos críticos, mas levantam questões importantes sobre a contestação trabalhista e os direitos dos trabalhadores.

A flexibilização das normas trabalhistas, embora possa ser vista como uma solução pragmática para preservar empregos em tempos de crise, também pode ser interpretada como uma porta aberta para a precarização das condições de trabalho. A suspensão do recolhimento do FGTS, por exemplo, afeta diretamente a segurança financeira do trabalhador. Além disso, o teletrabalho, sem regulamentações claras, pode levar a jornadas excessivas e à invasão da vida pessoal pelo trabalho.

A Balança entre Flexibilidade e Direitos

A principal questão que emerge é: até que ponto a flexibilização pode ir sem comprometer os direitos conquistados pelos trabalhadores? A MP parece caminhar sobre uma linha tênue, buscando equilibrar a necessidade de adaptação das empresas em períodos de crise com a proteção dos trabalhadores. No entanto, é crucial que essa balança

110 igor@jusdocs.com

não penda exclusivamente para o lado empresarial, sob risco de agravar as condições de trabalho no país.

Neste contexto, o modelo de contestação trabalhista torna-se ainda mais relevante. Advogados e especialistas em direito do trabalho precisam estar atentos às nuances dessas mudanças para assegurar que os direitos dos trabalhadores sejam respeitados. A contestação trabalhista, neste cenário, não é apenas um instrumento legal, mas também um baluarte na defesa dos direitos trabalhistas frente às mudanças legislativas.

Críticas e Controvérsias

As críticas à MP não são infundadas. Senadores e especialistas apontam para uma possível "reforma trabalhista antecipada", realizada sem um debate amplo e participativo. A pressa na aprovação da MP e a rejeição de emendas sugerem uma falta de diálogo com a sociedade e os setores envolvidos. Este aspecto é preocupante, pois decisões apressadas podem levar a consequências negativas duradouras para os trabalhadores.

A MP 1.109/2022 representa um esforço para adaptar o mercado de trabalho a situações de crise. No entanto, é fundamental que essa adaptação não se faça à custa dos direitos dos trabalhadores. A flexibilização deve ser acompanhada de salvaguardas que assegurem a proteção e o bem-estar dos empregados. Além disso, é essencial que haja um diálogo contínuo entre governo, empresas, trabalhadores e especialistas em direito do trabalho para garantir que as medidas adotadas sejam justas e equilibradas.

Como especialistas e defensores dos direitos trabalhistas, devemos estar vigilantes e ativos na contestação trabalhista contra qualquer tentativa de precarização das condições de trabalho. O modelo de contestação trabalhista deve ser robusto e adaptável, capaz de responder às mudanças legislativas sem perder de vista a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Em tempos de incerteza e mudança, a defesa desses direitos é mais importante do que nunca.

A REGULAMENTAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS A PARTIR DA LEI Nº 13.300/2016

HELDER BRAZ ALCANTARA:

Auditor do Estado da Controladoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul (CGE-MS). Advogado inscrito na OAB/MS. Especialista em Gestão Pública e em Direito Processual. Graduado em Farmácia, ocupou o cargo de Técnico em Regulação e Vigilância Sanitária da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).¹¹¹

RESUMO: Criado pela Constituição Federal de 1988, o mandado de injunção foi regulamentado quase três décadas depois por meio da Lei nº 13.300/2016. Nesse período, expressiva construção doutrinária e jurisprudencial viabilizou a aplicação dessa garantia constitucional destinada à efetivação de direitos fundamentais. Ao analisar a legislação do mandado de injunção a partir de sua aplicação antecedente, este trabalho tem o objetivo de verificar a importância da Lei nº 13.300/2016 na concretização de direitos. De abordagem qualitativa, a pesquisa realizada seguiu o método indutivo. Verificou-se que a ação injuncional evoluiu de uma postura não concretista para a adoção de posicionamentos que efetivam, no caso concreto, o direito subjetivo pleiteado. A Lei do Mandado de Injunção está em sintonia com a construção jurídica realizada para a aplicação do *mandamus*. De viés indubitavelmente concretizador, conclui-se que a Lei do Mandado de Injunção adotou a máxima concretização possível e aperfeiçoou a aplicação desse remédio constitucional.

Palavras-chave: mandado de injunção; concretização de direitos; Lei 13.300/2016

INTRODUÇÃO

Garantia constitucional inserta na Constituição Federal de 1988, o mandado de injunção tem por objetivo concretizar os direitos assegurados pela carta magna que carecem de regulamentação pelo legislador infraconstitucional.

Todavia, ainda que esta garantia tutelada pela assembleia nacional constituinte busque possibilitar o exercício das normas constitucionais programáticas, cuja eficácia é

¹¹¹ E-mail: helderbraz@yahoo.com.br

limitada, verifica-se que a mora legislativa alcançou até mesmo a regulamentação do próprio *mandamus*.

Com a promulgação da Constituição de 1988 e diante da necessidade de utilização do mandado de injunção, doutrina e jurisprudência – sobretudo o Supremo Tribunal Federal – passaram a discorrer sobre o assunto e delinear os contornos de sua aplicação, como a competência para julgamento, a legitimidade *ad causam*, a natureza jurídica da decisão e seus efeitos.

Somente após vinte e oito anos de sua previsão constitucional, o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, a fim de disciplinar o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo.

Desse modo, considerando o lapso temporal entre a instituição e a regulamentação do mandado de injunção, bem como a expressiva construção doutrinária e jurisprudencial sobre esta garantia, é importante examinar o impacto da Lei do Mandado de Injunção no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o objetivo de averiguar a importância da Lei nº 13.300/2016 para a concretização de direitos, propõe-se analisar a legislação acerca do mandado de injunção a partir da construção doutrinária e jurisprudencial antecedente. Desse modo, observando os pontos de concordância e dissonância em relação ao entendimento anteriormente adotado na aplicação do *writ*, busca-se responder a seguinte problemática: a regulamentação do mandado de injunção, por meio da Lei nº 13.300/2016, aperfeiçoou a aplicação dessa garantia constitucional na concretização de direitos?

DESENVOLVIMENTO

1. O mandado de injunção

O mandado de injunção foi previsto pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

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:

[...]

LXXI - 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.

Embora não haja dúvidas quanto à inclusão deste remédio constitucional no ordenamento jurídico pátrio, a doutrina diverge sobre a origem desta garantia. Enquanto alguns buscam a origem do instituto no direito estrangeiro (origem anglo-saxã, alemã, francesa, italiana, iugoslava, argentina, mexicana ou portuguesa); outros “sustentam que o mandado de injunção é uma criação brasileira, do poder constituinte originário da Carta de 1988”. (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 21).

Entre os que defendem a origem estrangeira do mandado de injunção, sobretudo anglo-americana, encontra-se Francisco Antônio de Oliveira, Uadi Lammêgo Bulos, José Afonso da Silva e Paulo Bonavides. Silva (2010, p. 448) afirma que o instituto “se originou na Inglaterra, no séc. XIV, como essencial remédio da *Equity*. Nasceu, pois do Juízo de Equidade”. Para ele, trata-se de “um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando *falta norma legal (statutes)* regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente” (SILVA, 2010, p. 448).

Segundo Hélio Tornaghi (1989, *apud* CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 35), o juízo de equidade do direito anglo-saxão foi “transplantado para o direito público pelo constituinte brasileiro, enquanto na Inglaterra e nos EUA o instituto é empregado na esfera do direito privado”. Essa nacionalização do instituto foi tão significativa que “difícilmente um jurista dos países de origem o reconheceria” (BONAVIDES, 2014, p. 564).

Alguns reconhecem a origem alemã do mandado de injunção, por verificarem semelhança com o instituto “*Verfassungsbeschwerde*” (artigo 93 da Lei Fundamental de Bonn). Este instituto do direito alemão permite que o cidadão ajuíze demanda “sob alegação de ter sido prejudicado pelo Poder Público nos seus direitos fundamentais, [...] tanto em face de uma ação como em face de uma omissão que importe em afronta a direito fundamental”. (PIOVESAN, 1995, p. 159-160).

Em relação aos que defendem a origem brasileira da garantia injuncional estão Flávia Cristina Piovesan, André Puccinelli Júnior, Guilherme de Siqueira Castro e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, para os quais:

o mandado de injunção é uma criação do constituinte de 1988, preocupado com a efetividade constitucional ante o histórico das instituições brasileiras de utilizar direitos fundamentais como álibi modernizador sem efetivá-los de fato. (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 34-35).

No mesmo sentido, convém ressaltar os ensinamentos de Flávia Piovesan que buscam afastar a origem estrangeira para o mandado injunção:

conclui-se que o mandado de injunção é medida sem precedente, quer no direito nacional quer no alienígena. A confrontação que se possa fazer com a “injunction” do direito americano, ou com a “equity” do direito inglês, ou ainda com o “verfassungsbeschwerde” do direito alemão, apontam à singularidade do mandado de injunção, que, por sua vez, tanto envolve um juízo de equidade (“equity” dos ingleses), como se volta à proteção de direitos fundamentais da pessoa humana (“injunction” dos americanos e “verfassungsbeschwerde” dos alemães), mas com características próprias e peculiares. (PIOVESAN, 1995, p. 160).

Apesar de defender a origem anglo-americana e afirmar que “o constituinte brasileiro não concebeu o instituto” do mandado de injunção, mas apenas “amoldou o já existente à realidade brasileira”; Oliveira (1993, p. 19) reconhece que o constituinte de 1988 revolucionou o instituto, uma vez que “além do nome, pouca ou nenhuma semelhança guarda com a *injunction* concebida pelos Direitos inglês, norte-americano, francês, italiano e alemão”.

Diante do exposto, “torna-se difícil analisar o mandado de injunção como instituto importado quer do direito inglês, norte-americano, mexicano, ou até mesmo, argentino” (SILVA, 1993, p. 58). Concorde-se com Volney Silva porque o ineditismo da garantia injuncional brasileira afasta “qualquer similitude que poder-se-ia tentar fazer com aqueles *writs*”.

Independentemente da origem do instituto, fato é que o mandado de injunção é “uma modalidade de controle subjetivo e concreto que se encarta entre os remédios constitucionais concedidos aos cidadãos para a proteção contra certos abusos do poder público, decorrentes, no caso, de suas omissões”. (QUINTAS, 2016, p.214).

Trata-se de um “remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição” (SILVA, 2010, p. 448).

Para Tavares, o mandado de injunção é uma:

ação judicial, prevista constitucionalmente, para combater a morosidade do Poder Público em sua função legislativa e

regulamentadora, sempre que esta inércia esteja a inviabilizar o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos. (TAVARES, 2014, p. 698-699)

Denota-se, portanto, que a “principal *finalidade* consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação” (SILVA, 2010, p. 448). É importante observar que a omissão legislativa “deve ser constatada para o caso *in concretum* pois a discussão de falta de norma em tese é matéria que não pode ser objeto” do mandado de injunção. (SILVA, 1993, p. 53).

Para Paulo Bonavides a finalidade do mandado de injunção se caracteriza pela satisfação de um direito subjetivo. São suas palavras:

Havendo, por conseguinte, um direito subjetivo constitucional, cujo exercício de aliche tolhido pela privação da norma regulamentadora, o titular desse direito postulará, perante o Poder Judiciário, por via do mandado de injunção, a edição de norma aplicável à espécie concreta. Nesse caso a edição da norma saneadora da omissão é provisoriamente do Judiciário e não do Legislador, concretizando-se graças àquela garantia, a satisfação do direito subjetivo constitucional cujo exercício ficara paralisado, à mingua de regra regulamentadora por parte do órgão competente para elaborá-la. (BONAVIDES, 2014, p. 564).

Já quanto ao *objeto* do mandado de injunção – considerando o disposto no Art. 5º, LXXI, CFRB/88 – Silva (2010, p. 448-449) enfatiza que este remédio visa “assegurar o exercício de *qualquer direito constitucional* (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado”, o exercício “de *liberdade constitucional*, não regulamentada”, bem como o exercício “das *prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*, também quando não regulamentadas”. Em síntese, o objeto do mandado de injunção se “vincula à existência de lacunas constitucionais” (BULOS, 2015, p. 784).

Diante do exposto, tendo como premissa a ausência de norma regulamentadora, convém salientar que esta tanto pode ser as leis ordinárias ou complementares expressamente requeridas pela norma constitucional como também as normas que se originam da necessidade de atuação do Poder Público devido à indeterminação ou à natureza de certas normas constitucionais. (SILVA, 2010, p. 449-450).

A fim de sintetizar a definição de *norma regulamentadora*, José Afonso da Silva se utiliza da expressão constante no Art. 103, § 2º, da CRFB/88 – relativa à ação direta de

inconstitucionalidade por omissão – qual seja: “medida para tornar efetiva norma constitucional”. Norma regulamentadora “é, assim, toda ‘medida para torna efetiva norma constitucional’.” (SILVA, 2010, p. 450).

No mesmo sentido, Piovesan (1995, p. 119) afirma que a norma regulamentadora “significa toda e qualquer medida para tornar efetiva a norma constitucional, o que inclui leis complementares, ordinárias, decretos, regulamentos, resoluções, portarias, dentre outros atos” normativos. Ressalta-se que a autora inclui no conceito de *norma regulamentadora* “não apenas a edição de normas, mas a produção de ato administrativo e ato material”.

Prosseguindo, é importante salientar que:

as normas constitucionais que podem ser invocadas como causa do cabimento do mandado de injunção devem reunir dois predicados básicos: i) disporem sobre direitos, liberdades ou prerrogativas; ii) terem eficácia material não plena, ou seja, serem dependentes de detalhamento de seu conteúdo para fins de incidência, que no caso deveria ser feito, ante a recusa parlamentar ou administrativa, pelo Poder Judiciário. (TAVARES, 2014, p. 699)

Segundo Tavares (2014, p. 699) “a atuação normativa demandada pelo instrumento em apreço pode ser de duas ordens: i) legal; ii) infralegal (decretos, portarias etc.)”; corroborando com a ideia de que tanto o Legislativo como o Executivo podem dar causa à omissão sanável pelo mandado de injunção.

Ademais, o cabimento do mandado de injunção independe da natureza do direito (público ou privado) conferido pela norma constitucional. Neste sentido:

Não importa a natureza do direito que a norma constitucional confere, desde que seu exercício dependa de norma regulamentadora e desde que esta falte, o interessado é legitimado a propor o mandado de injunção, quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer incumba a particulares. Vale dizer, cabe mandado de injunção nas relações de natureza pública como nas relações privadas, como, p. ex., nas relações de emprego privado, hipóteses de direitos previstos no art. 7º. (SILVA, 2010, p. 453).

Pelo exposto, desde que a aplicabilidade da norma constitucional dependa da “elaboração de lei ou outra providência regulamentadora”, caberá mandado de injunção. A *contrario sensu*, se já houve regulamentação da norma constitucional e mesmo assim

não está ocorrendo a satisfação do direito, não é cabível mandado de injunção, mas outros meios judiciais. (SILVA, 2010, p. 450).

Nesse sentido, considerando que o cabimento do mandado de injunção se restringe à ausência de norma regulamentadora, não se admite esta ação constitucional quando o “direito subjetivo depender da organização de determinada atividade ou determinado serviço público, ou, ainda, da disposição de recursos públicos” (MENDES, 2013, p. 21).

Analisando as decisões do STF, Bulos (2015, p. 785-786) e Moraes (2015, p. 182-183) asseveram que não cabe mandado de injunção nas seguintes hipóteses: para compelir a prática de ato administrativo; para alterar lei ou ato normativo existente, suspostamente inconstitucional; para compelir o Congresso Nacional a sanar omissões legislativas detectadas em tratados e convenções internacionais de direitos humanos; como sucedâneo da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão; como forma de conseguir interpretação mais benéfica acerca de uma lei ou ato normativo, bem como quando seja impetrado com base em norma constitucional de eficácia plena ou autoaplicável.

Consoante a parte final do Art. 5º, inciso LXXI, da CRFB/88, o mandado de injunção é cabível quando faltar norma regulamentadora para o exercício “das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Desse modo, convém trazer à baila os ensinamentos de José Afonso da Silva:

soberania é a soberania popular, segundo dispõe o art. 14, não a soberania estatal; aqui igualmente não ocorrerão muitas hipóteses de ocorrência do mandado de injunção; é que as questões de nacionalidade praticamente se esgotam nas prescrições constitucionais que já a definem de modo eficaz no art. 12; apenas a naturalização depende de lei, mas esta, como vimos, já existe, portanto é matéria regulamentada, que, por isso mesmo, não dá azo ao mandado de injunção; as prerrogativas da soberania popular e da cidadania se desdobram mediante lei, mas estas já existem. (SILVA, 2010, p. 449).

Silva (2010, p. 449) também elucidou os *pressupostos* do remédio constitucional do mandado injunção. Para o ilustre doutrinador, existem dois pressupostos: “(a) a *falta de norma regulamentadora* do direito liberdade ou prerrogativa reclamada; (b) *ser o impetrante beneficiário* direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo”.

Por fim, é importante ressaltar que apesar de o mandado de injunção ser considerado uma ação constitucional autônoma, Bonavides (2014, p. 564) afirma que esta garantia injuncional “é cabível tanto em casos concretos ou incidentalmente em uma lide”.

2. Construção doutrinária e jurisprudencial acerca do mandado de injunção

A mera inserção do mandado de injunção em nossa carta política, por meio da Assembleia Nacional Constituinte, não possibilitou – à primeira vista – a utilização imediata deste remédio constitucional, uma vez que até a própria garantia carecia de norma regulamentadora para sua aplicação.

Surgia então o questionamento sobre a aplicabilidade imediata do mandado de injunção, qual seja: a necessidade ou não de surgimento de uma lei para que esta ação constitucional fosse utilizada. Alegou-se, inicialmente, “que o ordenamento jurídico brasileiro não criou possibilidades para sua imediata aplicação” (SILVA, 1993, p. 62-63).

Em sentido contrário dispunha o professor Celso Ribeiro Bastos (1988, p. 360, *apud* SILVA, 1993, p. 65) – defendendo que o mandado de injunção não dependia de norma regulamentadora – pois “da mesma forma que, no passado, o mandado de segurança e a ação popular foram utilizados mesmo antes da sua disciplina legal, também ao instituto sob exame deve ser conferido igual tratamento”.

Essa questão foi pacificada no julgamento do MI nº 107-3/DF QO, quando o STF decidiu que o mandado de injunção era norma constitucional de eficácia plena e, portanto, de aplicabilidade imediata. (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 41).

Ainda segundo os mesmos autores, essa decisão “evitou o fenômeno paradoxal de negar aplicabilidade imediata à remédio constitucional criado para solucionar o problema da regulamentação deficiente dos preceitos constitucionais”. (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 42).

Neste diapasão, Silva (2010, p. 448) enfatiza que a aplicação do mandado de injunção é “como um instrumento da realização prática da disposição” constante no art. 5º, § 1º, da CRFB/88, ou seja: da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Considerando a aplicabilidade imediata do instituto e a ausência de norma processual específica, Gilmar Mendes assevera que a:

ausência de disciplina processual acabou por obrigar o Supremo Tribunal, num curto espaço de tempo, não só a apreciar a questão relativa à imediata aplicação desse instituto, independentemente de

promulgação de regras processuais próprias, como também a decidir sobre o significado e a natureza do mandado de injunção na ordem constitucional brasileira. (MENDES, 2013, p. 23)

É importante ressaltar que a doutrina também tem um papel primordial na instituição do remédio injuncional, uma vez que as decisões do STF fundamentam-se em torno de toda a construção científica que a doutrina estabeleceu sobre este instituto.

Assim, quanto à importância da construção doutrinária e jurisprudencial para a aplicação do mandado de injunção:

Mencionar o papel da doutrina e da jurisprudência relativas ao mandado de injunção é sintomático por revelar uma das características dessa primeira etapa: a ausência de disciplina legal para essa ação constitucional. Ante a falta de regulação em âmbito legislativo, sobrou para os doutrinadores e para o Judiciário traçar o perfil inicial do mandado de injunção. (ROTHENBURG, 2010, p. 69-70).

2.1 A natureza jurídica da decisão e os seus efeitos

O cerne da discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do mandado de injunção consiste, indubitavelmente, na natureza jurídica da decisão judicial proferida e nos efeitos alcançados por tal decisão.

Quanto à eficácia objetiva da decisão, a “doutrina diverge se a sentença prolatada em mandado de injunção seria meramente declaratória, constitutiva, condenatória ou mandamental”. Por outro lado, quanto à eficácia subjetiva da decisão, aqueles que defendem uma solução concretizadora divergem em relação à eficácia do provimento judicial, se *intra partes* ou *erga omnes*. (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 22).

É importante ressaltar que após a promulgação da CRFB/88, o mandado de injunção “causou grande polêmica pelo fato de indicar o Poder Judiciário como responsável” pela viabilização do exercício de direitos e liberdades constitucionais – obstaculizados por ausência de norma regulamentadora – sem indicar “se caberia àquele Poder legislar ou se ele deveria, simplesmente indicar o órgão competente para que o fizesse em tempo hábil” (SILVA, 1993, p. 68-69).

Por isso, naquele primeiro momento, tornou-se fundamental saber que tipo de provimento caberia ao Poder Judiciário realizar, ou seja, “reconhecida na pessoa do impetrante a titularidade de um direito constitucional e constatada ainda a impossibilidade

de sua função por ausência de norma regulamentadora”, era necessário verificar qual providência o órgão jurisdicional deveria tomar (OLIVEIRA, 1993, p. 47).

Surge então diversas “correntes doutrinárias que buscam interpretar a finalidade do novo instituto e, conseqüentemente, os efeitos da decisão dele decorrente” (PIOVESAN, 1995, p. 129-130). Neste sentido, apontam-se três teses:

Ao conceder o mandado de injunção cabe ao Poder Judiciário: a) elaborar a norma regulamentadora faltante, suprindo, deste modo, a omissão do legislador; b) declarar inconstitucional a omissão e dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências necessárias à realização da norma constitucional; e c) tornar viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por faltar norma regulamentadora. (PIOVESAN, 1995, p. 130).

Em outras palavras, as correntes doutrinárias se firmaram nas seguintes proposições: (i) “o Judiciário tem o condão de expedir diretriz normativa de caráter genérico e abstrato”, (ii) “o Poder Judiciário não é órgão incumbido de legislar”, e (iii) “as decisões do Judiciário devem se restringir aos casos concretos” (SILVA, 1993, p. 69-70).

Segundo a primeira corrente, o Judiciário editaria a norma faltante, com efeito *erga omnes*, “assumindo papel de autêntico legislador”. Essa “ingerência do Poder Judiciário em atribuições específicas do Poder Legislativo” é considerada perigosa, por suposta violação ao princípio da repartição de Poderes (SILVA, 1993, p. 70). Por isso, Piovesan (1995, p. 130) enfatizou que essa “primeira corrente não pode ser admitida”.

Ao dispor que caberia ao Judiciário, “apenas, indicar o Poder ou o órgão que deveria emanar norma que viesse a regular a situação”, de forma que a autoridade omissa “baixasse as medidas viabilizadoras do direito pleiteado” (SILVA, 1993, p. 69); a segunda corrente doutrinária não pode ser concebida, pelo fato de se “atribuir ao mandado de injunção idêntica finalidade à ação direta de inconstitucionalidade”, faltando “qualquer razoabilidade ao constituinte se criasse dois instrumentos jurídicos com idêntica finalidade” (PIOVESAN, 1995, p. 133).

De outro modo, a terceira corrente admite a “possibilidade de o Poder Judiciário vir a emanar verdadeira norma regulamentadora” que, entretanto, “só serviria estritamente para solucionar” o caso concreto em questão (SILVA, 1993, p. 70). Diante da possibilidade de ocorrer decisões diferentes para situações idênticas, torna-se imprescindível utilizar uma decisão como parâmetro para a outra.

Segundo Volney Silva (1993, p. 70), considerando o princípio da inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88), esta terceira corrente doutrinária possui “papel mais adequado às atribuições do Poder Judiciário”. Assim também entende Flávia Piovesan (1995, p. 138), afirmando que esta corrente “parece constituir a interpretação mais adequada do novo instituto”.

Uma outra maneira de vislumbrar a atuação do Poder Judiciário no julgamento do mandado de injunção, quanto aos efeitos da decisão proferida, é esboçada por Alexandre de Moraes (2015, p. 186). Para o renomado autor, o Judiciário pode adotar duas posições primordiais: *concretista* e *não concretista*. Caso seja adotada a posição concretista, esta pode ser subdividida em *geral* e *individual*. Esta última, por fim, permite a concretização de direitos de forma *direta* ou *intermediária*.

Neste sentido, ultrapassando as correntes doutrinárias que afloraram com o surgimento da garantia injuncional na Constituição de 1988 e tendo em vista as diferentes posições jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal ao longo tempo, é possível reunir “as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais” ao redor das seguintes teses: (i) tese *não concretista*, (ii) tese *concretista individual intermediária*, (iii) tese *concretista individual direta*, bem como (iv) tese *concretista geral* (BULOS, 2015, p. 791).

Segundo a tese *não concretista* ou *teoria da subsidiariedade* (SABRA & PINTO, 2008, p. 12), “em nome da harmonia e separação entre os poderes, o Judiciário não poderia suprir a omissão da norma faltante, tampouco determinar prazo para o legislador criar determinada lei” (OLIVEIRAS, 2017). Por conseguinte, o “Supremo apenas reconhece, formalmente, a existência da mora legislativa” (BULOS, 2015, p. 791).

Essa tese assevera que o mandado de injunção é uma “ação meramente declaratória, de forma que apenas enseja a cientificação, pelo Poder Judiciário, do Legislador responsável pela omissão” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2018), tendo sido adotada no julgamento do MI nº 107/DF, momento em que o “STF entendeu que o tribunal se deveria limitar a constatar a inconstitucionalidade por omissão e a determinar que o legislador tomasse as providências adequadas” (MORAIS, 2013, p. 340).

Segue trecho da ementa proferida no julgamento do MI nº 107-3/DF:

Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por

parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão [...]. (STF, MI nº 107-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21/09/1990).

Denota-se que para a corrente não concretista o Poder Judiciário funcionaria como um “órgão oficial de censura formal da omissão, cabendo-lhe – segundo uma concepção exagerada da ‘separação de Poderes’ – comunicar o órgão que deveria editar a norma regulamentadora requerida”, de forma semelhante à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ROTHENBURG, 2010, p. 74).

Piovesan & Chaddad (2013, p. 451-452) afirmam que o STF, ao apreciar o *leading case* MI 107/DF, retirou a “potencialidade e o sentido” do mandado de injunção, ao dispor que ele não era “instrumento apto a concretizar o direito constitucionalmente previsto”, mitigando sobremaneira a eficácia do instituto.

Dando seguimento à classificação atual dos efeitos do mandado de injunção, o “Supremo Tribunal Federal surpreendeu a alguns, acalantando a outros, ao proferir importantes decisões nas quais adotou a corrente concretista, em sentido diametralmente oposto ao indicado pelo até então *leading case*”, qual seja, o julgamento do MI 107/DF (PIOVESAN & CHADDAD, 2013, p. 453).

Desse modo, a subsidiariedade do Judiciário ao Legislativo – diante da ausência de norma regulamentadora – foi sendo gradativamente modificada, de forma que o STF passou a adotar “outra interpretação, atenuando a rigidez conferida ao instituto quando da apreciação dos primeiros casos” e afastando os efeitos da ação injuncional daqueles alcançados pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (PIOVESAN & CHADDAD, 2013, p. 452).

Para as teorias concretistas:

presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente (MORAES, 2015, p. 187-188).

A tese *concretista individual intermediária* – também denominada de *teoria intermediária* – consiste no fato de o Judiciário inicialmente conferir prazo para que o

Poder, órgão ou autoridade responsável elabore a norma regulamentadora. Caso a norma não seja elaborada dentro do prazo concedido, “fica autorizado o prejudicado ao exercício do direito invocado, com a liquidação por meio da via jurisdicional ordinária, nos casos de pretensão condenatória” (SABRA & PINTO, 2008, p. 13).

Pela teoria intermediária, se após o término do prazo concedido pelo Judiciário, o Poder Legislativo ou o Poder Executivo – a depender do tipo de omissão normativa – não tomarem “nenhuma providência, permanecendo a *inércia inconstitucional*, o impetrante do *writ* passa a ter assegurado o seu direito” (BULOS, 2015, p. 791).

Considerando os ensinamentos de Sabra & Pinto (2008, p. 13), Piovesan & Chaddad (2013, p. 452) e Castro & Ferreira (2016, p. 131); esta tese foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos do MI 232/RJ, MI 283/DF, MI 284/DF, MI 447/DF, MI 543/DF e MI 562/RS.

A Suprema Corte passou então a “não só reconhecer a mora legislativa, mas também a fixar prazo para que a lacuna fosse suprimida” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2018); “remetendo os impetrantes às vias ordinárias para a concretização de seus direitos” (RAMOS, 2013, p. 246), caso permanesse inerte o Poder, órgão ou autoridade responsável pela edição da norma.

Tendo em vista o ineditismo do STF na adoção da teoria concretista intermediária, transcreve-se a seguir uma parte da ementa proferida no MI 232/RJ:

Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (STF, MI 232-1/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27/03/1992)

O acórdão proferido possui eficácia *inter partes*, principal característica das teses concretistas individuais. Ademais, “percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada” (MENDES, 2007, p.192).

Alexandre de Moraes (2015, p.192) se filia integralmente à posição *concretista individual intermediária*, esclarecendo que:

a ideia do Poder Judiciário, após julgar procedente o mandado de injunção estabelecer um prazo para que a Constituição Federal seja regulamentada, antes de efetivamente colmatá-la, adequa-se perfeitamente à ideia de Separação de Poderes. Assim, a partir da decisão do Judiciário, o poder competente estaria oficialmente declarado omissis, devendo atuar. Esse prazo, no âmbito legislativo, entendemos, nunca poderia ser inferior ao processo legislativo sumário. (MORAES, 2015, p.192).

“Em 2006 a Corte Constitucional modificou completamente sua jurisprudência” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2018); passando a adotar a tese *concretista individual direta* ou *teoria da resolutividade*, momento em que a “decisão final seria constitutiva *inter partes*, possibilitando imediata efetivação da promessa de direito subjetivo e valendo até a elaboração da lei” (SABRA & PINTO, 2008, p. 13).

Neste diapasão, “pode o Judiciário aplicar por analogia de lei já existente para resolver o caso concreto que discute o direito posto” (OLIVEIRAS, 2017). Assim, “logo que o Supremo julga procedente o mandado de injunção, ele implementa a eficácia da norma constitucional” (BULOS, 2015, p. 791), sem conceder prazo para que o Poder, órgão ou autoridade responsável pela edição da norma regulamentadora adote alguma providência.

De acordo Piovesan & Chaddad (2013, p. 453), Castro & Ferreira (2016, p. 130), Oliveiras (2017) e Oliveira Júnior (2018), a tese concretista individual foi adotada pelo STF no julgamento do MI 721-7/DF e do MI 758/DF. Neste sentido:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. (STF, MI 721-1/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJ 30/11/2007)

Pelo exposto, verifica-se que o STF cria “uma norma *ad casum* a aplicar na situação concreta”, perfazendo a omissão normativa de forma análoga à integração de uma lacuna existente no ordenamento jurídico até que o legislador resolva agir. (MORAIS, 2013, p. 340).

A tese “pugna por uma solução de mérito satisfativa, cuja eficácia subjetiva limita-se entre as partes processuais sem atingir terceiros”. Dessa característica decorrem críticas doutrinárias sobre a teoria da resolutividade, posto que surge a “possibilidade de violação do princípio da isonomia em razão da prolação de decisões conflitantes sobre o tema” (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 129-130).

Barbosa Moreira (1989, p. 117, *apud* CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 130) refuta essa crítica, afirmando que “decisões contraditórias ocorrem nos mais variados tipos de ação e que o direito processual tem uma solução para este tipo de problema”, qual seja: a uniformização de jurisprudência. Nota-se que essa uniformização alcançou destaque inigualável a partir do novo Código de Processo Civil (2015), que passou a apresentar tratamentos processuais específicos para o julgamento de demandas repetitivas.

A partir das inovações jurisprudenciais iniciadas em 2006, o STF evoluiu ainda mais seu entendimento e começou a “adotar uma posição concretista geral, caracterizada pela criação, através do Poder Judiciário, com eficácia *erga omnes*, de solução visando suprimir omissão vergastada” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2018).

A tese *concretista geral*, também conhecida por *teoria da independência jurisdicional*, “defende que caberia ao órgão judiciário editar norma geral, ultrapassando a regulamentação do caso concreto” (SABRA & PINTO, 2008, p. 13). Por conseguinte:

a sentença, proferida na injunção, é *erga omnes*, tem eficácia ampla, abrangendo a todos, pois o Judiciário implementa o exercício do direito, mediante uma deliberação irrestrita, que vigorará até o dia em que o Poder Legislativo sanar o estado de *inércia inconstitucional*. Aqui o Supremo Tribunal pode legislar no caso concreto, ou seja, pode proferir sentença substituindo aquilo que deveria constar na lei. (BULOS, 2015, p. 791).

Destarte, ao proferir uma decisão “eminente normativa”, extirpando a ausência de regulamentação, “os limites subjetivos da decisão alcançam todas as pessoas incluídas na mesma situação de fato ou de direito resolvida no processo de mandado de injunção” (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 132). Ademais:

[...] a eficácia *erga omnes* alcança os demais órgãos jurisdicionais e a Administração Pública, mas não incide sobre o Poder Legislativo que tem ampla autonomia para dispor legislativamente de modo diferente ao da decisão. Não incide, ainda, ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, quando o projeto de lei necessário para a

regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativa, for de iniciativa desses Poderes. (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 132).

A doutrina majoritária – Ramos (2013, p. 246), Piovesan & Chaddad (2013, p. 454-456), Morais (2013, p. 340), Bulos (2015, p. 792) Castro & Ferreira (2016, p. 133), Oliveiras (2017) e Oliveira Júnior (2018) – aponta que a teoria concretista geral foi adotada pelo STF nos julgamentos do MI 670/ES, MI 708/DF e MI 712/PA.

Como standard da presente tese, transcreve-se trecho da ementa proferida no julgamento do MI 670/ES:

- 6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei nº 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei nº 7.783/1989, arts. 9º a 11).
- 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei nº 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. (STF, MI 670-9/ES, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 31/10/2008)

A adesão à teoria concretista geral, como verificada na decisão paradigmática acima, decorre do entendimento jurisprudencial de que a "inércia do Congresso Nacional resultava em uma espécie de fraude a vontade da Constituição" (OLIVEIRA JÚNIOR, 2018), motivo pelo qual tornava-se necessária a "criação normativa" destinada a produzir "efeitos em situações de objecto idêntico, conferindo-lhe na prática alguma potencial eficácia *ultra partes*" (MORAIS, 2013, p. 341).

Quanto ao caso em questão, modificando o entendimento proferido nos mandados de injunção nº 20, nº 485 e nº 585, que asseveravam que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei respectiva; os julgamentos dos mandados de injunção nº 670, nº 708 e nº 712 adotaram uma solução normativa e concretizadora, em explícita adoção ao modelo de sentença de perfil aditivo. (MENDES, 2007, p. 193-195)

Neste diapasão, "em virtude da inércia do legislador em colmatar as lacunas constitucionais", após quase 20 anos do texto constitucional o STF "alterou seu

posicionamento e adotando claro ativismo judicial passou a adotar a posição concretista” (MORAES, 2015, p. 188).

“Este poder substitutivo do legislador para emitir norma equiparada à lei suscitou reações doutrinárias de intensidade variável” (MORAIS, 2013, p. 342), uma vez que ao atribuir ao Judiciário “um papel atípico de legislador positivo”, o posicionamento do STF “nem sempre é visto com bons olhos se levarmos em consideração a verdadeira razão de ser do Poder Judiciário” (OLIVEIRAS, 2017).

Nessa perspectiva, Alexandre de Moraes (2015, p. 188) enfatiza que a teoria concretista geral “sempre foi pouco aceita na doutrina”, motivo pelo qual Natalino Oliveiras (2018) afirma que essa “fonte direta de ativismo judicial [...] não coaduna com o nosso modelo de Estado Tripartite”.

A relevância da adoção de teorias concretistas pelo STF – sobretudo a da independência jurisdicional – pode ser evidenciada pelo trabalho de Sabra & Pinto (2008, p. 26-31) acerca da capacidade de “resposta do Poder Legislativo” frente ao julgamento de mandado de injunção, isto é: a promulgação de lei visando suprir a mora declarada judicialmente. Segundo a pesquisa, considerando o melhor cenário apresentado pelos autores, apenas 25% dos temas abrangidos pelos mandados de injunção julgados no STF tiveram edição de lei que extirparam a mora legislativa.

Pelo exposto, é compreensível a evolução jurisprudencial do STF no sentido de “conferir exequibilidade às normas constitucionais” (BULOS, 2015, p. 792) e promover, na prática, o “exercício de direitos e liberdades constitucionais a tantos quantos se sintam prejudicados pela falta de norma regulamentadora, nos precisos termos do que prevê a Constituição Federal de 1988” sobre o mandado de injunção. Trata-se, portanto, de “considerável avanço na implementação da vontade constitucional” (PIOVESAN & CHADDAD, 2013, p. 457).

Por fim, ainda que o presente trabalho tenha buscado tratar as diferentes teorias de forma evolutiva, ressalta-se que isto ocorreu com finalidade lógico-didática. Embora a jurisprudência mais recente pareça ter inclinado na direção das teorias concretistas *individual direta* e *geral*, a realidade consiste em um “complexo de soluções, todas elas afloradas em momentos e em decisões diferentes do STF” (MORAIS, 2013, p. 345).

No mesmo sentido dispõe Sabra & Pinto (2008, p.38), enfatizando que a adoção de uma tese pelo STF não acarretou o “abandono das posturas anteriores”, posto que a adesão a novos posicionamentos ocorreu “conforme o caso concreto” exigia do Supremo Tribunal Federal.

3. A regulamentação do mandado de injunção por meio da Lei nº 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção - LMI)

O mandado de injunção obteve a sua devida regulamentação por meio da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências.

Segundo Chaves (2017, p. 10), "certo é que a Lei 13.300/2016 representa um marco histórico, consolidando orientação que há anos vem sendo construída pelo STF, em atenção aos direitos e garantias fundamentais do Cidadão".

Ainda sobre a importância da Lei nº 13.300/2016, La Rosa (2016) enfatiza que finalmente este "importante remédio constitucional recebe seu procedimento próprio, semelhante ao do Mandado de Segurança, mas atento às diferentes finalidades do Mandado de Injunção".

Ademais, "o grande mérito da Lei do Mandado de Injunção reside na possibilidade de positivar 28 (vinte e oito) anos de conformação jurisprudencial do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal" (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 42), caracterizando "um avanço para a constitucionalização do direito" e para a "cultura jurídica nacional" (LA ROSA, 2016).

Iniciando a análise dos dispositivos legais, é importante constatar que a Lei do Mandado de Injunção encerrou a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do cabimento deste remédio constitucional para o caso de omissão legislativa parcial, como pode ser observado no Art. 2º da LMI:

Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Vale ressaltar que anteriormente a jurisprudência do STF havia restringido o "cabimento do mandado de injunção para os casos de omissões totais e absolutas" (QUINTAS, 2016, p. 217). Desse modo, a possibilidade de cabimento do mandado de injunção "em caso de omissão parcial foi uma importante previsão do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 13.300/2016" (CAVALCANTE, 2016).

A lei em comento também encerrou as dúvidas que pairavam acerca do cabimento do mandado de injunção coletivo, posto que “esta Lei disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, nos termos do inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal” (Art. 1º da LMI).

Dessa forma, Cavalcante (2016) esclarece que o mandado de injunção coletivo poderá ser “proposto por legitimados restritos previstos na Lei, em nome próprio, mas defendendo interesses alheios”, tendo como objeto “os direitos constitucionalmente assegurados a determinado grupo social” (LA ROSA, 2016).

Ainda quanto ao objeto do mandado de injunção coletivo, assim dispõe o Art. 12, parágrafo único, da Lei do Mandado de Injunção:

Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

É importante ressaltar que apesar de não ter sido expressamente previsto pela CRFB/88, o mandado de injunção coletivo “sempre foi admitido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal” (SANTOS, 2016).

Neste diapasão, Quintas (2016, p. 219) afirma que a Lei nº 13.300/2016 se inspirou no instituto do mandado de segurança coletivo “tanto no que se refere ao rol de legitimados para a propositura da ação quanto no que guarda pertinência com os efeitos do provimento no âmbito da ação coletiva” injuncional.

Tendo em vista que o mandado de injunção é uma ação constitucional que possui natureza de ação civil e guarda similaridades com o mandado de segurança, o texto legal previu a aplicação subsidiária da Lei do Mandado de Segurança e do Código de Processo Civil nos seguintes termos:

Art. 14. Aplicam-se subsidiariamente ao mandado de injunção as normas do mandado de segurança, disciplinado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, e do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, observado o disposto em seus arts. 1.045 e 1.046.

Como comentado anteriormente, ainda que este dispositivo legal possa vir a ser objeto de uma futura ação direta de inconstitucionalidade (por vício formal); entende-se que eventual ação, ainda que procedente, não acarretará qualquer modificação prática

relevante, uma vez que as legislações que fazem referência ao CPC/1973 são interpretadas à luz do novo CPC (2015).

Castro & Ferreira (2016, p. 23) destacam “dois pontos que a Lei 13.300/2016 não tratou: liminares em mandado de injunção e competência”. A esse respeito, convém trazer à baila a explanação de Teori Zavascki ao comentar o anteprojeto que originou a Lei do Mandado de Injunção:

Duas situações foram, propositadamente, omitidas no texto do Projeto. A primeira é quanto à possibilidade de antecipação da tutela. A jurisprudência do STF é predominantemente contrária a essa possibilidade, por considerá-la incompatível com a natureza da pretensão jurisdicional, o que parece correto. De qualquer modo, sobrevivendo hipótese em que a medida se faz necessária e indispensável, resolve-se a questão mediante aplicação subsidiária das normas do CPC e da Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009), como prevê o art. 14 do Projeto. A outra situação a cujo respeito o Projeto silencia é a da competência. A matéria está tratada, em linhas gerais, pela Constituição, na qual há regras claras quanto à competência. (ZAVASCKI, 2013, p. 99-100).

Corroborando com a origem eminentemente jurisprudencial da Lei do Mandado de Injunção, “é possível entender a razão de não constar do texto aprovado qualquer menção expressa à medida liminar ou tutela antecipada” (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 122).

Cardoso (2018) entende ser possível “afirmar que há um *silêncio eloquente* da Lei do Mandado de Injunção, porque não se trata de uma lacuna, mas sim da *intenção de não permitir a concessão da tutela provisória* no mandado de injunção”.

Todavia, o entendimento doutrinário em sentido contrário apresenta críticas a este silêncio legal, cuja solução consiste em aplicar subsidiariamente as normas do CPC para requerer, no caso concreto, uma tutela provisória de urgência ou de evidência.

Quanto à competência para julgamento, o silêncio da Lei nº 13.300/2016 não acarreta qualquer prejuízo, até mesmo porque essa “omissão tem sua razão de ser” (ZAVASCKI, 2016, p. 100), já que a competência está disciplinada na própria Constituição Federal e varia “de acordo com o órgão ou a autoridade responsável pela edição da norma regulamentadora” (SANTOS, 2016).

Embora a Lei nº 13.300/2016 implicitamente demonstre que a competência é dos tribunais, uma vez que o procedimento se refere a atribuições do relator. Nada impede que

existam mandados de injunção a serem submetidos para julgamento por juiz singular, como é o caso de eventual omissão de órgão municipal, por exemplo. Neste sentido comentou Teori Zavascki sobre o PL nº 6.128/2009 posteriormente transformado em lei:

Uma conclusão, todavia, parece inafastável: a ação do mandado de injunção será, em princípio, da competência originária do tribunal. Atento a essa circunstância, o Projeto, em seu conjunto, utiliza uma linguagem que, embora não afaste expressamente essa possibilidade, não induz a existência de competência de juiz de primeiro grau para causas da espécie. (ZAVASCKI, 2013, p. 100).

Vistos os aspectos gerais da Lei do Mandado de Injunção, passa-se agora ao estudo dos demais dispositivos legais considerando a legitimidade *ad causam*, o procedimento da ação injuncional, os efeitos da decisão proferida em sede do mandado de injunção e a modificação posterior desses efeitos.

a. Da legitimidade *ad causam*

Inicialmente convém transcrever o Art. 3º da Lei nº 13.300/2016, que dispõe tanto sobre a legitimidade ativa para o mandado de injunção individual como sobre a legitimidade passiva para o mandado de injunção individual e coletivo:

Art. 3º São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

A respeito da legitimidade ativa da ação injuncional, Cardoso (2018) esclarece que o impetrante, “em regra, é o titular do direito inviabilizado pela falta de norma infraconstitucional regulamentadora, ou o integrante da categoria beneficiada por esse direito”.

Tal conclusão está assentada em expressa disposição legal constante nos artigos 3º e 12 da Lei nº 13.300/2016, a qual prevê os legitimados ativos para o mandado de injunção individual e coletivo, respectivamente.

Nos termos do Art. 3º da LMI, o mandado de injunção individual pode ser impetrado por pessoas naturais ou por pessoas jurídicas que se afirmam titulares dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Cavalcante (2016) esclarece que ao reconhecer a legitimidade ativa às pessoas “que se afirmam titulares”, a Lei do Mandado de Injunção adota a “teoria da asserção”, que consiste em definir que “a legitimidade *ad causam* deve ser analisada à luz das afirmações feitas pelo autor na petição inicial, devendo o julgador considerar a relação jurídica deduzida em juízo *in status assertionis*, isto é, à vista do que se afirmou”.

Dessa forma, “para fins de reconhecimento de legitimidade e processamento da ação, basta que o autor se afirme titular” (CAVALCANTE, 2016). Entretanto, nada obsta que ao final do processo seja reconhecido que o impetrante não é o titular do direito que afirma, motivo pelo qual haverá uma decisão de mérito a esse respeito.

No que tange ao mandado de injunção coletivo, é importante ressaltar que o rol de legitimados ativos constante no Art. 12 da LMI está intrinsecamente ligado ao interesse violado pela ausência de norma regulamentadora, ou seja, os legitimados “variam de acordo com a tutela requerida” (CAVALCANTE, 2016). Neste sentido:

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

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.

Ressalta-se, mais uma vez, que os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo “são os pertencentes, indistintamente, a uma

coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria” (Art. 12, parágrafo único, LMI).

Ademais, “o rol dos legitimados ativos do mandado de injunção coletivo é maior do que os legitimados que podem propor mandado de segurança coletivo”, previsto no Art. 5º, LXX, da CRFB/88 e Art. 21 da Lei nº 12.016/2009 (CAVALCANTE, 2016).

Considerando que o mandado de injunção coletivo já era admitido pela doutrina e jurisprudência, por aplicação analógica ao mandado de segurança coletivo, a Lei do Mandado de Injunção ampliou sobremaneira o rol de legitimados ativos ao incluir duas instituições essenciais à justiça, quais sejam: o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Especialmente em relação à legitimidade da Defensoria Pública:

Convém esclarecer que não consta no projeto de Lei aprovado pela Câmara a legitimidade da Defensoria Pública para propor Mandado de Injunção Coletivo, que foi incluída por emenda no Senado, sem que tal alteração passasse pela aprovação na Câmara dos Deputados, caracterizando-se a inconstitucionalidade formal por afronta ao devido processo legislativo, em confronto com o parágrafo único do artigo 65 da Constituição Federal. (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 147).

Não obstante seja supervenientemente declarada a nulidade do inciso IV do Art. 12, por inconstitucionalidade formal, os referidos autores entendem que a Defensoria Pública continuará possuindo legitimidade para impetrar o mandado de injunção coletivo.

Tal conclusão é obtida a partir de uma interpretação sistemática do Art. 4º, inciso IX, da Lei Complementar nº 80/1994, uma vez que a “legitimidade para impetrar mandado de injunção autoriza a concluir que estão abrangidas as duas espécies, o individual e o coletivo, já que o Legislador não restringiu” (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 147-148).

Finalizando os comentários acerca do polo ativo da demanda injunçional, Santos (2016) assevera o rol de legitimados é “taxativo e varia de acordo com a tutela pleiteada”. Todavia, filia-se ao entendimento exposto por Castro & Ferreira (2016, p. 148), de que “o rol de legitimados para a propositura do Mandado de Injunção Coletivo é meramente exemplificativo, já que não previsto na Constituição como o mandado de segurança coletivo”.

Quanto à legitimidade passiva do mandado de injunção individual e coletivo, havia acirrada discussão sobre quem deveria constar no polo passivo da ação injuncional. Assim, Castro & Ferreira elucidam que:

para aqueles que defendem que o mandado de injunção é uma ação que visa simplesmente a reconhecer uma omissão constitucional, somente órgãos e entidades públicas poder ser requeridos judicialmente, enquanto que para os defensores de uma solução concretizadora, pessoas de direito público ou privado poderiam figurar no polo passivo da ação, a depender de quem suportaria os efeitos práticos da decisão. (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 22).

Esta celeuma foi definitivamente solucionada pelo Art. 3º da LMI. Assim, “o sujeito passivo (impetrado ou autoridade impetrada) é a pessoa (autoridade, órgão ou ente) que detenha a atribuição de regulamentar a norma constitucional”, ficando excluída “as pessoas que não a tenham, como, por exemplo, o empregador do titular do direito” (CARDOSO, 2018).

Nessa perspectiva, a Lei do Mandado de Injunção considera como “legitimado passivo qualquer órgão ou autoridade da administração direta e indireta com competência para a elaboração da norma regulamentadora” (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 85).

Ao comentar o projeto que originou a Lei do Mandado de Injunção (PL nº 6.128/2009) e não sofreu alterações parlamentares neste ponto, Rothenburg fez as seguintes observações a respeito da legitimidade passiva na ação injuncional:

Perceba-se que o autor do Projeto andou bem ao generalizar o impetrado, que também pode ser ou pessoa jurídica ou indivíduo (pessoa física), sem excluir a possibilidade de litisconsórcio. Todavia, o Projeto preferiu adotar a tese prevalecente, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que só cabe mandado de injunção contra órgão público (precisamente aquele que deveria ter editado a norma regulamentadora faltante), ao invés de admitir também o particular que deve prestar o direito constitucional invocado; esta opção é mais adequada para possibilitar o exercício efetivo dos direitos constitucionais carentes de aplicação direta e imediata. (ROTHENBURG, 2013, p. 130).

No que se refere à titularidade passiva de autoridade (pessoa física), Cavalcante (2016) cita como exemplo o caso em que a lei faltante é de “iniciativa reservada do chefe

do Poder Executivo, do Supremo Tribunal Federal ou do Procurador Geral da República” e não foi apresentada proposta para deliberação do Poder Legislativo.

Nesses casos, o “mandado de injunção deverá ser impetrado contra o Presidente da República, contra o Presidente do STF ou contra o PGR para que eles apresentem a proposição ao parlamento” (CAVALCANTE, 2016).

b. Do procedimento

O procedimento da ação injuncional está disciplinado entre os artigos 4º e 7º da Lei nº 13.300/2016. Todavia, em observância ao que dispõe o Art. 14 da LMI, caso este diploma legal “não preveja solução para alguma situação, o intérprete deverá aplicar, subsidiariamente, as regras contidas” no CPC e na Lei do Mandado de Segurança (CAVALCANTE, 2016).

Castro & Ferreira (2016, p. 121) ressaltam que o “procedimento previsto na Lei do Mandado de Injunção é simples, semelhante ao do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009)”. No mesmo sentido dispôs Teoria Zavascki ao comentar o projeto que acarretou a publicação da lei em comento:

A primeira observação de caráter geral diz respeito ao rito: foi mantida no anteprojeto (e no Projeto) a sumariedade do procedimento, com perfil semelhante ao do mandado de segurança [...]. A sumariedade do rito não constitui, portanto, um empecilho ao alcance de resultados satisfatórios no exame e julgamento das pretensões injuncionais, circunstância que, por si só, justifica plenamente a sua adoção. (ZAVASCKI, 2013, p. 97).

Iniciando o estudo acerca do procedimento da ação injuncional, o Art. 4º da Lei nº 13.300/2016 dispõe que “a petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual e indicará, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado”.

Considerando que “a petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual” (Art. 4º da LMI), a “petição inicial do mandado de injunção deverá preencher os requisitos previstos nos arts. 319 e 320 do CPC/2015” e, no caso de inobservância, o relator “deverá determinar que o impetrante, no prazo de 15 (quinze) dias, emende-a ou complete-a”, nos termos do Art. 321 do CPC/2015. Por fim, “se o autor não cumprir a diligência, a petição inicial será indeferida” nos termos do Art. 330, inciso I, do CPC/2015 (CAVALCANTE, 2016).

Além dos requisitos gerais da petição inicial elencados no CPC, é importante ressaltar que o Art. 4º da LMI estabelece um requisito específico para o ajuizamento da petição inicial do mandado de segurança: indicação do impetrado e da pessoa jurídica. Dessa forma, o “autor deverá indicar não apenas o órgão impetrado (p.ex.: Presidente da República), mas também a pessoa jurídica que ele integra ou está vinculado (União)” (SANTOS, 2016).

Apesar de atualmente predominar os processos judiciais eletrônicos, a Lei do Mandado de Injunção ressalta que “quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem serão acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados” (Art. 4º, § 1º, da LMI).

O Art. 4º, § 2º, da Lei nº 13.300/2016 “previu a possibilidade de formulação de pedido de exibição de documentos, dispensando, portanto, eventual necessidade de medida própria com essa exclusiva finalidade” (SANTOS, 2016). Neste sentido:

Art. 4º, § 2º - Quando o documento necessário à prova do alegado encontrar-se em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro, havendo recusa em fornecê-lo por certidão, no original, ou em cópia autêntica, será ordenada, a pedido do impetrante, a exibição do documento no prazo de 10 (dez) dias, devendo, nesse caso, ser juntada cópia à segunda via da petição.

Entende-se que esta previsão legal – “prevendo os percalços que serão enfrentados pelo impetrante” – é extremamente oportuna, “principalmente em casos como esses que dão ensejo a mandado de injunção, onde se busca comprovar a omissão, a ineficácia da máquina estatal” (SANTOS, 2016).

Dessa forma, na petição inicial o autor “poderá alegar que não conseguiu juntar determinado documento que seria necessário para que ele provasse suas alegações”, podendo então “requerer que o juízo requirite do órgão, da autoridade ou do terceiro que apresente este documento” (CAVALCANTE, 2016).

Prezando pela simplicidade do procedimento, “se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem será feita no próprio instrumento da notificação”, nos termos do Art. 4º, § 3º, da LMI.

O Art. 6º da Lei nº 13.300/2016 estabelece que “a petição inicial será desde logo indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou manifestamente improcedente”.

A petição inicial será *manifestamente incabível* "quando faltar algum pressuposto processual", a exemplo de quando a parte é manifestamente ilegítima. Por sua vez, será *manifestamente improcedente* "quando o mérito do pedido for claramente improcedente", a exemplo do caso de a lei requerida já ter sido editada (CAVALCANTE, 2016).

Ainda segundo Cavalcante (2016), à petição inicial manifestamente incabível se aplica as hipóteses de indeferimento da petição inicial previstas no Art. 330 do CPC/2015. Por seu turno, à petição inicial manifestamente improcedente se aplica as hipóteses de improcedência liminar do pedido elencadas no Art. 332 do CPC/2015.

Nos termos do parágrafo único do Art. 6º da LMI, "da decisão de relator que indeferir a petição inicial, caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração". Observa-se que essa disposição legal se sobrepõe ao disposto no Art. 1.021 do CPC/2015 devido ao princípio da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

Dessa maneira, ratificando a intenção do legislador em conferir celeridade ao rito da ação injuncional, conforme analisado por Teori Zavascki, o prazo para a interposição de agravo interno é de 5 dias, não se aplicando o prazo de 15 dias previsto no Código de Processo Civil. (CAVALCANTE, 2016).

"Efetivamente recebida a inicial, superadas, como já mencionado, as hipóteses de indeferimento da inicial" (SANTOS, 2016); o relator determinará a notificação tanto do impetrado como do órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, nos termos do Art. 5º da LMI:

Art. 5º Recebida a petição inicial, será ordenada:

I - a notificação do impetrado sobre o conteúdo da petição inicial, devendo-lhe ser enviada a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste informações;

II - a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, devendo-lhe ser enviada cópia da petição inicial, para que, querendo, ingresse no feito.

A disposição constante no inciso I do Art. 5º não deve ser entendida como uma espécie de contestação (Art. 335 do CPC/2015) prevista no procedimento da ação injuncional. Trata-se de prestação de informações acerca da mora normativa incorrida pelo agente, a qual deverá ser concedida no prazo de 10 dias.

“Por se tratar de questão atinente ao Direito Público” (LA ROSA, 2016); o Art. 7º da Lei nº 13.300/2016 dispõe que, “findo o prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público, que opinará em 10 (dez) dias, após o que, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para decisão”.

Carvalho (2017) afirma que poderá ocorrer a “dispensa de manifestação ministerial. Isso pode ocorrer nas hipóteses em que o MP verificar a existência de interesses unicamente de cunho individual na demanda”, tornando-se desnecessária a emissão de parecer conclusivo.

À luz das observações empreendidas por Rothenburg (2013, p. 132) ao comentar o projeto que fomentou a Lei nº 13.300/2016, conclui-se que “se o Ministério Público for o próprio proponente do mandado de injunção” coletivo (Art. 12, I, da LMI) não se deve conferir-lhe nova oportunidade de manifestação como *custos legis*, tal qual como previsto pelo Art. 7º da lei em comento.

Por fim, o transcurso do prazo para o Ministério Público se manifestar sobre a pretensão requerida em sede do mandado de injunção encerra os atos processuais anteriores à decisão do magistrado, cujos efeitos serão avaliados a seguir.

c. Dos efeitos da decisão

Ao discorrer sobre o PL nº 6.128/2009 (atual Lei nº 13.300/2016), Zavascki (2013, p. 97) enfatizou que o referido projeto incorporou o “perfil de mandado de injunção traçado pela jurisprudência mais recente do STF, especialmente no que diz respeito à natureza e aos efeitos da decisão”.

Neste sentido, é possível perceber:

as dificuldades de acomodar num procedimento tradicional essa variada e múltipla tipologia de tutelas. A opção de conferir ao mandado de injunção o perfil normativo-concretizador, como faz o STF, importa, em boa medida, atribuir ao Judiciário uma atividade tipicamente legislativa, cujo resultado será uma decisão com especialíssimas características, a saber: (a) uma decisão com natural eficácia prospectiva, ou seja, com efeitos normalmente aptos a se projetar também para o futuro (o que não é comum nas sentenças em geral); (b) uma decisão que, por isso mesmo, fica sujeita, quando necessário, a ajustes em função de supervenientes modificações do estado de fato ou de direito; e, enfim, (c) uma decisão com natural vocação expansiva em relação às situações análogas, efeito esse que,

aliás, também decorre e é imposto pelo princípio da isonomia, inerente e inafastável aos atos de natureza normativa. (ZAVASCKI, 2013, p. 97).

Tendo em vista as diversas teorias acerca dos efeitos das decisões proferidas em sede de mandado de injunção; conclui-se que, ao editar a Lei do Mandado de Injunção, o “legislador optou por uma solução sincrética, sem se comprometer com uma teoria específica” (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 134).

Nessa perspectiva dispõe o Art. 8º da Lei nº 13.300/2016:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do *caput* quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Ao comentar este dispositivo da lei, Castro & Ferreira (2016, p. 134-135) afirmam que “o inciso I tem claro caráter mandamental e o inciso II comporta a edição de sentença normativa aditiva, com a criação de uma norma pela própria decisão”.

Domingues (2016) enfatiza que “a fixação de prazo para legislar (1ª decisão)” acarreta uma polêmica inevitável, pois é possível argumentar “que, a princípio, trata-se de dispositivo inconstitucional, por violação da Separação dos Poderes”, motivo pelo qual é necessário aguardar “manifestação do STF acerca do tema”.

O inciso II do Art. 8º tem o objetivo de “tornar concreto o direito pleiteado pela parte” (DOMINGUES, 2016). Assim, a partir da interpretação sistemática dos incisos I e II do artigo 8º, não resta dúvidas de que a “Lei nº 13.300/2016 determina, como regra, a aplicação da corrente concretista individual intermediária” (CAVALCANTE, 2016).

Como é de se esperar para qualquer tema jurídico amplamente controvertido, a adoção da teoria concretista individual pela Lei do Mandado de Injunção é criticada por parcela da doutrina que entende que esta teoria cria obstáculos desnecessários à concretização de direitos. Neste diapasão:

a exigência da determinação de prazo e de seu esgotamento como condição para o exercício do direito subjetivo dilata a inconstitucionalidade por omissão, impede o desfrute imediato dessas prerrogativas e paralisa a eficácia de textos normativos cuja aplicabilidade não se encontra limitada. Melhor teria sido, então, a consagração, pela Lei nº 13.300/2016, da aludida teoria concretista imediata como efeito direto e geral da sentença que viabiliza o exercício do direito pleiteado na ação de injunção. (MARIN & BEZERRA, 2018, p. 61)

Também merece destaque as observações feitas por Araújo (2016, p. 10), que assevera que, “apesar da clara opção legislativa pela tese concretista, permanece a questão sobre como o juiz definirá, no caso concreto, as condições nas quais o direito pleiteado por meio do mandado de injunção será exercido”.

Assim, considerando que “o texto legal não traz qualquer parâmetro para o exercício da jurisdição nesse âmbito” (ARAÚJO, 2016); tanto a doutrina como a jurisprudência deverão traçar os limites da atuação judicial na concretização de direitos, uma vez que o próprio projeto que originou a Lei nº 13.300/2016 “deveria ter sido mais explícito e revelar que ‘condições’ são essas que, em última análise, correspondem ao verdadeiro efeito do mandado de injunção” (ROSA, 2013, p. 115).

Ainda a respeito da previsão legal constante no Art. 8º da LMI, Castro & Ferreira (2016, p. 135) apontam a importância da “adoção de um procedimento bifásico no mandado de injunção”. Dessa maneira, observa-se que:

a decisão assinalará, em um primeiro momento, a falta de norma regulamentadora e o prazo para suprimento da mora pelo impetrado. Na hipótese de desrespeito do comando inicial, o Tribunal ficará livre para suprir a mora por meio de uma decisão normativa e concretizadora. Esta solução garante dinamismo, celeridade e evita, de maneira elegante, a multiplicação de impetrações. (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 135)

Em consonância com o disposto no parágrafo único do mesmo artigo, verifica-se que esta primeira fase da “decisão só poderá ser proferida uma vez”. Ademais,

considerando que o Art. 8º, inciso I, “não trouxe um termo definido” para a edição da norma faltante pelo órgão responsável; o prazo será fixado pelo Poder Judiciário ao “verificar caso a caso o tamanho da inércia legislativa” (DOMINGUES, 2016).

No mesmo sentido, Cavalcante (2016) leciona que – nos termos do Art. 8º, parágrafo único, da LMI – o “Tribunal não precisará adotar a primeira providência (fixar prazo) e já poderá passar direto para a segunda etapa”:

Em outras palavras, se já foram concedidos outros mandados de injunção tratando sobre o mesmo tema e o impetrado não editou a norma no prazo fixado, não há razão lógica para estipular novo prazo, devendo o juiz ou Tribunal, desde logo, estabelecer as condições para o exercício do direito ou para que o interessado possa promover a ação própria. (CAVALCANTE, 2016).

Assim, destoando da regra geral que acolheu a *teoria concretista individual intermediária*, a Lei do Mandado de Injunção também adotou, subsidiariamente, a *teoria concretista individual direta* ou *teoria da resolatividade*, nos termos do Art 8º, parágrafo único. (CAVALCANTE, 2016).

Apesar de enfatizarem a importância do procedimento bifásico da decisão jurisdicional, Castro & Ferreira (2016, p. 135) entendem que o legislador não pode, “por meio dos incisos I e II do art. 8º da Lei do Mandado de Injunção, obrigar o Judiciário a não cumprir diretamente com o seu dever constitucional de suprir as omissões via o *writ* em estudo”. Concluem então que:

a previsão do parágrafo único do art. 8º é meramente exemplificativa, consagrando faculdade ao Judiciário, cabendo a este definir se poderá diretamente cumprir com seu dever jurisdicional, implementando o direito via mandado de injunção, concedendo diretamente a tutela jurisdicional prevista no inciso II do art. 8º, da norma citada, sem passar pela fase do inciso I do mesmo artigo, aplicando-se o princípio da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 135-136)

Com a devida vênia, não é possível concordar com o posicionamento defendido pelos referidos autores acerca da facultatividade da concessão de prazo ao impetrado (para edição da norma), uma vez que tal interpretação extrapola a *mens legis* pretendida pelo legislador, a qual está alicerçada na jurisprudência do STF, como visto anteriormente.

Dessa maneira, filia-se ao entendimento de que a Lei nº 13.300/2016 adotou a *teoria concretista individual intermediária*. Todavia, em caso de inércia normativa já comunicada por mandado de injunção anterior, inclusive em relação àqueles ajuizados antes da vigência dessa lei, aplicar-se-á a *teoria da resolutividade*.

Iniciando os comentários acerca dos “limites subjetivos da decisão proferida no mandado de injunção”, Cardoso (2016) sintetiza que:

em regra, a decisão produz eficácia *inter partes*, ou seja, somente pode beneficiar o impetrante (ou os representados por ele); [...] excepcionalmente, e desde que conste expressamente da decisão, pode ter eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa. (CARDOSO, 2016).

A regra geral adotada pela Lei do Mandado de Injunção (teoria concretista individual) – que “já era o entendimento do STF” (DOMINGUES, 2016) – está positivada tanto para o mandado de injunção individual como para o mandado de injunção coletivo, nos termos dos artigos 9º, *caput*, e 13, *caput*, da Lei nº 13.300/2016, respectivamente.

De acordo com o Art. 9º da LMI, “a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora”. Nota-se, então, que a Lei nº 13.300/2016 estabeleceu uma “regra geral segundo a qual, sob o aspecto subjetivo, os efeitos são limitados às partes, e, sob o aspecto temporal, têm como termo final o advento de norma regulamentadora, editada pelo Legislativo”, como já observava Zavascki (2013, p. 98) ao comentar o projeto de lei posteriormente aprovado pelo Congresso Nacional.

Em conformidade com o disposto no Art. 13 da Lei do Mandado de Injunção: “no mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º.”

Assim sendo, também para o mandado de injunção coletivo fica constatada a adoção da corrente individual (eficácia *inter partes*), como regra geral, uma vez que apenas “são atingidos pela coisa julgada aqueles que foram substituídos pelo impetrante”. Dessa forma, “por exemplo, no caso dos sindicatos, os membros da mesma categoria, mas não pertencentes a base territorial do sindicato impetrante, não podem aproveitar da coisa julgada segundo resultado da demanda” (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 153).

Visto os dispositivos legais que esclarecem a eficácia subjetiva *inter partes* para os mandados de injunção individual e coletivo, passa-se agora ao estudo do Art. 9º, § 1º, da

LMI, que dispõe que “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”.

Deste modo, excepcionalmente, a Lei do Mandado de Injunção estabelece a possibilidade de que os efeitos da decisão injuncional transponham as pessoas do impetrante e do impetrado e alcancem outras pessoas estranhas à relação jurídico processual. Tendo em vista esta possibilidade de extensão dos efeitos da decisão (efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*), conclui-se que a Lei nº 13.300/2016, de forma subsidiária, também adotou a *teoria concretista geral*.

Segundo Zufelato (2011, p. 246-247, *apud* CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 136), as expressões *ultra partes* ou *erga omnes* visam “designar o fenômeno da extensão do julgado aos ‘terceiros’”, não havendo “entre as expressões, correlação com o maior ou menor número de sujeitos vinculados à decisão”.

A respeito da extensão da eficácia subjetiva da decisão, ainda durante as discussões do projeto que desencadeou na publicação da lei em comento, Rothenburg destacou que:

É importante que o órgão judicial competente para decidir possa modular a eficácia subjetiva da decisão, quando tal calibragem se revele necessária ou adequada. É o caso, por exemplo, de outras situações idênticas ou muito semelhantes que envolvam outros grupos ou categorias de pessoas, ou outros entes da federação, ou outros órgãos públicos. Do ponto de vista da Administração Pública, a exigência de um mesmo tratamento decorre do princípio constitucional da impessoalidade (Constituição Federal, art. 37). (ROTHENBURG, 2013, p. 135).

Convém salientar que a doutrina permanece silente sobre o significado daquilo que pode ser considerado como “inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração” (Art. 9º, § 1º, da LMI, *in fine*). Compreende-se, então, que este dispositivo legal confere uma espécie de salvo conduto a ser utilizado pelo órgão julgador que, diante do caso em análise, entenda ser adequada a adoção da teoria concretista geral.

Consoante Castro & Ferreira (2016, p. 136), “a extensão em comento é de competência a ser exercida no julgamento”, de modo que eventual omissão do órgão julgador é “passível de ser suscitada em embargos declaratórios”, nos termos do Art. 1.022, inciso II, do CPC/2015.

Como bem observado por Cavalcante (2016), não pairam dúvidas de que a possibilidade de extensão da eficácia subjetiva da decisão injuncional se aplica tanto para o mandado de injunção individual como para o mandado de injunção coletivo, conforme se constata pelo trecho final do Art. 13, *caput*, da Lei nº 13.300/2016.

Destarte, embora a regra geral adotada pela ação injuncional coletiva seja a de que decisão proferida possui efeitos *inter partes* (Art. 13, *caput*, da LMI, *in initio*) – teoria concretista individual; esta regra geral é aplicada “sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º” (Art. 13, *caput*, da LMI, *in fine*), isto é, admite-se que seja “conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*” (Art. 9º, § 1º, da LMI), o que corresponde à *teoria concretista geral* (teoria da independência jurisdicional).

Ainda no que tange aos efeitos do mandado de injunção, o Art. 9º, § 2º, da Lei nº 13.300/2016 dispõe que “transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator”. Este dispositivo legal também tem sua aplicação admitida para os mandados de injunção coletivo (Art. 13, *caput*, da LMI, *in fine*), tratando-se de “hipótese cabível somente para casos julgados por tribunais” em que é “dispensável, portanto, o julgamento pelo órgão colegiado” (SANTOS, 2016).

Ao comentar o dispositivo correspondente no PL nº 6.128/2009, Rothenburg (2013, p. 135) asseverou que este “mecanismo de objetividade e rapidez processual” é pertinente, mas que o mesmo deve ser “utilizado com rigor e fiscalizado com atenção”.

A preocupação do ilustre doutrinador quanto ao disposto no Art. 9º, § 2º, da LMI é justificada pelo fato de que “essa possibilidade de ampliação dos afetados pela decisão do mandado de injunção” pelo próprio relator é complexa e envolve uma certa delegação de competências pelo órgão colegiado, pois só àquele “incumbirá, além da avaliação quanto à conveniência e oportunidade da extensão, a avaliação prévia da semelhança de casos” (ROTHENBURG, 2013, p. 135).

Em relação ao parágrafo único do artigo 13 da LMI, Castro & Ferreira (2016, p. 153) sustentam que “o mandado de injunção coletivo não induz litispendência com os mandados de injunção individuais, tal como ocorre no Mandado de Segurança Coletivo”. Transcreve-se, a seguir, o dispositivo legal em comento:

Art. 13, parágrafo único - O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.

Nota-se, portanto, que é outorgado um direito potestativo àqueles que possuem ação injuncional individual em curso. O exercício deste direito “envolve um cálculo de risco a ser efetuado em um prazo exíguo de 30 (trinta) dias” que será contado a partir da ciência comprovada da demanda injuncional coletiva (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 153).

A respeito do significado da “ciência comprovada da impetração coletiva” (Art. 13, parágrafo único, *in fine*), concorda-se com a solução apresentada pelos referidos doutrinadores, no sentido de que:

Salvo engano, além dos casos que o impetrante individual toma ciência nos autos do processo coletivo, a melhor interpretação é no sentido que compete ao impetrado informar nos autos do mandado de injunção individual a existência de mandado de injunção coletiva. Cuida-se de dever anexo de lealdade processual e sua inobservância não pode ser oposta aos impetrados individuais de boa-fé no futuro. (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 153).

Por fim, é importante destacar que o mandado de injunção “julgado improcedente por falta de provas poderá ser reproposto” (CAVALCANTE, 2016). Neste sentido dispõe o Art. 9º, § 3º, da LMI: “o indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios”.

d. Da modificação posterior dos efeitos da decisão

A Lei nº 13.300/2016 trouxe duas hipóteses em que é possível ocorrer modificação da decisão proferida em uma ação injuncional (individual ou coletiva): a ação revisional (Art. 10) e a norma regulamentadora superveniente (Art. 11).

Essa modificação posterior dos efeitos da decisão injuncional ocorre pelo fato de que “as decisões em mandado de injunção contêm a cláusula *rebus sic standibus*, de modo que sua eficácia fica sempre sujeita à superveniência de mudanças nas circunstâncias fáticas ou jurídicas” (VALE, 2013, p. 226).

Exatamente por isso que a Lei 13.300/2016 dispõe que a decisão injuncional “produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora” (Art. 9º, *caput*, da LMI, *in fine*). Isto é, “a eficácia da sentença está subordinada à manutenção das circunstâncias de fato ou de direito” (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 139).

À vista disso, cabe salientar que:

A provisoriedade do provimento judicial é inerente a toda decisão em mandado de injunção, cujos efeitos originários serão modificados

ou simplesmente cessarão com o advento da norma regulamentadora editada pelo órgão impetrado. Os parâmetros normativos fixados pela decisão judicial regularão o caso concreto (ou os demais casos análogos, na hipótese de efeitos *ultra partes*) apenas de forma provisória, até sobrevenha a normatização produzida pelo órgão ou autoridade impetrada (VALE, 2013, p. 226).

Segundo Castro & Ferreira (2016, p. 137), a provisoriedade da decisão injuncional – deduzida a partir do *caput* do Art. 9º da LMI – “deve ser interpretada sistematicamente, o que implica na estabilização da decisão enquanto persistir o mesmo suporte fático”.

Neste diapasão, não se deve confundir a coisa julgada formal e a coisa julgada material. Enquanto a primeira corresponde à inviabilidade de se atacar decisões de mérito ou terminativas por impugnações ou recurso (preclusão definitiva); a segunda corresponde à “imutabilidade da decisão no mesmo processo ou, em qualquer outro, entre as partes” (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 139).

Nota-se, portanto, que ainda que a decisão injuncional não faça coisa julgada material, tal decisão possui estabilidade – enquanto não sobrevier alterações fático-jurídicas relevantes (cláusula *rebus sic standibus*) – e enseja o encerramento das discussões na ação em curso, isto é, faz coisa julgada formal.

No que tange especificamente à ação revisional, Teori Zavascki – ao comentar o PL nº 6.128/2009 – esclareceu que ela não se confunde com a ação rescisória (prevista no Art. 966 do CPC/2015). Para o autor, a ação revisional:

se destina a ajustar a “norma” decorrente da decisão original a supervenientes modificações no estado de fato ou de direito. Ação dessa natureza não constitui propriamente uma novidade em nosso sistema processual, já que prevista, para situações semelhantes (ou seja, para sentenças com vocação prospectiva, dotadas, por isso mesmo, implicitamente, da cláusula *rebus sic standibus*). (ZAVASCKI, 2013, p. 99).

Pela ação revisional, prevista no Art. 10 da Lei nº 13.300/2016, observa-se que: “sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”.

A priori, ressalta-se que a doutrina é unânime em afirmar que “a decisão revisional produzirá apenas efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, mantendo-se os efeitos da coisa julgada

já produzidos e exauridos no tempo” (VALE, 2013, 227). Isto é, caso a ação revisional seja julgada procedente, permanecerão intactos os efeitos jurídicos já produzidos pela decisão injuncional anteriormente proferida (CAVALCANTE, 2016). Ademais, se fosse admitido o efeito *ex tunc*, tal instituto se confundiria com a ação rescisória (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 140).

Em relação à competência para julgamento, Carvalho (2016) afirma que “será competente para a ação de revisão o juízo que proferiu a decisão no mandado de injunção”, uma vez que, conforme parágrafo único do Art. 10 da LMI, “a ação de revisão observará, no que couber, o procedimento estabelecido nesta Lei”.

Considerando que a ação revisional tem como razão de ser as “relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito” (Art. 10, *caput*, da LMI, *in fine*); é importante salientar que as razões de direito ensejadoras da ação de revisão não correspondem à superveniência da norma regulamentadora (antes inexistente), uma vez que esta espécie de modificação da decisão injuncional possui tratamento peculiar na Lei do Mandado de Injunção (Art. 11).

A ação revisional baseada na alteração das circunstâncias de direito poderá ocorrer, por exemplo, quando a decisão do mandado de injunção determinar a aplicação analógica de uma lei. Assim, “a alteração substancial ou a revogação dessa mesma lei repercutirá sobre o provimento judicial, que necessariamente deverá ser revisto” (VALE, 2013, p. 226).

Filia-se ao entendimento de que a ação de revisão prevista no Art. 10 da LMI deve ser proposta em outro processo, observando os requisitos da petição inicial previstos nos artigos 319 e 320 do CPC/2015. Dessa forma:

toda vez que o quadro fático alterar-se significativamente, será possível postular, e será novo pedido (nova ação), pois cada ação judicial é relativa a suas circunstâncias. A possibilidade de revisão que o dispositivo propõe é interessante, porque permite aproveitar o processo anterior do mandado de injunção e ajustar apenas a decisão, sem necessidade de propositura de outra ação. (ROTHENBURG, 2013, p. 136)

Em sentido contrário, Vale (2013, p. 226) afirmou – ainda nos comentários ao PL nº 6.128/2009 – que não seria necessária uma nova ação, posto que “o pedido de revisão pode ser efetivado por simples petição nos autos, os quais, estando já arquivados, poderão ser desarquivados para encaminhamento ao relator originário da ação principal do mandado de injunção, ou seu sucessor”.

Por expressa disposição legal (Art. 10, *caput*, da LMI, *in initio*), “qualquer interessado” pode ajuizar a ação revisional. Destarte, detém legitimidade ativa todo “aquele que demonstre ser atingido com relevância pelos efeitos da decisão, e não apenas o impetrante” (ROTHENBURG, 2013, p. 136).

A *contrario sensu* é o entendimento de Vale (2013, p. 226-227). Para o ilustre doutrinador, “parece problemática a permissão para que ‘qualquer interessado’ formule o pedido de revisão. Mais adequado seria legitimar apenas os próprios impetrantes para o pedido de revisão”.

Concorda-se plenamente com a previsão disposta na Lei do Mandado de Injunção no sentido de que a ação revisional pode ser proposta por qualquer interessado. Isto posto, segue a brilhante explanação de Castro & Ferreira:

Parte da doutrina critica a permissão para qualquer interessado ajuizar ação revisional. Respeitosamente, rechaçamos esta crítica. A uma porque o magistrado sempre verificará, de maneira preliminar ao mérito, se o demandante preenche as condições da ação. Ademais, a previsão faz sentido na medida em que a lei outorga a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* a decisão, o que ampliaria o interesse revisional além dos demandantes originais. (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 140)

Concluídos os discursos acerca da ação revisional. Passa-se então a tecer comentários sobre a outra hipótese de modificação posterior dos efeitos da decisão injuncional: a norma regulamentadora superveniente.

De forma extremamente didática, Vale (2013, p. 227) leciona que “a superveniência da norma pode ocorrer: (1) no curso do processo ou durante o julgamento da ação ou recurso; ou (2) após o trânsito em julgado da decisão final”. Esses dois instantes de superveniência da norma regulamentadora – a depender do momento processual em que se encontra a ação injuncional – foram tratadas pelo Art. 11 da Lei nº 13.300/2016, em seu parágrafo único e *caput*, respectivamente.

Sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, Rothenburg (2013, p. 137) esclarece que “o art. 11 respeita a opção do titular da competência normativa originária, ainda quando exercitada tardiamente (após a propositura ou decisão do mandado de injunção)”.

Ainda segundo o ilustre doutrinador (2013, p. 136), diante de um quadro de equivalências – regramento estabelecido pela decisão injuncional *versus* norma

regulamentadora superveniente –, “a preferência para a regulamentação deve ser dada ao órgão originariamente incumbido pela Constituição para editar a norma faltante (princípio da separação dos Poderes)”.

De acordo com o Art. 11 da LMI, “a norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável”.

Primeiramente é importante ressaltar que a “coisa julgada” a que se refere o Art. 11, *caput*, da Lei nº 13.300/2016 é indubitavelmente a coisa julgada formal (de eficácia endoprocessual). Nota-se, portanto, que a norma faltante foi editada pelo órgão ou autoridade competente (impetrados) após o encerramento da ação injuncional (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 140).

Enquanto a procedência da ação revisional sempre acarretará efeitos *ex nunc* (Art. 10, *caput*, da LMI, *in initio*); a superveniência de norma regulamentadora produzirá, em regra, efeitos *ex nunc* (Art. 11, *caput*, da LMI, *in initio*). Todavia, tais efeitos retroagirão – tornar-se-ão *ex tunc* – no caso de sua aplicação ser mais favorável ao beneficiário da decisão injuncional (Art. 11, *caput*, da LMI, *in fine*).

Destarte, “se após a decisão do Mandado de Injunção surge lei nova regulamentando o direito concedido pelo *writ*, resta avaliar se há prejuízo, caso mais favorável ao beneficiário retroagirá” (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 141).

Por outro lado, se a norma superveniente trazer prejuízo ao “autor do mandado de injunção que foi julgado procedente no passado”, ela não retroagirá; porém, tão logo entre em vigor, a norma passará a “reger todas as situações a que ela disciplinar” (*ex nunc*), inclusive a relação jurídica discutida anteriormente na ação injuncional (CAVALCANTE, 2016).

Considerando o disposto no Art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88 e o julgamento proferido pelo STF durante a análise do MI 283/DF; Castro & Ferreira (2016, p. 141-142) afirmam que “a disposição que veda a retroatividade da lei em *malam partem* está em sintonia com o princípio da segurança jurídica”. Por isso, “a previsão do art. 11 da Lei do Mandado de Injunção é plenamente compatível com a lei maior”.

Prosseguindo com os comentários acerca dos dispositivos legais, o parágrafo único do Art. 11 da LMI dispõe que “estará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito”.

A respeito deste dispositivo legal, observa-se que:

A Lei 13.300/2016 consagra no art. 11, parágrafo único, a posição mais recente do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que fica prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito, caracterizada a perda superveniente do interesse de agir. (CASTRO & FERREIRA, 2016, p. 143).

A afirmação exposta pelos doutrinadores (2013, p. 143) se baseia na decisão proferida pelo STF no agravo regimental do MI 3.709/DF, julgado em 11/12/2014. O entendimento anterior, superado pelo STF, havia sido adotado no julgamento das ações injuncionais relativas ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço – MI 943/DF, MI 1.010/DF, MI 1.074/DF e MI 1.090/DF –, que foram julgadas posteriormente à publicação da respectiva lei e cuja procedência ocorreu com base em parâmetros idênticos ao estabelecidos pela norma.

Consubstanciando o parágrafo em comento, “a edição de norma regulamentadora antes de proferida a decisão no mandado de injunção [...] acarretará a perda do objeto da ação” e, conseqüentemente, a extinção do processo injuncional sem resolução de mérito (SANTOS, 2016).

É importante ressaltar que antes mesmo da publicação da Lei nº 13.300/2016, Vale (2013, p. 228) já depreciava o desfecho processual do Art. 11, parágrafo único, da LMI; posto que, ao invés de estabelecer a prejudicialidade total da ação injuncional, a norma vigente deveria “prever a possibilidade de aditamento ao pedido inicial formulado pelo impetrante para pleitear a verificação de eventual omissão parcial”:

Ao mandado de injunção não se deveria negar seguimento (por perda superveniente do objeto) pelo simples fato de que a norma editada pode padecer de omissão parcial. Assim, sanada a omissão total com a edição da norma regulamentadora do direito reivindicado, poderá ser necessário verificar a existência de omissão parcial por insuficiência da própria norma para permitir o pleno exercício do direito em questão. É plenamente possível vislumbrar a hipótese em que a nova regulamentação deixe de completar a categoria da qual faz parte o impetrante, que nesse caso terá todo o interesse (permanecerá o interesse de agir, caracterizado pela impossibilidade de exercício do direito em razão da falta parcial da norma regulamentadora) em continuar a ação, transmutando

apenas o pedido inicial de suprimento de omissão total para análise de omissão parcial. (VALE, 2013, p. 227-228).

Destaca-se, ainda, que a depender do período de *vacatio legis* determinado pela norma regulamentadora editada durante a ação injuncional, “permanecerá o interesse (interesse de agir) do impetrante em ver regulamentada sua situação”, motivo pelo qual “não poderá a ação ficar prejudicada, pois subsistirá o interesse na fixação de um parâmetro que possa reger concretamente o exercício do direito pleiteado” até que a nova norma entre em vigor (VALE, 2013, p. 228).

Filia-se integralmente a este entendimento. Infelizmente, a previsão normativa constante no Art. 11, parágrafo único, da LMI, pode acabar inviabilizando que o direito pleiteado pelo impetrado seja exercido, sendo necessário valer-se de uma nova impetração mandamental.

4. Contribuição da Lei nº 13.300/2016 na concretização de direitos

Finalizando as discussões sobre este trabalho, procura-se responder o seguinte questionamento: qual a contribuição da Lei do Mandado de Injunção na concretização de direitos fundamentais?

Tendo em vista os aspectos teóricos de seu surgimento, não era possível esperar que a lei trouxesse inúmeras modificações práticas nos julgamentos dos mandados de injunção, uma vez que a nossa Suprema Corte já vinha adotando uma postura no sentido de concretização de direitos.

Por outro lado, ainda que haja pouca alteração fática nos julgamentos enfrentados quando da impetração do *mandamus*, não se pode olvidar que a Lei do Mandado de Injunção afasta, por completo, a tese não concretista (teoria da subsidiariedade); não sendo cabível o *passivismo* judicial frequentemente visualizado no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, quando o Judiciário somente notifica a mora do Poder Legislativo.

Considerando a magnitude do princípio da separação de Poderes, era inviável esperar que – por meio da Lei nº 13.300/2016 – o Legislativo concedesse uma “carta branca” ao Poder Judiciário, autorizando que ele regulamentasse a norma faltante de maneira absoluta, com efeito *erga omnes* (tese concretista geral).

Isso seria abdicar de sua parcela do poder político, violando a soberania popular e o próprio Estado de direito. Ora, se a Lei do Mandado de Injunção adotasse – como regra – a teoria da independência jurisdicional (tese concretista geral); ao invés de o povo editar

as normas, por meio de seus representantes, elas poderiam ser criadas pelo julgador, cuja legitimidade não provém do voto, mas da fundamentação de suas decisões.

Nesse sentido, entende-se que a Lei nº 13.300/2016 adotou a máxima concretização possível. Ao abandonar aspirações não concretistas e admitir tão somente de forma excepcional a eficácia *erga omnes* nas decisões proferidas (tese concretista geral), a escolha do legislador pela teoria concretista individual não poderia ser mais acertada.

O mecanismo adotado pelo Art. 8º da LMI – tese concretista individual, intermediária (de início) e direta (nos casos de reiteração) – coaduna com o princípio da separação dos Poderes, com a soberania popular, com a inafastabilidade da jurisdição e outros ditames constitucionais.

Embora sua contribuição talvez seja pouco perceptível ao cidadão comum, é inegável que a Lei do Mandado de Injunção tem o condão de conferir estabilidade no campo teórico, posto que fica pacificada as discussões atinentes ao procedimento, legitimação e objeto das ações injuncionais, bem como em relação ao fato de as teorias concretizadoras violarem ou não a separação de Poderes.

Com o advento da Lei nº 13.300/2016, é o próprio Legislativo – isto é, o próprio povo – quem confere ao Judiciário a atribuição de efetivar os direitos ainda não usufruídos por ausência de norma regulamentadora. Dessa forma, não se pode mais alegar que há uma invasão nas atribuições normativas dos demais Poderes, especialmente do Legislativo.

A função de dizer o direito ao caso concreto alcança, definitivamente, a supressão das lacunas existentes diante da ausência de norma regulamentadora. Destarte, ao exercer sua função típica, o povo autoriza que o Judiciário concretize direitos, expressando a aplicação da teoria dos freios e contrapesos para os casos de inércia normativa.

Resta desconfigurada, portanto, as alegações de um inadequado ativismo judicial no que tange aos mandados de injunção, visto que a efetivação de direitos se encontra dentro dos limites daquilo que é juridicamente permitido ao julgador, desde que observado os parâmetros definidos pela Lei nº 13.300/2016 (tese concretista individual).

A despeito de haver autorização legislativa para a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões em mandado de injunção, acredita-se que a adoção dessa tese concretista geral é o ponto de maior nevrálgia da lei em comento, uma vez que ela só poderá ocorrer, de forma excepcional, quando “for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração” (Art. 9º, § 1º, *in fine*, da LMI).

A interpretação desse conceito jurídico indeterminado torna ainda mais relevante a necessidade de uma adequada fundamentação da decisão (Art. 93, IX, CRFB/88), posto que uma escolha equivocada do julgador configurar-se-ia indevido ativismo judicial capaz de afrontar a separação de Poderes.

Diante do exposto, não sento totalmente indispensável a adoção da tese concretista geral, entende-se que é sempre preferível adotar a tese concretista individual, com ênfase na teoria da resolutividade, tal qual ratificado pela Lei nº 13.300/2016.

Por fim, a Lei do Mandado de Injunção reforçou a teoria dos precedentes judiciais, já estabelecida pelo CPC/15, ao prever que os efeitos de decisões anteriores em mandado de injunção “poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator” (Art. 9º, § 2º, da LMI), corroborando com a tese concretista individual direta.

Ao ressaltar, mais uma vez, o entendimento de que a Lei nº 13.300/2016 adotou a máxima concretização possível, aperfeiçoando a aplicabilidade jurídica do mandado de injunção, encerra-se este trabalho.

CONCLUSÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ação injuncional começou a ser utilizada pelos cidadãos em razão de sua previsão constitucional apoiar-se em norma de eficácia plena e, portanto, aplicabilidade imediata, tal qual decidiu o STF no julgamento do MI nº 107-3/DF. Todavia, por não haver normatização específica sobre o instituto, doutrina e jurisprudência se empenharam fortemente em delinear os contornos de sua utilização.

A partir das diferentes posições adotadas pelo STF, é possível reunir as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se formaram a respeito dos efeitos do mandado de injunção em quatro cenários: tese não concretista; tese concretista individual intermediária; tese concretista individual direta e tese concretista geral.

De viés indubitavelmente concretizador, a Lei nº 13.300/2016 adotou as três teorias concretistas em seu texto legal. A regra adotada pela Lei do Mandado de Injunção é a tese concretista individual intermediária que – diante de comunicação pretérita e permanência da mora normativa – enseja a adoção da tese concretista individual direta no julgamento de novas ações injuncionais. Ademais, diante das particularidades do caso em análise, é possível que o órgão jurisdicional decida pela adoção da tese concretista geral.

Considerando a cláusula *rebus sic standibus* intrínseca a todas as decisões injuncionais, a Lei do Mandado de Injunção também trouxe disposições específicas em

relação à ação revisional e à norma regulamentadora superveniente, as quais modificam os efeitos da decisão inicialmente proferida. Dessa forma, a decisão proferida no mandado de injunção – de eficácia prospectiva e expansiva – sujeita-se apenas à coisa julgada formal e, inevitavelmente, terão seus efeitos modificados no futuro, tão logo haja alteração nas circunstâncias de fato ou de direito.

Constata-se que a *mens legis* conciliou – na medida do possível – os dispositivos constitucionais relativos à separação dos Poderes, à inafastabilidade da jurisdição e à garantia do mandado de injunção com a finalidade de viabilizar a efetivação de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário.

Além disso, ainda que o ativismo judicial continue sendo tema de caloroso debate doutrinário e jurisprudencial, a autorização legislativa para que o Judiciário concretize direitos por meio do mandado de injunção finda tamanha controvérsia até então existente, uma vez que a vontade popular atestada na Assembleia Nacional Constituinte foi finalmente acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do exposto, após consulta à construção doutrinária e jurisprudencial acerca do mandado de injunção e posterior verificação do impacto da Lei nº 13.300/2016 na concretização de direitos, verificou-se que a referida lei aperfeiçoou a aplicação dessa garantia constitucional para a efetivação de direitos.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 19 ago. 2019

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm >. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm >. Acesso em: 05 out. 2019.

_____. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm >. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.** Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm >. Acesso em: 07 dez. 2019.

_____. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.** Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm >. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. **Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009.** Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm >. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. **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: 25 out. 2019.

_____. **Lei nº 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: 18 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 988, de 1988.** Regula o rito processual do Mandado de Injunção e dá outras providências. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16117> >. Acesso em: 02 dez. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.002, de 1990.** Dispõe sobre o mandado de injunção. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21268> >. Acesso em: 02 dez. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.128, de 2009.** Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453192> >. Acesso em: 02 dez. 2019.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 76, de 1988.** Dispõe sobre o mandado de injunção. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1255> >. Acesso em: 02 dez. 2019.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 18, de 2015.** Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120401> >. Acesso em: 03 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 107-3/DF**. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908> >. Acesso em: 01 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 232-1/RJ**. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759> >. Acesso em: 01 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670-9/ES**. Relator Ministro Maurício Corrêa. Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549> >. Acesso em: 24 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 721-7/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390> >. Acesso em: 24 nov. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARDOSO, Oscar Valente. **Mandado de Injunção: Comentários à Lei nº 13.300/2016**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/66050/mandado-de-injuncao-comentarios-a-lei-n-13-300-2016> >. Acesso em: 19 ago. 2019.

CARVALHO, Aristócrates. **Mandado de injunção: compreendendo a sistemática processual da Lei 13.300/2016**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/61611/mandado-de-injuncao-compreendendo-a-sistemática-processual-da-lei-13-300-2016> >. Acesso em 06 dez. 2019.

CASTRO, Guilherme de Siqueira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Mandado de injunção**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Primeiros comentários à Lei 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção)**. Disponível em: < <https://www.dizerodireito.com.br/2016/06/primeiros-comentarios-lei-133002016-lei.html> >. Acesso em 19 ago. 2019.

CHAVES, Yan Monteiro. **Lei do Mandado de Injunção: possibilidade de edição de decisões aditivas e o futuro do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2017/pdf/YanMonteiroChaves.pdf >. Acesso em 17 ago. 2019.

DOMINGUES, Lucas. **Você conhece o Mandado de Injunção? Veja 15 tópicos essenciais.** Disponível em: < <https://lucasdomingues.jusbrasil.com.br/artigos/376634959/voce-conhece-o-mandado-de-injuncao-veja-15-topicos-essenciais> >. Acesso em: 06 dez. 2019.

LA ROSA, Igor Borges. **Lei 13.300/2016 é importante mecanismo para efetivar Mandado de Injunção.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jul-18/igor-la-rosa-procedimento-mandado-injuncao-instituido-lei-13300> >. Acesso em: 17 ago. 2019.

MARIN, Eriberto Francisco Bevilaqua; BEZERRA, Pedro Henrique Araújo de Alvarenga. **Mandado de injunção e sentimento constitucional.** *Revista de Informação Legislativa*. RIL, v. 55, n. 219, p. 53-73, jul./set. 2018. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p53.pdf >. Acessado em: 17 ago. 2019

MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação.** 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 16-44.

_____. O controle da omissão inconstitucional. *In*: SCHÄFER, Jairo (Org.). **Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo.** 1.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 137-206.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 31 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação.** 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 334-382.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas.** 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Mandado de injunção: suas finalidades, efeitos da decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimento. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação.** 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 408-423.

OLIVEIRA JÚNIOR, Wellington Fernandes. **Atualmente qual é a eficácia da decisão proferida em mandado de injunção?** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5375, 20 mar. 2018. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/64788/atualmente-qual-e-a-eficacia-da-decisao-proferida-em-mandado-de-injuncao> >. Acesso em: 17 ago. 2019.

OLIVEIRAS, Natalino. **Posições Clássicas e Efeitos do Mandado de Injunção.** Disponível em: < <https://natalinoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/492842721/posicoes-classicas-e-efeitos-do-mandado-de-injuncao> >. Acesso em: 19 ago. 2019.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIOVESAN, Flávia Cristina; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em mandado de injunção. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 441-460.

QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. Mandado de injunção e separação dos Poderes. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 230-254.

_____. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, André Vicente Pires. Mandado de injunção sob a perspectiva do Projeto de Lei n. 6.128, de 2009. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101-118.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A segunda geração do mandado de injunção**. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 47, n. 188, p. 69-91, out/dez. 2010. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/188/ril_v47_n188_p69.pdf >. Acessado em: 18 ago. 2019.

_____. O mandado de injunção finalmente terá sua lei. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 119-140.

SABRA, Paula Rodrigues; PINTO, Henrique Motta. **Mandado de Injunção: A relação entre os Poderes Judiciário e Legislativo**. Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/127_paula.pdf >. Acessado em: 19 ago. 2019.

SANTOS, Rafael Cícero Cyrillo dos. **Análise da Lei nº 13.300/2016 (Lei do mandado de injunção)**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/50916/analise-da-lei-n-13-300-2016-lei-do-mandado-de-injuncao> >. Acesso em: 17 ago. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2010.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do Mandado de Injunção**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. O cabimento do mandado de injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 383-405.

VALE, André Rufino do. Mandado de injunção: comentários ao projeto de regulamentação. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 161-228.

ZAVASCKI, Teori Albino. Mandado de injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96-100.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE FATURAMENTO E DESCONTOS INCONDICIONAIS.

ISVALDO LOPES DE SALES:

Assessor de Gabinete na Justiça Federal em Pernambuco, especialista em Direito Público pela Faculdade Legale em 2022, graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE em 2014.¹¹²

RESUMO: As contribuições para a seguridade social no ordenamento jurídico brasileiro podem ter como hipótese de incidência, entre outras, o faturamento, que são a Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS. Na prática do comércio varejista, na aquisição de produtos junto a fornecedores, é comum haver negociações que visam redução do valor de aquisição dos produtos destinados a revenda. Essas negociações ocorrem de várias maneiras, e entre elas se destacam as por meio de descontos incondicionais e bonificações. A complexidade tributária surge no momento em que se torna necessário classificar essas negociações quanto aos efeitos tributários, visto que ao se considerar que elas contribuem para o faturamento dos varejistas, sobre elas incidirá as contribuições sociais sobre faturamento, e caso não se enquadre como faturamento, não haverá essa incidência tributária. O presente estudo busca, através de pesquisa bibliográfica e do método dedutivo, determinar se haverá a incidência de PIS e COFINS na aquisição de produtos por varejista em que há descontos incondicionais e bonificações, concluindo por não ser devido.

Palavras-chaves: contribuições previdenciárias; faturamento; desconto; bonificação; não incidência.

ABSTRACT: The social security contributions in the Brazilian Law can be as taxable event, between others, the company's revenue. In Brazil these contributions are called 'Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS' and 'Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS'. In the trade retail business, is usual to accord with suppliers deals aimed at reducing the acquisition value of products intended for resale. These deals can be agreed in many ways, such as unconditioned discounts and bonuses. The complexity in taxation appears when becomes mandatory to sort these

112 E-mail: isales.lopes@gmail.com

agreements based on their effects on taxation, whereas, if treated as something that contributes with the company's revenue, it will be taxable by these social security contributions. On the other hand, if these deals were considered as a part of company's revenue, these social security contributions will not be levied. This essay intent, through bibliographic research and the deductive method, to determine whether the social security contributions 'PIS' and 'COFINS' are levied, or not, on the unconditioned discounts and bonuses among the acquisition of products by retailers to resale, and concluding by not being levied.

Keywords: social security contributions; revenue; discount; bonus; nontaxable event.

1. INTRODUÇÃO

A ideia da produção do presente artigo se originou da análise de um caso concreto: uma grande varejista do ramo de supermercados, com atuação nacional, apresentou embargos à execução fiscal no qual eram exigidos créditos das contribuições sociais sobre faturamento (PIS e COFINS) lançados após fiscalização ter considerado que houve omissão de receitas. Entre outros pontos, a principal questão controvertida era a incidência do PIS e do COFINS sobre descontos e bonificações auferidos pela varejista junto aos seus fornecedores. A tese fazendária defende que tais descontos e bonificações são na verdade receitas disfarçadas, sendo que algumas seriam contraprestações pela prestação de serviços pela varejista aos fornecedores. Já a tese da contribuinte defende que os descontos e bonificações são redutores do custo unitário de aquisição dos produtos, e que não existe prestação de serviços atrelada a concessão dos descontos.

A discussão se mostra controvertida, tanto que na análise de recurso administrativo junto ao Conselho de Administração de Recursos Fiscais - CARF houve empate no julgamento desta lide, onde todos os representantes dos contribuintes votaram a favor da tese da varejista, enquanto todos os representantes do fisco acataram a tese fazendária. A época do julgamento no CARF vigia a regra do voto de qualidade, e com o empate, o presidente da turma (que sempre era representante do fisco) proferiu o voto de qualidade (desempate) em favor da tese fazendária.

Dada a polêmica e ausência de consenso em torno do tema, o presente estudo se prontifica a debatê-lo, enfatizando todos os pontos importantes, para se posicionar a respeito de qual entendimento deve prevalecer com base no que reza o ordenamento jurídico brasileiro, bem como o que preceitua os conceitos tipicamente econômicos e contábeis que envolvem as atividades empresariais cuja tributação é objeto deste artigo.

O estudo se iniciará com uma primeira parte, onde haverá a análise do conceito e das hipóteses de incidência dos tributos em questão, o PIS e o COFINS. Após, aprofundar-

se-á em dois pontos chave da hipótese de incidência, receita e descontos. Será conceituada receita, tanto juridicamente quanto contabilmente, e, em sequência, o mesmo será feito com os descontos. Ainda nos descontos, será crucial individualizar e definir o que são descontos condicionais e descontos incondicionais. Finalizando a conceituação de pontos chave, o mesmo será feito com a prestação de serviços, com base tanto no conceito jurídico do Código Civil quando na análise da prática das relações comerciais.

Supera a fase de conceituação dos elementos chave do estudo, a segunda parte cuidará de investigar, com base nos conceitos definidos na primeira parte, como cada tipo de desconto e de bonificação repercute na contabilidade da varejista. Será avaliado se, em cada caso, há o auferimento de uma receita, e se há desconto, e, havendo desconto, se esse se classifica como desconto condicional ou incondicional. Disto, concluir-se-á se cada tipo de desconto ou bonificação consiste ou não em hipótese de incidência de PIS e COFINS.

O que se busca com esse estudo é pacificar um tema divergente em que os elementos ideológico e corporativista acaba influenciado indevidamente o posicionamento dos atores, como pode ser visto na divisão no acolhimento de teses antagônicas pelos membros do CARF representantes da Fazenda e pelos representantes dos contribuintes. O enfoque do trabalho na conceituação dos elementos chave da hipótese de incidência do PIS e COFINS, e sua posterior análise em cada caso, contribuirá para se alcançar um resultado livre de influências ideológicas e corporativas, e conseqüentemente trazer elementos que favoreçam aplicação pelo fisco e pelo judiciário de solução justa em casos semelhantes, que implica em segurança jurídica para atores econômicos envolvidos.

2. PARTE I

2.1. PIS e COFINS - Conceito e Hipóteses de Incidência

O objeto deste artigo é definir se deve haver incidência das contribuições sociais do PIS e da COFINS sobre descontos e bonificações auferidos pelas empresas varejistas de supermercados junto a seus fornecedores. Serão analisadas as bonificações na forma como comumente ocorre nestas relações comerciais, e os descontos também pertinentes a esse ramo de atividade, que são os para a entrega das mercadorias em centros de distribuição, para a arrumação dos produtos nas prateleiras pela própria compradora, descontos de não devolução de mercadorias, e descontos de publicidade.

As contribuições em questão são a Contribuição para os Programas de Integração Social - PIS, e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS. São,

como tributos da modalidade contribuição especial, previstos no artigo 149 da Constituição Federal¹¹³. São do tipo contribuição social (as outras contribuições especiais são as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas), que são as destinadas ao financiamento da Seguridade Social, e são estabelecidas pelo artigo 195 da Constituição. A PIS e a COFINS são previstas, especificamente, na alínea b, do inciso I deste artigo, onde é prevista a contribuição social do empregador a incidir sobre sua receita ou faturamento.¹¹⁴

Quanto às hipóteses de incidência do PIS e do COFINS, que a Constituição fixa como receita ou faturamento, deve ser destacado que, no caso, a discussão só faz sentido quando o regime de tributação dessas contribuições é o não-cumulativo, pois é neste em que há a incidência dos tributos em cada operação de saída da cadeia produtiva, incluindo as que contém descontos e bonificações, e conseqüentemente havendo celeuma quanto a incidência das contribuições sobre esses descontos e bonificações em cada etapa da cadeia produtiva. Caso seja o regime cumulativo, onde há tributação com base em lucro presumido, não há tributação em cada operação da cadeia produtiva individualmente, e conseqüentemente não há tributação individualizada das operações que contém descontos e bonificações.

No regime não-cumulativo, a PIS é regulamentada pela Lei Federal 10.637/02, enquanto a COFINS o é pela Lei Federal 10.833/03. Ambas as leis, em seus artigos primeiros, possuem a mesma redação ao estabelecer a hipótese de incidência das contribuições: elas 'sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil'.¹¹⁵

113 Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

114 Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

(...)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

115 Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa

Os § 2º e 3º¹¹⁶ dos mesmos dispositivos, que também possuem redação semelhante, fixam a base de cálculos dessas contribuições a receita, nos mesmos termos da hipótese de incidência (§ 2º), bem como elencam hipóteses em que determinados valores não comporão a base de cálculo (§ 3º). Entre os valores que não compõem a base de cálculo, o que interessa a esse estudo são os descontos incondicionais, previsto no inciso V, a.

A legislação fornece dois conceitos chave para o prosseguimento deste artigo, que é a receita, fixada tanto como hipótese de incidência e base de cálculo, e os descontos incondicionais, expressamente excluídos da base de cálculo. Cabe agora estabelecer quais

jurídica com os respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os seus respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976

116 Lei Federal 10.637/02

§ 2º A base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep é o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme definido no caput e no § 1º. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

(...)

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

(...)

Lei Federal 10.833/03

§ 2º A base de cálculo da Cofins é o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme definido no caput e no § 1º. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

(...)

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

(...)

os conceitos de receita e de descontos incondicionais para efeitos de tributação de PIS/COFINS.

2.2. Receita - Conceito Jurídico e Contábil

Há necessidade de na análise da contabilidade do contribuinte privilegiar-se a verdade real sobre a forma.

Vários lançamentos cuja tributação foi discutida foram lançados com o nome de 'receita', quando na verdade se observou que não possuíam a natureza de receita. A análise da incidência ou não de tributos deve se ater à verdadeira essência da verba, pois, caso uma receita seja lançada sob outra nomenclatura, ela continuará a ser receita e assim deve ser tratada pelo fisco, por outro lado, caso uma 'não receita' seja lançada com o nome de receita, ela não mudará sua natureza por conta da nomenclatura, e deverá ser considerada como 'não receita' pelo fisco.

Em síntese, a Receita deve balizar-se pela natureza dos lançamentos contábeis, e não pela nomenclatura utilizada com fins de facilitar a atividade gerencial da empresa.

Nesse sentido, Hugo de Brito Machado diz que a escrituração contábil deve corresponder à realidade dos fatos, e que ela não aptidão de modificá-la:¹¹⁷

A escrituração contábil deve corresponder à realidade dos fatos que afetam o patrimônio. Deve ser adequada à natureza de cada um desses fatos. Não tem aptidão para modificá-la. Por isto é que se diz que a classificação contábil é irrelevante.

De acordo com o § 1º do art. 1º das Leis Federais 10.637/02 e 10.833/03, a definição de receita compreende a receita bruta do art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Esse decreto, por sua vez, diz que receita bruta é receita de vendas, serviços, operações de conta alheia, e receitas da atividade principal da empresa que não sejam nenhuma das três primeiras¹¹⁸. Ou seja, a receita bruta compreende os valores

¹¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Os descontos obtidos e a base de cálculo das contribuições PIS/Cofins. In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 138. São Paulo, Dialética, p. 46.

¹¹⁸ Art. 12. A receita bruta compreende

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia;

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

recebidos pela pessoa jurídica pela venda de bens, prestação de serviços, operações de conta alheia, ou atividades do objeto principal que gerem receita, mesmo que não sejam serviços ou venda de bens.

Pelas definições legais, receita seria uma entrada de capital na pessoa jurídica derivada do exercício de suas atividades produtivas. Contudo, pela própria lógica do que se entende por receita, não é qualquer entrada que pode ser considerada receita. Para ser receita, a entrada deve necessariamente gerar aumento patrimonial da empresa. É nesse sentido que se posicionou o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, no pronunciamento nº 47, que assim definiu receita:

*Receita – Aumento nos benefícios econômicos durante o período contábil, originado no curso das atividades usuais da entidade, na forma de fluxos de entrada ou aumentos nos ativos ou redução nos passivos que resultam em aumento no patrimônio líquido, e que não sejam provenientes de aportes dos participantes do patrimônio.*¹¹⁹

Vê-se nesse entendimento, exarado por importante entidade da ciência contábil, que a receita deriva das atividades usuais da empresa, e gera aumento do patrimônio líquido, seja pelo aumento dos ativos ou pela redução dos passivos. Pode tanto ser uma entrada de capital propriamente dita, como uma redução de débitos, desde que gerem o aumento do patrimônio líquido. Por sua vez, o patrimônio líquido consiste na diferença entre ativo e passivo da empresa, ou seja, a subtração entre seus bens e direitos e suas obrigações, o que gerará o seu valor contábil.¹²⁰

Foi nesse sentido que também se posicionou o STF, no RE 606107/RS121, julgado em regime de Repercussão Geral (embora a tese fixada não trate do tema em comento):

V – O conceito de receita, acolhido pelo art. 195, I, “b”, da Constituição Federal, não se confunde com o conceito contábil. Entendimento, aliás, expresso nas Leis 10.637/02 (art. 1º) e Lei 10.833/03 (art. 1º), que determinam a incidência da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS não cumulativas sobre o total das receitas, “independentemente de sua

¹¹⁹ <http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=105>. Acesso em 3 de abril de 2023.

¹²⁰ <https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/patrimonio-liquido-aprenda-o-que-e-e-como-calcular/>. Acesso em 3 de abril de 2023. <https://www.suno.com.br/guias/patrimonio-liquido/>. Acesso em 3 de abril de 2023.

¹²¹ Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4919271>. Acesso em 3 de abril de 2023.

denominação ou classificação contábil". Ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário. Sob o específico prisma constitucional, receita bruta pode ser definida como o ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições.

Sintetizando, a receita, para fins de tributação de PIS e COFINS, deve se tratar ou de uma entrada, ou de uma redução de passivo, decorrentes da atividade da empresa, e que agregue o patrimônio, gerando aumento do patrimônio líquido.

Determinado o conceito de receita, passa-se a analisar os conceitos de descontos, descontos condicionais e em especial os descontos incondicionais, esses últimos expressamente excluídos da base de cálculo das contribuições em debate por previsão legal.

2.3. Descontos Condicionais e Incondicionais

De acordo com o § 1º do art. 1º das Leis Federais 10.637/02 e 10.833/03, a definição de receita compreende a receita bruta do art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Esse decreto, por sua vez, diz que receita bruta é receita de vendas, serviços, operações de conta alheia, e receitas da atividade principal da empresa que não sejam nenhuma das três primeiras. Ou seja, a receita bruta compreende os valores recebidos pela pessoa jurídica pela venda de bens, prestação de serviços, operações de conta alheia, ou atividades do objeto principal que gerem receita, mesmo que não sejam serviços ou venda de bens.

O § 3º, V, a, do art. 1º, da Lei 10.637/02 (PIS) e Lei 10.833/03 (COFINS) expressamente excluem da base de cálculos das contribuições os descontos incondicionais recebidos. É necessário diferenciar descontos condicionais dos descontos incondicionais.

Descontos são, resumidamente, a redução do valor original de algo a ser adquirido.¹²²

De acordo com Código Civil, o conceito de condição é:

Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

Assim, um desconto condicional seria um desconto que depende, para se efetivar, de um evento posterior, futuro e incerto. Contrário senso, o desconto incondicional é aquele que não depende, para a sua efetivação, de evento futuro e incerto. Assim, o desconto incondicional já se aperfeiçoa no momento da celebração do negócio jurídico, já que não depende de evento futuro para que se configure. No caso em comento, que trata do fornecimento de mercadorias, há contrato de compra e venda, assim, o desconto se aperfeiçoa no próprio momento da compra e venda, não dependendo de evento posterior.

Nesse sentido há precedente do TRF da 4ª Região, trazido pelo embargante:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. DESCONTOS INCONDICIONAIS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. PERÍCIA CONTÁBIL. O desconto incondicional é aquele concedido independente de qualquer condição futura, ou seja, não é necessário que o adquirente pratique ato subsequente ao de compra para a fruição do benefício. A exclusão dos descontos incondicionais concedidos a seus clientes da base de cálculo do PIS e da COFINS tem previsão legal tanto no regime comum de apuração do PIS e da COFINS, quanto na sistemática da não-cumulatividade (art. 3º, § 2º, inc. I, da Lei nº 9.718/98 e art. 1º, §3º, inc. V, a, das Leis nº 10.637/03 e 10.833/03). No caso, restou demonstrado, por intermédio de perícia contábil, que as vendas realizadas pela parte autora foram abrangidas pela concessão de descontos, bem como a inexistência de imposição de condição para concessão da bonificação ora discutida aos seus clientes. Logo, os valores relativos aos descontos incondicionais concedidos aos seus clientes merecem ser excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS.

¹²² Sítio eletrônico do Michaelis - Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=desconto>. Acesso em 3 de abril de 2023.

(TRF4, AC 5000077-63.2010.404.7100, Segunda Turma, Relatora Luciane Amaral Corrêa Münch, juntado aos autos em 16/10/2013)

Como a concessão do desconto incondicional se dá concomitantemente à operação que o origina (no caso a compra e venda), e independe de evento futuro, ele se configura como um redutor do custo de aquisição para o comprador, e, por outro lado, redução na receita do vendedor. Vê-se que, analisando contabilmente, não há variação positiva do patrimônio líquido do comprador, visto que como o desconto é concomitante à compra e venda, essa já é lançada como passivo já com o valor a menor do desconto.

Diferente seria no desconto condicional, onde há o lançamento do passivo no valor da operação, e só após a efetivação da condição (e se essa se efetivar), há a aplicação do desconto, com redução do passivo, e conseqüente aumento do patrimônio líquido.

Portanto, no desconto condicional há hipótese de incidência de PIS e de COFINS. Já no caso do desconto incondicional, por não haver auferimento de receita, não há incidência de PIS e COFINS, o que é reforçado pela expressa previsão legal que o excluiu da base de cálculo das contribuições citadas.

A própria Receita Federal possui entendimento de que o desconto incondicional é aquele que independe de acontecimentos posteriores à compra e venda, não se incluindo na receita bruta. Seguem os termos da consulta Cosit nº 34:123

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ BASE DE CÁLCULO. DESCONTOS CONDICIONAIS E INCONDICIONAIS. Os descontos incondicionais consideram-se parcelas redutoras do preço de vendas, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens ou da fatura de serviços e não dependerem de evento posterior à emissão desses documentos; esses descontos não se incluem na receita bruta da pessoa jurídica vendedora e, do ponto de vista da pessoa jurídica adquirente dos bens ou serviços, constituem redutor do custo de aquisição, não configurando receita. Os descontos condicionais são aqueles que dependem de evento posterior à emissão da nota fiscal, usualmente, do pagamento da compra dentro de certo prazo, e configuram despesa financeira para o vendedor e receita financeira para o comprador. Dispositivos Legais: Lei nº 8.981, de 1995, art. 31; Decreto nº 3.000, de

123 Disponível em

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=48236&visao=anotado>. Acesso em 3 de abril de 2023.

1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999), arts. 373 e 374; Instrução Normativa SRF nº 51, de 1978, item 4.2.

Fica claro, portanto, que o desconto incondicional é aquele concedido no momento da compra e venda (caso esse seja o negócio jurídico em questão, como no caso em comento), independentemente de qualquer evento futuro à efetivação do negócio jurídico, não representando receita bruta do comprador que obtém o desconto, mas sim redução de custo de aquisição.

Quanto à necessidade de se estar destacado em nota fiscal o desconto para que ele seja considerado como incondicional, tem-se que a previsão de que o desconto incondicional deve constar na nota fiscal encontra-se na IN SRF nº 51/1978124, que se trata de norma infra legal. Não há previsão para tanto em lei formal no ordenamento jurídico. Ademais a emissão da nota fiscal é obrigação acessória do vendedor, não sendo ônus do varejista que adquire os produtos.

Neste tema, é importante destacar a previsão do art. 110 do CTN:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Vê-se que o legislador se preocupou em expressamente vedar a alteração do conceito de institutos do direito privado pela legislação tributária. E é o que ocorre no caso, visto que a IN SRF nº 51/1978, ao estabelecer que o desconto incondicional necessariamente deve constar da nota fiscal, modifica indevidamente o significado do que seria 'desconto incondicional'.

Como visto anteriormente, o desconto incondicional é desconto concedido no momento do negócio jurídico, sem depender de evento futuro para se concretizar. E, nessa condição, não implica aumento do patrimônio líquido, não se classificando como receita, e sim como redutor de custo de aquisição. Por não se classificar como receita, não sofre incidência de PIS e COFINS, o que, aliás, possui expressa disposição legal, como visto.

124 4.2 - Descontos incondicionais são parcelas redutoras do preço de vendas, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens ou da fatura de serviços e não dependerem de evento posterior à emissão desses documentos.

Incluir a presença na nota fiscal como elemento do desconto incondicional consiste em incluir requisito que não guarda relação com a própria natureza jurídica do instituto, visto que alheio aos elementos que configuram o que seria o desconto incondicional (concessão no momento do negócio jurídico, e independência de evento futuro). Vê-se que a IN SRF nº 51/1978, nesse ponto, viola diretamente o art. 110 do CTN, ao modificar o conceito de desconto incondicional com um requisito alheio às suas características essenciais.

O desconto incondicional é um fato, do qual a presença na nota fiscal é uma mera formalidade que não altera sua natureza jurídica. Classificar a formalidade como elemento essencial seria privilegiar a forma sobre a verdade real, o que não é desejável na aplicação do direito.

O CARF já se posicionou pela configuração do desconto incondicional mesmo que não presente na nota fiscal:

BASE DE CÁLCULO. SAÍDAS DE PRODUTOS EM BONIFICAÇÃO NÃO DEPENDENTES DA IMPLEMENTAÇÃO DE QUALQUER CONDIÇÃO. EXCLUSÃO PERMITIDA. PAGAMENTO A MAIOR CONFIRMADO PARCIALMENTE. Equiparam-se aos descontos concedidos incondicionalmente a que alude a exclusão legal permitida da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS/Pasep e à Cofins as "bonificações" perfeitamente identificadas com as notas fiscais de venda a que se referiram, ainda que não tenha constado desta, mas, sim, em outro documento fiscal apartado, emitido imediatamente. Recurso Voluntário Provido em Parte.

(CARF – 3ª Seção – 4ª Câmara – 1º TO – Processo n. 10865.900378/2008-54, Acórdão n. 3401-002.117 – Rel. Odassi Guersoni Filho – j. 31.01.2013)

Nesse mesmo sentido se posicionou o TRF da 4ª Região, em precedente já citado nesta sentença (TRF4, AC 5000077-63.2010.404.7100, Segunda Turma, Relatora Luciane Amaral Corrêa Münch, juntado aos autos em 16/10/2013), em trecho do voto da relatora:

"Com efeito, o preenchimento incorreto ou lacunoso das notas fiscais não obsta o reconhecimento dos descontos em questão, bastando a comprovação de estão vinculados a uma operação onerosa."

Cabe lembrar que, na ementa do acórdão citado, a definição trazida de desconto incondicional não traz como elemento a sua presença em nota fiscal:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. DESCONTOS INCONDICIONAIS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. PERÍCIA CONTÁBIL. O desconto incondicional é aquele concedido independente de qualquer condição futura, ou seja, não é necessário que o adquirente pratique ato subsequente ao de compra para a fruição do benefício.

(...)

Nesse mesmo sentido decisão mais recente:

TRIBUTÁRIO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITUAÇÃO DOS INSTITUTOS. EXIGÊNCIA DE QUE O DESCONTO CONSTE NA NOTA FISCAL. DESCABIMENTO. BONIFICAÇÕES. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. NULIDADE DA SENTENÇA.

1. Desconto incondicional é aquele concedido independente de qualquer condição futura; já o desconto condicional é aquele concedido sob condição futura e incerta.

2. A exigência de que o desconto conste na nota fiscal para que este seja considerado incondicional não se sustenta, seja porque ofende o art. 110 do CTN, seja porque o condicionamento está previsto apenas em norma infralegal ou, ainda, porque deve-se priorizar a verdade real em detrimento das formalidades.

3. Sob este último aspecto (busca da verdade real), a necessidade de compreensão da essência das transações efetivadas também recai sobre as bonificações (financeiras e contratuais) concedidas pela empresa autora, na medida em que esta alega que a terminologia foi usada de maneira imprópria, tratando-se, em verdade, de desembolso direto de valores remetidos aos clientes para estreitar laços comerciais e fomentar campanhas de marketing dos produtos.

4. O exame da veracidade das alegações exige a análise de ampla documentação, a ser realizada por prova técnica. Evidenciado o prejuízo no indeferimento da prova pericial, impõe-se o reconhecimento de nulidade da sentença, em face do cerceamento de defesa, devendo ser reaberta a instrução processual para melhor verificação dos fatos.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento ao apelo da autora, para o fim de anular a sentença recorrida, para que seja produzida a prova pericial, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(TRF-4, APL 50027215720164047103 RS 5002721-57.2016.404.7103, Relator: JORGE ANTONIO MAURIQUE, Julgamento 5/4/2017, Primeira Turma).

Por não se tratar de elemento que caracterize o desconto incondicional como instituto do direito privado, a sua presença na nota fiscal nada mais é do que um meio de prova do desconto condicional. E, sendo mero meio de prova, pode ser substituído por outros que comprovem que de fato houve desconto incondicional, que, no caso dos autos, é a própria escrituração contábil da embargante.

Portanto, conclui-se como desnecessário para se configurar um desconto incondicional a sua presença na nota fiscal, sendo ela um mero meio de prova suprível por outros suficientes.

Superada a análise sobre as receitas tributáveis e sobre os descontos incondicionais, passa-se a analisar a prestação (ou não prestação) de serviços pela embargante, que, segundo a Fazenda, justificaria a incidência do PIS e COFINS, pois os valores tributados seriam receita oriunda da contraprestação de serviços pela embargante aos seus fornecedores.

2.4. Prestação de Serviços - Conceito

O posicionamento do Fisco Federal demonstra inclinação em que determinados descontos típicos das relações comerciais entre fornecedores e varejistas de supermercados não são incondicionais, mas na verdade condicionados a uma prestação de serviço pela varejista aos seus fornecedores, o que configuraria os descontos como verdadeiras receitas dadas em contraprestação à prestação dos 'serviços'. Por outro lado, os contribuintes defendem que não haveria prestação de serviços, mas mero acordo comercial entre o fornecedor e a embargante, onde ambas as partes buscam vantagens comerciais legítimas.

Quanto às operações em estudo neste artigo, que a Fazenda entende como se tratar de prestação de serviços são em operações comerciais em que o contribuinte defende haver apenas o desconto incondicional são: os descontos para a entrega das mercadorias em centros de distribuição; os descontos para a arrumação dos produtos nas prateleiras pela embargante; os descontos de não devolução de mercadorias; e os descontos de publicidade.

Antes de analisar cada um desses descontos individualmente, é necessário conceituar o a prestação de serviços, para então analisar se em cada tipo de desconto há ou não efetiva prestação de serviços, ou se há mero desconto comercial. A análise individual dar-se-á na Parte II deste artigo.

Segundo o entendimento mais moderno do STF, o conceito de serviço não pode se restringir à mera obrigação de fazer, conforme o conceito civilista clássico. Atualmente, o STF entende que a prestação de serviço é a prestação de uma utilidade a outrem por meio de atividades materiais e imateriais, podendo estar ou não atrelada a fornecimento de alguma mercadoria.¹²⁵

3. PARTE II

A segunda parte deste estudo analisará cada tipo de desconto e bonificação para definir como ela se enquadra nos conceitos definidos na Parte I, e assim determinar se haverá enquadramento nas hipóteses de incidência de PIS e COFINS, também esclarecidas na Parte I.

Primeiro serão analisados os descontos e sua relação com prestação de serviços. São os descontos de: 1 – desconto para a entrega das mercadorias em centros de distribuição; 2 - desconto para a arrumação dos produtos nas prateleiras pela embargante; 3 - descontos de não devolução de mercadorias; e 4 - descontos de publicidade.

3.1. Desconto para entrega centralizada

O objeto deste artigo é definir se deve haver incidência das contribuições sociais do PIS e da COFINS sobre descontos e bonificações auferidos pelas empresas varejistas de supermercados junto a seus fornecedores. Serão analisadas as bonificações na forma como comumente ocorre nestas relações comerciais, e os descontos também pertinentes a esse ramo de atividade, que são os para a entrega das mercadorias em centros de

¹²⁵ RE 651.703/PA. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12788517>. Acesso em 3 de abril de 2023.

distribuição, para a arrumação dos produtos nas prateleiras pela própria compradora, descontos de não devolução de mercadorias, e descontos de publicidade.

No desconto por entrega centralizada, as partes acordam que o fornecedor fará a entrega dos produtos em um centro de distribuição da compradora, no lugar de entregar em cada uma das unidades da compradora. Por fazer a entrega em um único local, concede desconto.

Segundo a tese fazendária, a compradora estaria, nesse caso, prestando serviço de transportes para a fornecedora, levando os produtos da central de distribuição para os estabelecimentos, e o desconto seria na verdade a remuneração por esse serviço. A interpretação fazendária se mostra contrária à lógica da relação comercial narrada.

O primeiro ponto a se destacar desse tipo de desconto é que quando o fornecedor faz a entrega das mercadorias em um único local, e não em diversos estabelecimentos, há uma sensível redução nos seus custos operacionais. E, logicamente, havendo redução de seus custos, essa redução pode ser repassada para o comprador no valor dos produtos vendidos. Assim, há redução no custo do fornecedor, que repassa para o comprador, que auferir uma redução no custo da aquisição do produto.

O segundo ponto a se destacar é que, quando o fornecedor entrega os produtos no centro de distribuição do comprador, no momento da entrega há a tradição da coisa, e conseqüente transferência da titularidade desta para o comprador, que passa a ser responsável pela mercadoria entregue. Assim, não é possível que o comprador, após receber a coisa em seu centro de distribuição, preste serviço de transporte ou logístico ao fornecedor, pois a coisa já passou para a titularidade do comprador, e não mais do fornecedor. Se imaginássemos que há de fato uma prestação de serviço, haveria o absurdo lógico de o comprador estaria prestando um serviço para si mesmo, já que estaria efetuando o transporte de mercadoria de sua titularidade, de seu próprio centro de distribuição para outras unidades próprias.

Nesse sentido, se pronunciaram Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo (RDDT 113:131):126

“Serviço” de transporte de mercadorias (desconto centralização) A segunda espécie de vantagem auferida pela consulente, classificada como “receita” no auto de infração em exame, é a que decorreria da

126 MACHADO, H. B. ; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito . Contribuições Incidentes sobre o Faturamento. PIS e Cofins. Descontos Obtidos de Fornecedores. Fato Gerador. Inocorrência. Revista Dialética de Direito Tributário , v. 113, p. 131-147, 2005

prestação de serviço de distribuição. O fornecedor teria a opção de entregar sua mercadoria em cada estabelecimento da consulente, ou de deixá-las todas em um único estabelecimento que faria o transporte daquelas mercadorias para os vários outros supermercados da rede. Nessa segunda hipótese, o fornecedor teria que “pagar” pelo transporte. Ocorre que as mercadorias, uma vez adquiridas pela consulente, passam a integrar o seu patrimônio. São suas. Ao transportá-las para outros estabelecimentos não pode estar prestando serviços a quem quer que seja. Não se concebe que a consulente esteja a “prestar serviços” de transporte e distribuição a si própria. O que se passa, em verdade, é que a consulente pactua com seus fornecedores preços diferentes pelas mercadorias adquiridas, em razão do local das respectivas entregas. Caso sejam entregues diretamente em cada um de seus estabelecimentos, o preço será maior. Se entregues todas na central de compras da consulente, o preço será menor. E isto é natural porque o ônus de efetuar o transporte é uma das inúmeras variáveis que influenciam a formação do preço cobrado pelo fornecedor. A tese desenvolvida na autuação, com todo o respeito, beira o disparate.”

O desconto para entrega centralizada, além de não consistir em prestação de serviços, como visto, amolda-se perfeitamente à hipótese analisada anteriormente de desconto incondicional e, logo, fora da incidência de PIS e de COFINS. No caso, o desconto é concedido no próprio momento da compra e venda, quando se acorda que haverá entrega no centro de distribuição. Ele também não é condicionado a nenhum evento futuro, porque o desconto, após feita a entrega no centro de distribuição, que exaure a compra e venda, e não dependerá de o comprador enviar ou não os produtos para suas unidades. Caso envie, o desconto já foi dado, e caso mantenha no centro de distribuição, deixando perecer, o desconto também já foi dado e o que acontecer após a compra e venda em nada interfere no desconto, pois, como dito, ele é dado, incondicionalmente, no momento da compra e venda.

Enquadrando-se como desconto incondicional, ele se trata de mera redução de custo de aquisição, não implicando aumento do patrimônio do comprador, e, portanto, não sendo tributável por PIS e COFINS.

3.2. Desconto para arrumação dos produtos nas prateleiras

O objeto deste artigo é definir se deve haver incidência das contribuições sociais do PIS e da COFINS sobre descontos e bonificações auferidos pelas empresas varejistas de supermercados junto a seus fornecedores. Serão analisadas as bonificações na forma

como comumente ocorre nestas relações comerciais, e os descontos também pertinentes a esse ramo de atividade, que são os para a entrega das mercadorias em centros de distribuição, para a arrumação dos produtos nas prateleiras pela própria compradora, descontos de não devolução de mercadorias, e descontos de publicidade.

No desconto para arrumação de produtos em prateleiras, o raciocínio é quase idêntico ao desconto para entrega centralizada. No caso, as partes acordam que o fornecedor não fará a arrumação dos produtos nas prateleiras do comprador. Por não fazer a arrumação, concede desconto.

Segundo a tese fazendária, a compradora estaria, nesse caso, prestando serviço de arrumação para fornecedora, e o desconto seria na verdade a remuneração por esse serviço. Também nesse caso a interpretação fazendária se mostra contrária à lógica da relação comercial narrada.

O primeiro ponto a se destacar desse tipo de desconto é que quando o fornecedor deixa de efetuar a arrumação das mercadorias, há uma sensível redução nos seus custos operacionais. E, logicamente, havendo redução de seus custos, essa redução pode ser repassada para o comprador no valor dos produtos vendidos. Assim, há redução no custo do fornecedor, que repassa para o comprador, que auferir uma redução no custo da aquisição do produto.

O segundo ponto a se destacar é que, quando o fornecedor entrega os produtos ao comprador, no momento da entrega há a tradição da coisa, e consequente transferência da titularidade desta para o comprador, que passa a ser responsável pela mercadoria entregue. Assim, não é possível que o comprador, após receber a coisa, preste serviço de arrumação ao fornecedor, pois a coisa já passou para a titularidade do comprador, e não mais do fornecedor. Se imaginássemos que há de fato uma prestação de serviço, haveria o absurdo lógico de o comprador estar prestando um serviço para si mesmo, já que estaria efetuando a arrumação de produtos de sua própria titularidade, em seu próprio estabelecimento.

Nesse sentido, mais uma vez destaco Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, conforme trazido pelo embargante (RDDT 113:131):¹²⁷

“Algumas lojas de móveis cobram preços diferenciados para entregar o produto montado no endereço designado pelo comprador, ou para o

¹²⁷ MACHADO, H. B. ; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito . Contribuições Incidentes sobre o Faturamento. PIS e Cofins. Descontos Obtidos de Fornecedores. Fato Gerador. Inocorrência. Revista Dialética de Direito Tributário , v. 113, p. 131-147, 2005

comprador levá-lo por sua conta, desmontado. Dão significativo desconto nessa última hipótese. Assim, pela tese contida no auto de infração, aquele que comprasse uma mesa desmontada, a levasse para casa e montasse com suas próprias ferramentas teria prestado para a loja de móveis um “serviço de transporte e montagem”, devendo recolher Cofins e PIS sobre o desconto obtido no preço da mesa.”

O caso descrito pelos professores acima citados é semelhante à situação em análise, que é a arrumação das mercadorias.

O desconto para arrumação de mercadorias, além de não consistir em prestação de serviços, como visto, adequa-se perfeitamente à hipótese analisada anteriormente de desconto incondicional, e, logo, fora da incidência de PIS e de COFINS. No caso, o desconto é concedido no próprio momento da compra e venda, quando se acorda que o fornecedor não arrumará os produtos no estabelecimento do comprador. Ele também não é condicionado a nenhum evento futuro, porque, após feita a entrega do produto (que exaure a compra e venda), o desconto não dependerá de o comprador efetivamente efetuar a arrumação dos produtos em suas unidades. Caso arrume, o desconto já foi dado, e caso não arrume, deixando perecer, o desconto também já foi dado e o que acontecer após a compra e venda em nada interfere no desconto, pois, como dito, ele é dado, incondicionalmente, no momento da compra e venda.

Enquadrando-se como desconto incondicional, ele consiste em mera redução de custo de aquisição, não implicando aumento do patrimônio do comprador, e, portanto, não sendo tributável por PIS e COFINS.

3.3. Descontos de não devolução

Em regra, quando o comprador adquire mercadorias do fornecedor, caso alguns desses bens apresente quaisquer tipos de defeito (danos, prazo de validade, etc.), possui direito à devolução desses produtos. Quando se acorda o desconto de não devolução, o comprador renuncia ao direito de devolver as mercadorias defeituosas e, por outro lado, acorda a redução no valor pago pelas mercadorias.

Nessa hipótese fica difícil imaginar qual seria o tipo de serviço supostamente prestado pela embargante aos fornecedores.

No desconto por não devolução, o fornecedor reduz seus custos que eventualmente possam ocorrer caso tenha que aceitar a devolução de produtos defeituosos, e repassa essa redução de custos para o comprador, que reduz, em consequência, o custo de aquisição dos produtos. Há uma transferência do risco pelo

estado das mercadorias, que passa do fornecedor para o comprador. Livrando-se do risco o fornecedor reduz seu custo, e o repassa para o comprador. O risco é inerente a qualquer atividade empresarial, e possui seu custo, e nesse caso o embargante reduz o preço de aquisição ao assumir o risco. Isso em hipótese alguma pode ser tratado como um contrato de seguro, visto que, se assim fosse imaginado, a embargante estaria prestando um contrato de seguro para si mesma, já que após o recebimento das mercadorias elas passam a ser de sua titularidade.

Deve ser destacado que o desconto por não devolução não é condicionado, nem para ser efetivado, nem na porcentagem em que será efetuado, pela existência de produtos defeituosos ou pela sua quantidade. O desconto não é dado caso haja produtos com defeito e na proporção deles. O desconto é fixado previamente entre as partes, no momento da compra e venda, e independe se de fato haverá produtos com defeito e da quantidade de produtos defeituosos caso existentes. O comprador assume o risco de haver produtos com defeito, e com isso reduz o custo da compra, já o fornecedor se elide do risco, e com isso reduz seu custo, repassando para o preço da venda ao comprador.

O desconto de não devolução, além de não consistir em prestação de serviços, como visto, amolda-se perfeitamente à hipótese analisada anteriormente de desconto incondicional e, logo, fora da incidência de PIS e de COFINS. No caso, o desconto é concedido no próprio momento da compra e venda, quando se acorda que não haverá a devolução de eventuais produtos defeituosos. Ele também não é condicionado a nenhum evento futuro, porque, após feita a entrega do produto (que exaure a compra e venda), o desconto não dependerá de efetivamente haver produtos com defeitos. Caso haja produtos defeituosos, em qualquer quantidade, o desconto já foi dado, e caso não haja produtos com defeito, o desconto também já foi dado e o que acontecer após a compra e venda em nada interfere no desconto, pois, como dito, ele é dado, incondicionalmente, no momento da compra e venda.

Enquadrando-se como desconto incondicional, ele consiste em mera redução de custo de aquisição, não implicando aumento do patrimônio do comprador, e, portanto, não sendo tributável por PIS e COFINS.

3.4. Descontos de publicidade

Em regra, quando o comprador adquire mercadorias do fornecedor, caso alguns desses bens apresente quaisquer tipos de defeito (danos, prazo de validade, etc.), possui direito à devolução desses produtos. Quando se acorda o desconto de não devolução, o comprador renuncia ao direito de devolver as mercadorias defeituosas e, por outro lado, acorda a redução no valor pago pelas mercadorias.

No desconto de publicidade, as partes acordam que os produtos do fornecedor serão utilizados nas propagandas do comprador. Por haver essa publicidade em seus produtos, o fornecedor concede descontos.

Segundo a tese fazendária, a compradora estaria, nesse caso, prestando serviço de publicidade para o fornecedor, e o desconto seria na verdade a remuneração por esse serviço. Também nesse caso a interpretação fazendária se mostra contrária à lógica da relação comercial narrada.

Nesse caso, quando o comprador se propõe a efetuar a publicidade com produtos do fornecedor, o fornecedor vê uma vantagem na venda desses produtos a este comprador em específico, já que haverá divulgação de sua marca. Observando essa vantagem, reduz o valor de venda do produto e repassa essa redução de valor ao comprador, que a recebe com redução em seu custo de aquisição.

O mais importante a ser analisado nessa suposta prestação de serviços de publicidade é que a publicidade efetuada pela embargante, mesmo usando produtos dos fornecedores, é realizada no próprio interesse da embargante. A embargante, uma empresa de supermercados, aufera sua renda da venda dos produtos em suas unidades, logo quando faz publicidade dos produtos à venda é no interesse de aumentar suas receitas. Os fornecedores pegam carona nessa publicidade, porque a embargante necessariamente vende os produtos desses fornecedores, mas o interesse da embargante é promover as suas próprias vendas.

Caso os produtos não sejam vendidos pela embargante, esta arcará com os prejuízos, enquanto os fornecedores já efetuaram sua venda para compradora, não arcando com prejuízos de eventual encalhe dos produtos nos estabelecimentos da embargante. Assim, mesmo com a inegável vantagem que os fornecedores têm com a divulgação de seus produtos, o grande interessado na publicidade é a embargante.

Deve ser destacado que o desconto é fixado previamente entre as partes, no momento da compra e venda, e os fornecedores não possuem qualquer ingerência sobre a futura exposição do produto. Diferente seria o caso de as partes efetuarem a compra e venda pelo valor cheio, entrando assim no passivo da embargante, e se, apenas se, houver a publicidade, aplicar-se o desconto, o que geraria redução do passivo e consequente aumento do patrimônio líquido, configurando o desconto condicional.

O desconto de publicidade, além de não consistir em prestação de serviços, como visto, amolda-se perfeitamente à hipótese analisada anteriormente de desconto incondicional e, logo, fora da incidência de PIS e de COFINS. No caso, o desconto é concedido no próprio momento da compra e venda, quando se acorda que o comprador

utilizará esses produtos em peças publicitárias. Ele também não é condicionado a nenhum evento futuro, porque, após feita a entrega do produto (que exaure a compra e venda), o desconto já terá se efetuado, independentemente de qualquer atuação posterior do comprador.

Enquadrando-se como desconto incondicional, ele consiste em mera redução de custo de aquisição, não implicando aumento do patrimônio do comprador e, portanto, não sendo tributável por PIS e COFINS.

3.5. Conclusão sobre serviços

Vê-se que a própria lógica das relações comerciais entre a embargante e os fornecedores afasta a tese de prestação de serviços. A embargante não tem como escopo social a prestação de serviços, auferindo a sua receita da venda dos produtos dos fornecedores ao consumidor final. Ademais, conceber que há uma prestação de serviços levaria à conclusão de que a embargante presta serviços para si mesma, já que se daria sobre produtos de sua titularidade e em seu interesse próprio.

Os descontos analisados são sempre concomitantes à compra e venda, e assim independem da efetiva prestação do 'serviço', além de não haver meios de fiscalização pelo fornecedor, o que afasta definitivamente a tese de prestação de serviço. Há redução no custo operacional, ou no risco, ou outra vantagem ao fornecedor, que repassa essa redução para o comprador na forma de redução no preço de venda, e esse último assim consegue uma redução no custo de aquisição.

3.6. Bonificações

O desconto de bonificações, que, ao contrário dos demais, não teve tese de suposta prestação de serviços desenvolvida pela exequente.

Na bonificação há o comum tipo de desconto em que fornecedor entrega ao comprador uma quantidade maior de produtos, sem aumentar o preço do total da operação. Há assim a redução de custo unitário dos produtos comprados. É o caso, por exemplo, dos famosos 'leve 3 e pague 2', em que há, na verdade, a redução do custo unitário.

Segundo a tese fazendária, a compradora estaria, nesse caso, recebendo uma doação da fornecedora, o que configuraria uma receita, sujeita à incidência de PIS e COFINS. A interpretação fazendária se mostra contrária à lógica da relação comercial narrada.

O primeiro ponto a se destacar desse tipo de desconto é que o custo operacional que o fornecedor tem para efetuar uma venda de grande escala é, dividindo pelo número de unidades, inferior ao de uma venda de menor quantidade de produtos. É a chamada economia de escala. Logicamente, havendo redução de seus custos, essa redução pode ser repassada para o comprador no valor dos produtos vendidos. Assim, há redução no custo do fornecedor, que repassa para o comprador, que auferirá uma redução no custo da aquisição do produto. Daí nascem as bonificações.

Pensar de outro modo, como uma doação, levaria à conclusão de que, quando vamos a uma farmácia e compramos três desodorantes pelo preço de dois, estaríamos recebendo uma doação da terceira unidade, que estaria, em tese, sujeita à ITCMD, ou IR, caso se considere como uma renda aquela doação. É algo que foge à lógica das relações comerciais e consumeristas.

As bonificações se amoldam perfeitamente à hipótese analisada anteriormente de desconto incondicional e, logo, fora da incidência de PIS e de COFINS. No caso, o desconto é concedido no próprio momento da compra e venda, quando se acorda que haverá entrega de mais produtos pelo mesmo preço da quantidade menor. Ele também não é condicionado a nenhum evento futuro, pois, como dito, ele é dado, incondicionalmente, no momento da compra e venda.

Enquadrando-se como desconto incondicional, ele consiste em mera redução do custo de aquisição, não implicando aumento do patrimônio do comprador, e, portanto, não sendo tributável por PIS e COFINS.

4. CONCLUSÃO

A aquisição de produtos pelos varejistas, junto a seus fornecedores, é momento crucial na atividade dos supermercados, visto que nesse momento é que fixará o preço de aquisição dos produtos para revenda, o que é determinante para a fixação do preço para o consumidor final. Em um mercado com grande concorrência e pequena margem, e em que os consumidores estão sempre em busca do menor preço, o preço competitivo de aquisição pelos varejistas pode representar a diferença entre o sucesso e o insucesso do empreendimento.

No cenário narrado, os varejistas travam negociações com seus fornecedores para se obter o melhor preço de aquisição. E entre essas formas de negociação, se encontram os descontos incondicionais, em especial os descontos para a entrega das mercadorias em centros de distribuição; para a arrumação dos produtos nas prateleiras pela embargante; por não devolução de mercadorias; e de publicidade; além de bonificações.

Já a tributação por PIS e COFINS incidem sobre o faturamento.

Foi fixado que o conceito de faturamento necessariamente implica em aumento do patrimônio líquido da varejista, seja por aumento do ativo, seja por redução do passivo.

Nas situações de descontos incondicionais e bonificações analisadas, pode ser constatado que elas não implicam em variação do patrimônio líquido da empresa compradora, não aumentando nem seu passivo e nem seu ativo. Há, em verdade, negociações entre comprador e fornecedor para redução de custo de aquisição dos produtos, o que, definitivamente, não pode fazer parte do conceito de faturamento, e consequentemente se sujeita a tributação por PIS e COFINS.

Os descontos concedidos a título de bonificações, entrega centralizada, arrumação de mercadorias, não devolução e publicidade, consistem em descontos incondicionais, representado não receitas, mas redutores de custo de aquisição e, portanto, não sofrem incidência de PIS e de COFINS.

Dessa forma, a atuação do Fisco e do CARF deve se livrar de vieses tendentes a adotar uma posição favorável à Fazenda Nacional nesses casos, para se atentar à técnica contábil e jurídica para não onerar com contribuições sociais sobre faturamento operações em que claramente não há faturamento das varejistas de supermercado.

5. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 13ª Edição Salvador: Juspodivm, 2019.

FALLET, Allan George de Abreu. A incidência do PIS/COFINS sobre bonificações e descontos comerciais. In.: JOTA. 06/09/2016. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/incidencia-pisconfins-sobre-bonificacoes-e-descontos-comerciais-06092016>. Acesso em 3 de abril de 2023.

FIORINDO, Vitor Paiva. O conceito de “prestação de serviço” para fins de incidência do ISS na jurisprudência do STF Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 set 2020, 04:58. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55268/o-conceito-de-prestao-de-servio-para-fins-de-incidncia-do-iss-na-jurisprudncia-do-stf>. Acesso em 03 abril 2023.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 22ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACHADO, H. B.; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Contribuições Incidentes sobre o Faturamento. PIS e Cofins. Descontos Obtidos de Fornecedores. Fato Gerador. Inocorrência. Revista Dialética de Direito Tributário, v. 113, p. 131-147, 2005.

MINATEL, J. A.. Bonificações e Descontos Comerciais nas Compras não se Qualificam como Receita para Incidência de PIS/COFINS. São Paulo: ABAT, 2016 (Site ABAT - <http://www.abat.adv.br/>). Acesso em 3 de abril de 2023.

Sítio eletrônico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis. Disponível em <http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=105>. Acesso em 3 de abril de 2023.

Sítio eletrônico do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Disponível em <http://idg.carf.fazenda.gov.br/>. Acesso em 3 de abril de 2023.

Sítio eletrônico de legislação do Planalto. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em 3 de abril de 2023.

Sítio eletrônico do Michaelis - Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=desconto>. Acesso em 3 de abril de 2023.

Sítio eletrônico de Normas da Receita Federal. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action>. Acesso em 3 de abril de 2023.

Sítio eletrônico do S ERASA. Disponível em <https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/patrimonio-liquido-aprenda-o-que-e-e-como-calcular/>. Acesso em 3 de abril de 2023.

Sítio eletrônico da SUNO RESEARCH. Disponível em <https://www.suno.com.br/guias/patrimonio-liquido/>. Acesso em 3 de abril de 2023.

Sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em 3 de abril de 2023.

Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 3 de abril de 2023.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 10ª Edição. São Paulo: Método, 2020.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DIREITO INTERTEMPORAL: ANÁLISE SOBRE A RETROATIVIDADE E POSSÍVEL DELIMITAÇÃO DE MARCO PROCESSUAL.

HELDER BRAZ ALCANTARA: Auditor do Estado da Controladoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul (CGE-MS). Advogado inscrito na OAB/MS. Especialista em Gestão Pública e em Direito Processual. Graduado em Farmácia, ocupou o cargo de Técnico em Regulação e Vigilância Sanitária da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).¹²⁸

RESUMO: O acordo de não persecução penal (ANPP) foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.964/2019 e sua aplicação, de forma retroativa, é objeto de divergência doutrinária e jurisprudencial. O presente trabalho tem o objetivo de avaliar a possibilidade de aplicação retroativa do instituto e a definição de um marco processual em que ainda é possível a realização do acordo não persecutivo. Para isso, realizou-se estudo de caso de decisão proferida pelo STF, em conjunto com a revisão da jurisprudência e de entendimentos doutrinários.

Palavras-chaves: ANPP, retroatividade, marco processual.

1. INTRODUÇÃO

Com o objetivo de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, a Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, introduziu, no ordenamento jurídico pátrio, o acordo de não persecução penal (ANPP), acrescentando o art. 28-A no Código de Processo Penal (CPP).

Tão logo o novel instituto entrou em vigor, começaram a surgir questionamentos perante os tribunais acerca da sua retroatividade para os processos em curso, sobrevivendo diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a fixação do marco temporal e/ou processual de sua aplicação.

A partir do estudo de caso de decisão proferida pelo STF, à luz da doutrina e da jurisprudência, o presente trabalho busca discutir a aplicação retroativa do instituto e a

¹²⁸ E-mail: helderbraz@yahoo.com.br

definição de um marco processual em que ainda é possível a realização de acordo não persecutivo entre o autor de um delito e o Ministério Público.

Desse modo, tendo como premissa o entendimento majoritário acerca da retroatividade da norma que inaugura o ANPP para os casos em que ainda não recebida a denúncia, analisa-se a argumentação jurídica construída para os demais posicionamentos, especialmente quanto à retroatividade para os processos não sentenciados ou sem condenação definitiva e à irretroatividade do instituto.

2. APRESENTAÇÃO DO CASO

O paciente do HC 191.464/SC foi condenado em primeira instância pela prática de crime contra a ordem tributária. A condenação foi confirmada pelo respectivo Tribunal de Justiça e mantida pelo STJ, que não conheceu do recurso especial e negou seguimento ao recurso extraordinário.

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, a defesa solicitou que o processo fosse encaminhado para o Ministério Público, a fim de que este se manifestasse sobre a possibilidade de propositura de acordo de não persecução penal. A vice-presidência do STJ indeferiu o pedido de remessa ao Órgão Ministerial e a corte especial, por unanimidade, não conheceu do agravo em recurso extraordinário, ensejando a impetração do referido *habeas corpus*.

Após decisão monocrática do relator negando seguimento ao *habeas corpus*, no respectivo agravo regimental, a primeira turma do STF decidiu pela aplicação do acordo de não persecução penal para os fatos ocorridos anteriormente à vigência da Lei nº 13.964/2019. Após decidir pela retroatividade do instituto, definiu-se o recebimento da denúncia como o marco processual para a sua aplicação, sendo fixada tese no sentido de que "*o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia*".

Entre as razões de decidir, destaca-se o fato de que o novo instituto é norma penal híbrida (penal e processual penal) – pois tem o condão de evitar a instauração da ação penal (natureza processual) ao mesmo tempo em que viabiliza a extinção da punibilidade do agente que cumpre o acordo (natureza penal) – devendo prevalecer a aplicação retroativa benéfica ao réu, nos termos do art. 5º, inciso XL, da CF/88 ("a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu").

Partindo da interpretação literal do art. 28-A do CPP – que utiliza o termo "investigado" (e não "réu") – e da consequência legal do descumprimento ou da não homologação judicial do ANPP (oferecimento da denúncia); a primeira turma do STF

entendeu que o ANPP está inserido em uma fase específica da persecução penal, anterior ao recebimento da denúncia (etapa pré-processual), devendo ser prestigiada a marcha progressiva do processo.

Ademais, assim como os institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo e da colaboração premiada, o ANPP também excepciona a obrigatoriedade da ação penal. Por esse motivo, o colegiado adequou a *ratio decidendi* firmada no enfrentamento da aplicação intertemporal da suspensão condicional do processo (HC 74.305, j. 09/12/1996) no sentido de que a “retroatividade penal benéfica deve se adequar às finalidades para as quais foi editada a lei penal”.

Considerando que a finalidade do acordo não persecutivo é evitar que se inicie processo, a turma entendeu que o ANPP “se esgota antes do oferecimento e do recebimento da denúncia”, fixando o ato de recebimento da denúncia como marco limitador da retroatividade do instituto.

Por fim, em *obter dictum*, também foi utilizado argumento de ordem consequencialista: a restauração da etapa pré-processual – já efetivada em conformidade com as leis processuais vigentes – acarretaria, por consequência, um colapso do sistema criminal. Caso se admita a retroatividade do art. 28-A do CPP para abranger os processos com decisões transitadas em julgado, “praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal, em cumprimento de pena –” deveriam ser remetidos para o órgão ministerial avaliar a viabilidade de oferta do ANPP.

Diante do exposto, a primeira turma do STF, por unanimidade, negou provimento ao Ag.Reg. no HC 191.464/SC, pois “na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP”.

3. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA

De início, é importante ressaltar que a quinta turma do STJ vem acompanhando o entendimento proferido pela primeira turma do STF. Neste sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ANPP. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 28-A DO CPP. DESCABIMENTO. DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 13.964/2019. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 28-A possui, sim, eficácia retroativa, para abranger as infrações penais cometidas antes de sua entrada em vigor; no entanto, a celebração de ANPP somente será viável se ainda não tiver sido recebida a denúncia.
2. No caso dos autos, a denúncia foi recebida em 2/9/2018 (e-STJ, fls. 9-11), ou seja, antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, de modo que não há falar em aplicação do instituto do ANPP.
3. Agravo regimental desprovido. (STJ, Quinta Turma, Ag.Reg. no Recurso Especial 1.913.308/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 30/03/2021).

Além do entendimento majoritário pela retroatividade do art. 28-A do CPP desde que ainda não recebida a denúncia, outros dois posicionamentos jurisprudenciais merecem destaque: *(i) retroatividade desde que não prolatada a sentença* – conforme julgados proferidos pelos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e de São Paulo – e *(ii) retroatividade enquanto não houver o trânsito em julgado* – conforme julgados proferidos pela sexta turma do STJ e pelos Tribunais Regionais Federais da 4ª e 5ª Região.

Ao enfrentar a solicitação de envio dos autos de processo já sentenciado para o *parquet* avaliar a possibilidade de oferecimento de ANPP, o TJ-MG entendeu que a retroatividade da norma não pode ocorrer de maneira irrestrita, fixando como momento limítrofe a prolação da sentença pelo magistrado *a quo*.

EMENTA OFICIAL: PENAL - ARTIGO 14 DA LEI 10.826/03 - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E DA MULTA - INVIABILIDADE - ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - LEI 13.964/19 - INAPLICABILIDADE - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - PEDIDO PREJUDICADO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] 3. O acordo de não persecução penal (ANPP), espécie de medida despenalizadora pré-processual, tem como natureza jurídica tratar-se de um ajuste entre as partes que objetiva o não ajuizamento da ação penal. Já tendo sido proferida sentença penal, ainda que em fase recursal, não há falar em retorno dos autos para eventual aplicação do ANPP, pois a medida se torna inócua, já que transcorrida a instrução probatória, sob pena de se alterar a própria natureza jurídica do instituto. (TJ-MG, 5ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0699.17.001658-7/001, Rel. Des. Pedro Vergara, j. 13/07/2021).

Entre as razões de decidir, o tribunal mineiro utiliza – como argumento de autoridade – entendimento doutrinário que aponta a necessidade de oferecer tratamento isonômico entre os casos com ação penal em curso ainda não sentenciados e os casos sem oferecimento da inicial acusatória, fazendo também referência ao entendimento jurisprudencial do TJ-SP.

Por conseguinte, o tribunal paulista enfatiza a disposição topográfica do ANPP no Código de Processo Penal, denotando interpretação teleológica no sentido de que o instituto “possui a finalidade de se tornar uma alternativa à propositura da ação penal” (TJ-SP, Apelação Criminal nº 0000286-76.2016.8.26.0369, Rel. Des. Freitas Filho, j. 09/07/2020), “reduzir o número de demandas processuais criminais, bem como afastar eventual constrangimento decorrente de desnecessária submissão do agente às agruras de uma instrução criminal” (TJ-SP, ED na Apelação Criminal nº 0000971-75.2018.8.26.0544, Rel. Des. Ely Amioka, j. 04/05/2020).

Desse modo, considerando que o ANPP exige a confissão formal (art. 28-A, *caput*, do CPP) e que a dilação probatória – momento adequado para a confissão – estava encerrada nos processos já sentenciados ao tempo da vigência do Pacote Anticrime, o TJ-SP conclui pela preclusão da pretensão de remessa dos autos ao órgão ministerial. Entendimento diverso (cabimento de ANPP para os processos em fase recursal) seria um contrassenso, pois teria o condão de rescindir sentença condenatória hígida.

Ademais, a retroatividade da norma que rege o ANPP assemelha-se à retroatividade permitida no surgimento da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/1995): impossibilidade de oferecimento do *sursis* processual após a prolação de sentença. Esta analogia é pautada pelo princípio da segurança jurídica, uma vez que a rescisão de um julgamento válido por vontade exclusiva das partes afrontaria a integridade do sistema processual.

Noutro giro, existe corrente de entendimento que admite a retroatividade do art. 28-A do CPP para os processos que estavam em fase recursal no início da vigência da Lei nº 13.964/2019. Essa *retroatividade enquanto não houver o trânsito em julgado* é capitaneada pela seguinte decisão proferida pela sexta turma do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PACOTE ANTICRIME. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA PENAL DE NATURE MISTA. RETROATIVIDADE A FAVOR DO RÉU. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF).

2. Agravo regimental provido, determinando a baixa dos autos ao juízo de origem para que suspenda a ação penal e intime o Ministério Público acerca de eventual interesse na propositura de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (introduzido pelo Pacote Anticrime - Lei n. 13.964/2019). (STJ, Sexta Turma, Ag.Reg. no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 08/07/2020).

O TRF-4 também decidiu que o magistrado deve “aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo grau), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP”. Estando presentes os requisitos legais para um possível acordo, o relator deverá determinar “a suspensão da ação penal e da prescrição e abaixa em diligência ao primeiro grau para verificação da possibilidade do benefício legal” (TRF-4, 8ª Turma, Correição Parcial nº 5009312-62.2020.4.04.0000/RS, Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, j. 13/05/2020).

Entre as razões de decidir, destaca-se o entendimento sobre a natureza jurídica do ANPP: por ser *novatio legis in mellius*, deve retroagir em benefício ao réu, inclusive para os casos em que o processo se encontra em grau recursal. Ademais, ainda que o art. 28-A do CPP disponha sobre a aplicabilidade do ANPP na fase pré-processual – para as investigações em andamento e nos casos futuros – é certo que o legislador não vedou sua formalização para os processos em curso.

Destarte, é razoável que o réu (assistido por seu defensor) tenha a oportunidade de rever sua estratégia processual, realizando a confissão formal do fato – tendo em vista o incentivo estabelecido pela norma – e se submetendo ao acordo.

Nesse diapasão, entendeu o TRF-5 que “não é justo, razoável, proporcional e legítimo não aplicar o ANPP em sede de apelação”, uma vez que a “intenção do instituto – numa interpretação finalística e benéfica ao réu – não é apenas impedir o início de uma ação criminal, mas sim o próprio movimento da máquina jurisdicional” (TRF-5, 2ª Turma, Apelação Criminal nº 0000624-95.2015.4.05.8100, Rel. Juiz Federal Carlos Vinicius Calheiros Nobre, convocado, j. 10/12/2021).

O relator dessa apelação também enfatizou que as decisões do STF e do STJ – no sentido de a retroatividade do acordo não persecutivo ficar limitada aos casos em que ainda não recebida a denúncia – não constituem precedentes obrigatórios capazes de condicionar a interpretação sobre o novo instituto.

Sob outra perspectiva, convém esclarecer que a dissonância inicialmente pugnada pela sexta turma do STJ – *retroatividade do ANPP até o trânsito em julgado* (Ag.Reg. no HC 575.395/RN, j. 08/07/2020) – já foi dissolvida no âmbito daquele Tribunal Superior. A turma reviu o entendimento sobre a retroatividade do ANPP, no sentido de que ela deve ficar limitada à fase pré-processual (posição já defendida pela quinta turma):

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP, INTRODUZIDO PELA LEI N. 13.964/2019. NORMA HÍBRIDA: CONTEÚDO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e Processual Penal.

2. Infere-se da norma despenalizadora que o propósito do acordo de não persecução penal é o de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime, abrindo a possibilidade de o membro do Ministério Público, caso atendidos os requisitos legais, oferecer condições para o então investigado (e não acusado) não ser processado, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ou seja: o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente sobre o qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia se aplica ainda na fase pré-processual, com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

3. Se, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor – princípio da retroatividade da *lex mitior*, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência – princípio *tempus regit actum*, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador.

4. Ao conjugar esses dois princípios, tem-se que é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, não há falar em retroceder na marcha processual.

5. Agravo regimental desprovido. (STJ, Sexta Turma, Ag.Reg. no HC 628.647/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Laurita Vaz, j. 09/03/2021).

Não obstante o entendimento aparentemente uniforme das turmas criminais do STJ, a terceira seção decidiu submeter a controvérsia ao rito dos recursos repetitivos (afetação dos recursos especiais 1.890.344/RS e 1.890.343/SC), sem suspender o trâmite dos processos pendentes. Conforme tema repetitivo 1.098/STJ, afetado em 15/06/2021, a seguinte questão está pendente de julgamento: "(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia".

Além disso, tendo em vista que "a retroatividade e potencial cabimento do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) é questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social", a matéria também foi afetada ao plenário do STF, em 22/11/2020. Aguarda-se, desde então, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 185.913/DF a fim de abrandar a divergência jurisprudencial.

4. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Como espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o acordo de não persecução penal pode ser conceituado como um negócio jurídico extrajudicial:

celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática de um delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer a denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida. (LIMA, 2021, p. 238).

Respalhado na liberdade individual e na autonomia de vontade do indivíduo, esse acordo de vontades enseja concessões e obrigações recíprocas. Desse modo, enquanto "o Estado, representado pelo Ministério Público, renuncia à persecução processual criminal e à aplicação da pena tal como cominada ao delito em abstrato"; o investigado

precisa colaborar com o “reconhecimento da prática do crime e a aceitação das condições de forma voluntária, sempre mediante a compreensão integral de seus termos, devendo necessariamente ser assistido por um advogado”. (MOTA, 2020, p. 165-166).

Por exigir cedências recíprocas, Mendonça, Camargo & Roncada (2020, p. 66) enfatizam que “a falta de assentimento de uma das partes não pode ser suprida por decisão judicial” e que a pactuação do ANPP deve observar as particularidades do caso concreto, não devendo ser tratado como um contrato de adesão.

Em relação ao momento para a celebração do acordo, não resta dúvidas de que “a própria natureza do instituto parece sugerir que a proposta deverá ser feita na fase pré-processual”, uma vez que o art. 28-A do CPP aponta a possibilidade de oferecimento da denúncia ou prosseguimento das investigações como consequência do descumprimento ou não homologação do acordo de não persecução penal. (PACELLI & FISCHER, 2021, p. 140).

Tendo em vista o objeto do presente trabalho, é possível vislumbrar os seguintes entendimentos quanto à aplicação do direito intertemporal para o instituto: (i) *irretroatividade do ANPP*, (ii) *retroatividade do ANPP desde que ainda não recebida a denúncia*, (iii) *retroatividade do ANPP enquanto não proferida sentença condenatória*, (iv) *retroatividade do ANPP até o trânsito em julgado*, e, por fim, (v) *retroatividade do ANPP para os processos transitados em julgado*.

Partindo-se do pressuposto de que a norma que rege o acordo não persecutivo (art. 28-A do CPP) possui natureza híbrida (penal e processual penal), conclui-se pela retroatividade do novo instituto para abranger os fatos delituosos praticados anteriormente à sua vigência. Nesse sentido, convém salientar que:

O acordo de não persecução penal tem nítida implicação no direito de punir, afinal é capaz de afastar a privação da liberdade em troca da aplicação de condições que, cumpridas, levam à extinção da punibilidade do/a agente. É inegável que, embora se trate de alteração à lei processual, existe flagrante caráter penal. Por essa razão, embora o tema seja complexo e controverso, não vemos óbice algum, ao menos no campo dogmático, à aplicação retroativa da norma, concedendo a possibilidade de acordo àquelas pessoas que não tiveram a oportunidade porque a lei não havia sido implementada. Esse entendimento se aplica especialmente aos casos em que o trânsito em julgado ainda não se operou (a exemplo das situações em que a denúncia foi ofertada, mas está pendente de

recebimento, e em que a instrução foi iniciada, mas não foi concluída). (ASSUMPÇÃO, 2020, p. 79).

Pacelli & Fischer (2021, p. 147) asseveram que “não cabe cogitar a aplicação do ANPP aos casos com denúncia já recebida, pois não mais condiz com a natureza do instituto mais benéfico e, portanto, com a sua finalidade (não haver ‘processo’)”. Para os autores, a aplicação retroativa do ANPP a processos com denúncias recebidas contraria expressamente o art. 28-A, *caput*, do CPP – que dispõe que o acordo só será possível “não sendo caso de arquivamento”. Assim, privilegiando a legalidade e a correspondência lógica ao tempo, resta concluir que:

Aos fatos cometidos anteriormente (retroatividade), mas com denúncia recebida, não cabe o ANPP, pois processualmente há um óbice claro e expresso: somente pode ser aplicado desde que não recebida a denúncia, pois o momento de que trata a lei processual é o da fase do art. 28-A do CPP, quando, não sendo o caso de arquivamento do inquérito, estejam reunidas as condições para se evitar a ação penal, mediante acordo com o investigado. (PACELLI & FISCHER, 2021, p. 148).

Para a corrente que admite a retroatividade enquanto não proferida sentença condenatória – *acordo de não continuidade da ação penal* – é fundamental observar o princípio da isonomia, uma vez que o fato de a denúncia ter sido recebida não pode funcionar como óbice à celebração do acordo e possível extinção da punibilidade pelo seu integral cumprimento. (LIMA, 2021, p. 243).

Essa corrente não admite a retroatividade em grau recursal porque “uma vez já tendo sido proferida sentença (condenatória), o acusado não poderia mais colaborar com o Ministério Público com sua confissão”, que é um “importante trunfo político-criminal para a celebração do acordo”, conforme prevê o art. 28-A, *caput*, do CPP. (CABRAL, 2020, p. 213, *apud* LIMA, 2021, p. 243).

Por outro lado, há corrente que admite a celebração de acordo não persecutivo em fase recursal – *retroatividade até o trânsito em julgado*, fundamentando-se no Enunciado nº 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal:

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal,

nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão. (MPF, 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Enunciado nº 98, alterado em 31/08/2020).

Embora seja difícil diferenciar os argumentos dessa corrente frente àqueles que defendem a retroatividade do ANPP para os processos já transitados em julgados, Lima (2021, p. 243) assevera que – como o cumprimento integral do acordo gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP) – esta parte da doutrina entende que “deve ser aplicado o mesmo regramento atinente às regras de direito penal, *in casu*, o da retroatividade penal mais benéfica”, uma vez que não haveria justificativa para se negar a possibilidade de celebração do acordo para aqueles que possuem processo criminal em andamento.

Extremamente minoritária é a posição de *retroatividade do ANPP para os processos transitados em julgado*. Sem olvidar que parcela da doutrina apenas cita a existência dessa corrente doutrinária, Betta (2021) sugere a retroatividade ilimitada do ANPP – “com total eficácia e sem limitação temporal” – uma vez que deve ser aplicado o método interpretativo da máxima efetividade da norma constitucional, “para alcançar a maior aplicabilidade e eficácia do direito fundamental” insculpido no art. 5º, XL, CF/88 (retroatividade da lei penal benéfica).

Por fim, em oposição às correntes que entendem pela retroatividade do ANPP, Renato Brasileiro de Lima defende a aplicação do acordo de não persecução penal exclusivamente aos fatos delituosos cometidos a partir da vigência da Lei nº 13.964/2019. Ao dispor sobre a *irretroatividade do ANPP*, ele assevera que as correntes anteriores:

[...] deixaram de levar em consideração um fator crucial para definir a regra do direito intertemporal a ser aplicada à controvérsia sob debate, qual seja, o fato de que, ao introduzir o acordo de não persecução penal no CPP, de cujo cumprimento integral pode resultar inclusive a declaração da extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13), a Lei n. 13.964/2019 também alterou o Código Penal para fins de prever que, antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre enquanto não cumprido ou não rescindido o

acordo de não persecução penal (CP, art. 116, IV). (LIMA, 2021, p. 243).

Desse modo, tendo em vista que a novo diploma normativo trouxe – para além do ANPP – uma nova causa suspensiva da prescrição, ele deve ser compreendido como mais prejudicial ao acusado/réu, sob pena de “patente violação ao princípio da irretroatividade da *lex gravior*”. (LIMA, 2021, p. 243).

5. NORMAS QUE REGULAMENTAM A MATÉRIA

O acordo de não persecução penal foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. (LIMA, 2021, p. 240).

Por se tratar de norma infralegal que inaugurava novo instituto na esfera processual penal, surgiu acirrado debate acerca da constitucionalidade da Resolução nº 181/2017-CNMP, tendo sido ajuizada a ADI 5.790/DF perante o STF sob o argumento de que era necessária uma lei ordinária, editada pela União (art. 22, I, CF/88), regulando o tema. Essa ADI teve sua análise prejudicada com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

Desse modo, ao acrescentar o art. 28-A no Código de Processo Penal – que regulamenta, de forma definitiva, o acordo de não persecução penal –, a controvérsia existente fica encerrada, uma vez que “temos, enfim, uma lei ordinária versando sobre a matéria, em fiel observância ao art. 129, I, da Constituição Federal” (LIMA, 2021, p. 242).

Inicialmente, é importante destacar que o ANPP deve ser visualizado como uma segunda opção dentre as técnicas de autocomposição em matéria criminal (art. 28-A, *caput* e § 2º, I, CPP), uma vez que ele só poderá ocorrer quando não for o caso de arquivamento e não couber a aplicação do instituto da transação penal, nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95.

Dessa forma, primeiramente deverá ser avaliada a existência de indícios mínimos de autoria e materialidade que sustentam o início da persecução penal. Caso contrário, o Ministério Público deverá promover o arquivamento das peças de informação, conforme art. 28 CPP. Não sendo caso de arquivamento, deverá ser verificada a viabilidade da propositura de transação penal. Se inviável, resta verificar, em último caso, se é cabível o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Convém salientar que o oferecimento do ANPP é uma faculdade do Ministério Público, que deverá avaliar se para o caso concreto o acordo é necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (art. 28-A, *caput*, CPP). Caso o *parquet* decida pelo não oferecimento do acordo, resta ao investigado requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, que avaliará a pertinência ou não do oferecimento do acordo, nos termos da respectiva lei orgânica (art. 28-A, § 14, CPP).

Por outro lado, como o próprio nome sugere (*acordo* de não persecução penal), é obrigatória a participação do investigado – que precisa confessar formal e circunstancialmente a prática de infração penal – e de seu defensor (art. 28-A, *caput* e § 3º, CPP). Após a formalização da proposta por escrito, o acordo é encaminhado para homologação pelo juiz, que realizará audiência com o investigado, acompanhado de seu defensor, para verificar a sua voluntariedade; momento em que também verificará a legalidade do pacto (art. 28-A, §§ 3º e 4º, CPP).

Quanto à análise da legalidade do acordo, o magistrado examinará se os requisitos mínimos de cabimento do ANPP foram cumpridos e se não incide alguma das vedações legais que impedem sua celebração.

Nesse sentido, verificar-se-á se a infração penal foi cometida sem violência ou grave ameaça e a pena mínima é inferior a 04 anos – já computadas as causas de aumento e diminuição (art. 28-A, *caput* e § 1º, CPP); bem como se não se trata de investigado reincidente ou com indícios de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, se não foi beneficiado com técnica autocompositiva nos 05 anos anteriores (transação penal, ANPP ou suspensão condicional do processo) e se o crime não foi praticado no contexto de violência doméstica ou familiar, ou contra mulher por questão de gênero (art. 28-A, § 2º, CPP).

Transcorrida as análises da voluntariedade e da legalidade, resta ao magistrado verificar se as condições ajustadas entre as partes são adequadas e suficientes para a prevenção e reprovação do crime.

O texto legal apresenta um rol exemplificativo de condições que podem ser impostas pelo Ministério Público, cumulativa ou alternativamente, no momento da pactuação do ANPP (art. 28-A, *caput*, e incisos I a V, CPP). É o caso da reparação do dano ou restituição da coisa; renúncia voluntária de bens e direitos (indicados como instrumento, produto ou proveito do crime); prestação de serviços à comunidade ou às entidades públicas (por período correspondente à pena mínima cominada reduzida de um a dois terços); pagamento de prestação pecuniária à entidade pública ou de interesse social; ou qualquer outra condição, por prazo determinado, se proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Caso o magistrado considere inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições pactuadas no ANPP, este será devolvido ao Ministério Público para reformulação da proposta, com a concordância do investigado e seu defensor (art. 28-A, § 5º, CPP). Caso o magistrado discorde da readequação realizada pelas partes ou entenda que o ANPP não preenche os requisitos legais, ele deverá recusar sua homologação (art. 28-A, § 7º, CPP).

Da recusa da homologação judicial cabe a interposição de recurso em sentido estrito (art. 581, XXV, CPP) pelas partes, bem como o prosseguimento das investigações ou o oferecimento da denúncia pelo *parquet* (art. 28-A, § 8º, CPP), se assim entender cabível.

De outro modo, a homologação judicial do ANPP ensejará a devolução dos autos para o Ministério Público – que iniciará sua execução perante o juízo de execuções penais (art. 28-A, § 6º, CPP) – e a intimação da vítima, a qual deverá tomar ciência do acordo e de seu eventual descumprimento (art. 28-A, § 9º, CPP).

O descumprimento de qualquer uma das condições estipuladas no ANPP acarretará a rescisão do acordo (art. 28-A, § 10, CPP), que poderá servir de justificativa para a recusa no oferecimento da suspensão condicional do processo – nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95 – (art. 28-A, § 11, CPP). Ademais, considerando que a prescrição não corre enquanto não cumprido ou não rescindido o ANPP (art. 116, IV, CP), sua rescisão provocará posterior oferecimento de denúncia.

Por fim, o cumprimento integral do acordo de não persecução penal acarretará a extinção de punibilidade, não devendo sua celebração e cumprimento constar de certidão de antecedentes criminais, exceto para impedir a realização de um novo acordo no prazo de 05 anos (art. 28-A, §§ 12 e 13, CPP).

6. ANÁLISE CRÍTICA

Como toda construção das ciências jurídicas envolve diferentes opiniões e posicionamentos, o surgimento do acordo de não persecução penal pela Lei nº 13.964/2019 trouxe inúmeros argumentos favoráveis e contrários ao novo instituto.

Tendo em vista a realidade carcerária brasileira e o déficit de defensores públicos, Mendes & Martínez (2020, p. 65) se posicionam desfavoravelmente ao ANPP, enfatizando que embora o acordo pressuponha uma paridade de armas entre acusação e defesa, sua implementação no país tem como pano de fundo uma imensa desvantagem do mais fraco em relação ao mais forte. Ademais, a exigência de confissão formal e circunstanciada

(art. 28-A, *caput*, CPP) – contida na proposta – “é de flagrante inconstitucionalidade, representando na *práxis* um modo de vulneração da pessoa acusada”.

Em relação à argumentação de que o ANPP desafogaria o sistema de justiça, as autoras contrapõem-se no sentido de que é preciso:

considerar que grande parcela do sistema carcerário brasileiro continua a ser composta por pessoas negras, pobres e que praticaram crimes contra o patrimônio, sem violência ou grave ameaça, como é o caso do furto simples, melhor teria sido a opção legislativa aquela que, se não descriminalizasse tal conduta, a tornar-se crime de ação privada. Seguramente, medida como essa “desafogaria” mais o sistema de justiça criminal e os cárceres brasileiros do que a fictícia situação na qual uma pessoa furtadora será posta em uma mesa de “negociações” sem o devido acompanhamento técnico, tendo o Ministério Público de outro lado. (MENDES & MARTÍNEZ, 2020, p. 65).

Noutro giro, ao dispor que o ANPP deve ser compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, Lima (2021, p. 238) assevera que o acordo de não persecução penal “representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal um pouco mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos mais graves”.

De igual modo, ao vislumbrar o ANPP como oportunidade de derivação para a justiça restaurativa, Mendonça, Camargo & Roncada (2020, p. 91-92) também entendem que o instituto representa um grande avanço para revolucionar a persecução penal no Brasil, “ao permitir que o sistema punitivo seja reservado para situações de maior gravidade, assegurando, também, uma prestação jurisdicional mais célere e a diminuição da estigmatização do investigado pelo processo”. No mesmo sentido, é possível destacar que:

Mesmo diante das incongruências normativas e abrandamento das penalizações, o recurso à justiça negociada representa uma solução alternativa à crise de eficiência do sistema processual penal. É uma mudança estrutural, que embora atinja pilares antes reputados como inalteráveis, como os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, encontra legitimação na autonomia individual, na ação positiva da Constituição Federal e nos princípios

da proporcionalidade, efetividade, celeridade e economicidade. (MOTA, 2020, p.191).

Diante do exposto, em que pese a existência de entendimento contrário, não resta dúvidas de que os benefícios advindos com o acordo de não persecução penal superam as críticas ao recente diploma normativo. Desse modo, torna-se ainda mais relevante a análise sobre o direito intertemporal quanto à aplicação do ANPP para os fatos ocorridos anteriormente à vigência do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

É possível afirmar que a solução para o acalorado debate doutrinário e jurisprudencial – consubstanciado por cinco correntes de entendimento – tem início a partir da delimitação do marco processual quanto à retroatividade do ANPP: (i) até o *recebimento da denúncia*, (ii) até a *prolação da sentença*, ou (iii) até o *trânsito em julgado*.

Nesse primeiro momento, resta asseverar que o Código de Processo Penal dispõe expressamente que o acordo de não persecução penal só é cabível em “não sendo o caso de arquivamento” (art. 28-A, *caput*), que a consequência da recusa da homologação é a “complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia” (art. 28-A, § 8º) e que o descumprimento do acordo enseja sua rescisão e “oferecimento da denúncia” (art. 28-A, § 10). Assim, conclui-se que a delimitação legal é o *recebimento da denúncia*.

Nesse diapasão, considerando apenas a delimitação de um marco processual para a retroatividade e tendo em vista a legislação vigente, filia-se ao entendimento de Pacelli & Fischer (2021, p. 140) no sentido de que a retroatividade do ANPP só poderá ocorrer até o recebimento da denúncia:

Compreendemos que admitir a aplicação do acordo de não persecução penal em ações penais em andamento, sob o escudo geral (e até “genérico”) de que consistiria em “providência mais benéfica ao infrator”, configura uma criação sem base dogmática e sistemática legal [...]. Contrariando frontalmente a opção do legislador (de verdadeira política criminal), a “escolha” de outros marcos de incidência do ANPP como até o início da instrução, até a sentença, até a condenação em segundo grau, até o trânsito em julgado ou qualquer outro momento, decorreria de mero “ativismo” (para não dizer decisionismo) sem qualquer racionalidade à luz do ordenamento jurídico vigente. (PACELLI & FISCHER, 2021, p. 141).

É importante ressaltar que essa delimitação processual tem por fundamento a natureza *híbrida* da norma que dispõe sobre o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Sua natureza penal e processual penal enseja a coexistência dos seguintes

princípios de aplicação do direito intertemporal: retroatividade da *lex mitior* penal (art. 5º, XL, CF/88) e *tempus regit actum* – irretroatividade da norma processual (art. 2º do CPP).

Por conseguinte, evidencia-se que a natureza híbrida do art. 28-A do CPP é razão suficiente para afastar o posicionamento que defende a *retroatividade do ANPP para os processos transitados em julgado*. A retroatividade *máxima* do ANPP – independentemente de ter ocorrido o integral cumprimento da pena, a extinção da punibilidade e, até mesmo, para afastar os efeitos da reincidência (BETTA, 2020) – considera apenas “que a regra do ANPP é ‘mais benéfica’ sob o aspecto penal (desvinculando-a da limitação temporal feita pelo legislador)” (PACELLI & FISCHER, 2021, p. 148).

Desse modo, em observância à soberania popular (art. 1º, parágrafo único, CF/88) e à separação dos Poderes (art. 2º, CF/88), princípios organizativo-estruturantes do Estado Democrático de Direito, resta concluir que o marco processual delimitado pelo Poder Legislativo deve predominar sobre outros entendimentos:

De se realçar que, se o legislador aprovasse o acordo de não continuidade da ação penal (que pressuporia processo, com denúncia recebida), também haveria um limite temporal: o início da instrução processual [...]. O que não se pode é, por interpretações isoladas, ampliativas e sem visão sistemática, pretender aplicação retroativa (exclusivamente) da parte penal quando ela se revela absolutamente incompatível com outra exigência existente na mesma norma (que é igualmente constitucional), a não existência de processo, pois se trata de norma híbrida. (PACELLI & FISCHER, 2021, p. 147).

Diante do exposto, caso seja admitida a retroatividade do ANPP, concorda-se com o posicionamento de que o acordo de não persecução penal só poderá retroagir enquanto não ocorrer o *recebimento da denúncia*, conforme jurisprudência majoritária elaborada pelas turmas criminais do STJ e pela primeira turma do STF: Ag.Reg. no HC 191.464/SC, j. 11/11/2020 (STF, 1ª turma), Ag.Reg. no REsp. 1.913.308/RS, j. 30/03/2021 (STJ, 5ª turma) e Ag.Reg. no HC 628.647/SC, j. 09/03/2021 (STJ, 6ª turma).

Após a delimitação do marco processual, passa-se a análise quanto à irretroatividade do instituto. Em síntese, esse segundo momento tem o condão de verificar se o art. 28-A do CPP: (i) *retroagirá para as infrações penais anteriores sem o recebimento da denúncia* ou se ele (ii) *incidirá apenas para delitos cometidos após a vigência da Lei nº 13.964/2019* (irretroatividade do ANPP).

Destarte, é importante trazer à baila que o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) aperfeiçoa tanto a legislação penal (codificada e extravagante) como a legislação processual penal, de modo que a sua análise quanto ao direito intertemporal exige uma visão holística: ao mesmo tempo em que a Lei nº 13.964/2019 introduziu o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico pátrio (inserindo o art. 28-A no CPP), ela também estabeleceu nova causa suspensiva da prescrição (inserindo o inciso IV no art. 116 do CP).

Se de um lado o ANPP pode ser visualizado como um instituto benéfico – pois o cumprimento do acordo acarreta a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP) – sendo recomendável sua *retroatividade até o recebimento da denúncia*, por ter natureza híbrida; de outro, eventual descumprimento ocasionará a persecução penal a qualquer tempo – a se iniciar pelo oferecimento da denúncia (art. 28-A, § 10, CPP) – uma vez que o prazo prescricional ficará suspenso por todo o período.

Logo, filia-se ao posicionamento do professor Renato Brasileiro de Lima pela *irretroatividade do ANPP*.

Ora, se a celebração do acordo de não persecução penal trouxe consigo, inexoravelmente, uma nova causa suspensiva da prescrição, norma de natureza penal nitidamente mais prejudicial, à controvérsia em questão deve ser aplicada a regra da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Logo, sua aplicação deverá ficar restrita aos crimes cometidos após a vigência do Pacote Anticrime, é dizer, a partir do dia 23 de janeiro de 2020. (LIMA, 2021, p. 243).

Adere-se ao posicionamento pela irretroatividade do art. 28-A do CPP pelos mesmos fundamentos expostos na anterior delimitação do marco processual para *eventual retroatividade* do instituto: observância dos princípios da soberania popular e da separação dos poderes, que fundamentam o mandamento constitucional de legalidade, norteador do Estado Democrático de Direito. Ademais:

[...] nem se diga que o acordo poderia ser celebrado sem a necessária suspensão da prescrição, sob pena de se admitir que o julgador atue como legislador positivo, criando-se uma terceira lei (*lex tertia*), em clara e evidente violação ao princípio da legalidade e da separação dos poderes. (LIMA, 2021, p. 243-244).

7. CONCLUSÃO

Este trabalho buscou analisar a incidência do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, sob a ótica do direito intertemporal, para verificar a possibilidade de aplicação do instituto recém-criado aos fatos típicos ocorridos anteriormente à vigência do Pacote Anticrime.

Diante da acentuada controvérsia doutrinária refletida perante os tribunais, foi constatada que *eventual retroatividade* da norma que rege o ANPP deve ser limitada pelo momento anterior ao *recebimento da denúncia* – conforme entendimento majoritário proferido pelas turmas criminais do STJ e pela primeira turma do STF – uma vez que a utilização de outro marco processual afrontaria princípios organizativo-estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Todavia, a partir de uma visão abrangente das alterações normativas sobre a mesma base principiológica do Estado Democrático de Direito, conclui-se mais assertivo o posicionamento minoritário que defende a *irretroatividade* do acordo de não persecutivo, de forma que a Lei nº 13.964/2019 somente seria aplicável aos crimes cometidos após sua vigência.

Por fim, espera-se que a controvérsia judicial seja atenuada a partir do julgamento do HC nº 185.913/DF, pelo plenário do STF, e do tema repetitivo 1.098, pela terceira seção do STJ.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591514/> >. Acesso em: 28 fev. 2022.

BETTA, Emerson de Paula. *Acordo de não persecução penal e a reincidência*. **Revista Consultor Jurídico**, 12 de fevereiro de 2020 (versão *online*). ISSN 1809-2829. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-fev-12/tribuna-defensoria-acordo-nao-persecucao-penal-reincidencia> >. Acesso em: 28 fev. 2022.

_____. *A retroatividade do ANPP: impossibilidade de limitação temporal*. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de janeiro 2021 (versão *online*). ISSN 1809-2829. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-jan-26/tribuna-defensoria-retroatividade-anpp-impossibilidade-limitacao-temporal> >. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 05 jan. 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 05 jan. 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em: 05 jan. 2022.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm >. Acesso em: 05 jan. 2022.

_____. Ministério Público Federal. **Enunciados da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal**. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados> >. Acesso em: 28 fev. 2022.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf> >. Acesso em: 05 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 575.395/RN**. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Sexta Turma. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202000931310 >. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.913.308/RS**. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003414933&dt_publicacao=06/04/2021 >. Acesso em: 25 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 628.647/SC**. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Relator para acórdão Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003060514&dt_publicacao=07/06/2021 >. Acesso em: 25 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Precedentes Qualificados**. Tema Repetitivo 1098. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1098&cod_tema_final=1098 >. Acesso em: 26 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.790/DF**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027> >. Acesso em: 05 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 191.464/SC**. Relator Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6006969> >. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 185.913/DF**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Plenário. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032> >. Acesso em: 12 dez. 2023.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Correição Parcial nº 5009312-62.2020.4.04.0000/RS**. Relator Desembargador João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. Julgado em 13/05/2020. Disponível em: < https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001680933&versao_gproc=14&crc_gproc=7d9281f0 >. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Criminal nº 0000624-95.2015.4.05.8100**. Relator Juiz Federal Carlos Vinicius Calheiros Nobre (convocado). 2ª Turma. Julgado em 10/12/2021. Disponível em: < <https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=3cfed036544fbed07519a8978a91dfce> >. Acesso em: 01 mar. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 9.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025002/> >. Acesso em: 28 fev. 2022.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CAMARGO, Fernão Pompêo de; RONCADA, Katia Herminia Martins Lazarano. *Acordo de não persecução penal e a justiça restaurativa: mais um passo no caminho da transformação social*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; NETO, Manoel Jorge e Silva; MOTA, Helena Mercês Claret da; MONTENEGRO, Cristina Rasia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, 2020, p. 65-93.

MOTA, Ludmilla de Carvalho. *Acordo de Não Persecução Penal e absprache: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico*. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 77, p. 161-194, jul./set. 2020. Disponível em: < [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Ludmilla de Carvalho Mota.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Ludmilla%20de%20Carvalho%20Mota.pdf) >. Acesso em: 27 fev. 2022.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027020/> >. Acesso em: 27 fev. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Apelação Criminal nº 1.0699.17.001658-7/001**. Relator Desembargador Pedro Vergara. 5ª Câmara Criminal. Julgado em 13/07/2021. Disponível em: < <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=10&totalLinhas=18&paginaNumero=10&linhasPorPagina=1&palavras=anpp%20E%20senten%20E7a&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> >. Acesso em: 16 jan. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação Criminal nº 0000286-76.2016.8.26.0369**, Relator Desembargador Freitas Filho. 7ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 09/07/2020. Disponível em: < <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13735338&cdForo=0> >. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. **Apelação Criminal nº 0000971-75.2018.8.26.0544**. Relatora Desembargadora Ely Amioka. 8ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 04/05/2020. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI004XAWC0000#?cdDocumento=51> >. Acesso em: 17 jan. 2022.

A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

CAROLINE MARIA MASCHIETTO PICHINI:

Advogada, graduada pela Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Legale¹²⁹.

Resumo: O presente artigo versa sobre decisão do Supremo Tribunal Federal (07/11/2019), a qual vetou a possibilidade de prisão aos condenados em Segunda Instância e sua relação com o princípio da vedação ao retrocesso, também conhecido como "efeito *Cliquet*". Tem por objetivo analisar matéria constitucional que versa sobre qual seria o momento de privação de liberdade de quem está em julgamento no sistema judiciário. O presente artigo busca, também, expor o princípio constitucional da presunção de inocência como sendo cláusula pétrea. Por fim, conclui-se que a presente decisão proferida pela nossa Suprema Corte está inteiramente ligada ao princípio da vedação ao retrocesso, eis que ao vedar a prisão em segunda instância preservou o princípio da presunção de inocência, da dignidade humana, da liberdade e fez jus aos dispositivos de nossa Magna Carta.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Prisão em segunda instância; Princípio da vedação ao retrocesso; Efeito *Cliquet*; Cláusulas Pétreas; Princípio da presunção de inocência.

Abstract: This article deals with a decision of the Federal Court of Justice (07/11/2019), which vetoed the possibility of imprisonment for those convicted in Second Instance and its relation to the Backward sealing principle, also known as the "*Cliquet* effect". It aims to analyze constitutional matters that deal with what would be the moment of deprivation of liberty of those who are on trial in the judicial system. This article also seeks to expose the constitutional principle of the presumption of innocence as a stone clause. Finally, it is concluded that the present decision handed down by our Supreme Court is entirely linked to the Backward sealing principle, behold, by prohibiting imprisonment at second instance, preserved the principle of the presumption of innocence, human dignity, freedom and lived up to the provisions of our Magna Carta.

Keywords: Federal Court of Justice; Second instance arrest; Backward sealing principle; *Cliquet* Effect; Stone Clauses; Principle of the presumption of innocence.

INTRODUÇÃO

129 E-mail: carolinemaschietto.adv@gmail.com

No dia 7 de novembro de 2019, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram por 6 votos a 5, fazer jus ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, julgando não ser possível a execução da pena antes do trânsito em julgado, firmando jurisprudência a ser seguida no sentido de que, ninguém poderá ser preso para começar a cumprir pena até o julgamento de todos os recursos possíveis em processos criminais, incluindo, quando cabível, tribunais superiores.

Na referida decisão, em seus votos contrários à prisão em segunda instância, os ministros utilizaram-se do entendimento de que a Constituição Federal é clara quanto ao princípio da presunção de inocência e não abre campo para controvérsias semânticas.

Outrossim, não há espaço para interpretar de forma diversa o que já está escrito com clareza solar na Constituição Federal e ainda na legislação processual penal, independentemente da bandeira social e política que se hasteie para justificar a flexibilização das garantias constitucionais, que, não nos esqueçamos, a todos alcança.

No ordenamento jurídico brasileiro temos como carta fundamental a Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição cidadã. A qual traz em seu corpo uma série de direitos e garantias de extrema importância para a defesa dos indivíduos contra o próprio Estado. Algumas das muitas garantias constitucionais individuais também foram citadas neste trabalho, como por exemplo, o princípio da presunção de inocência, esculpido em nosso artigo 5º, LVII, prelecionando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, artigo este considerado cláusula pétrea.

Mas o princípio exaltado neste, o qual está implícito em nossa Magna Carta, é o princípio da vedação ao retrocesso, também conhecido como efeito *cliquet*. Na ordem constitucional, esse princípio tem a intenção de impedir que direitos já reconhecidos na ordem jurídica possam ser suprimidos e enfraquecidos pelos governantes, pois isto implicaria num retrocesso em detrimento das conquistas históricas da humanidade, especialmente no que é mais caro ao homem, como a dignidade e a liberdade. É ainda este princípio garantidor da efetividade das normas constitucionais e assegurador da segurança jurídica.

Em suma, o objetivo geral do presente trabalho é a discussão que versa sobre a relação da citada decisão do STF com o princípio da vedação ao retrocesso e qual seria o momento de privação de liberdade de quem está em julgamento no sistema judiciário.

Para orientar a confecção do artigo fora utilizado o método dedutivo, isto é, buscara posições jurídicas que sustentassem ou negassem a prisão em segunda instância. Buscou ainda categorias de conceitos e pesquisa bibliográfica qualitativa que compreendesse revisão doutrinária em obras jurídicas e artigos relativos ao tema discutido.

O estudo foi dividido em apresentação do histórico de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre prisão em segunda instância, sobre o princípio da vedação ao retrocesso e do princípio da presunção de inocência como sendo cláusula pétrea. Após, foram apresentados os argumentos favoráveis à prisão em segunda instância buscando a constitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal sob a ótica da nossa Magna carta e dos autores estudados.

1. DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

1.1 Breve relato histórico de decisões e entendimentos do Supremo Tribunal Federal sobre prisão em segunda instância

Desde a vigência da Constituição Federal de 1.988 até o ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal permitia a execução da pena antes do trânsito em julgado, houveram diversos julgamentos registrados nesse período que autorizaram as prisões.

Já no ano de 2009 até fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, assentou o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal ("*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*"), decidindo ser inconstitucional a execução antecipada da pena. À época, por 7 a 4, o plenário concedeu o HC 84.078 para permitir a um condenado pelo TJ/MG que recorresse em liberdade, sendo assim, o STF passou a exigir o trânsito em julgado e só permitir prisões provisórias durante o processo.

Em fevereiro de 2016, por sua vez, também em HC (126.292), e com o mesmo placar (7x4), mas com composição diversa, o plenário alterou a jurisprudência afirmando ser possível a prisão após segunda instância. Na ocasião, a jurisprudência foi guiada pelo ministro Teori Zavascki. O entendimento foi firmado em respeito ao caso concreto. A mudança gerou insegurança jurídica: os próprios ministros da Corte passaram a decidir, monocraticamente, de formas distintas.

Desde 2016, o Supremo permitia que juízes determinassem a execução provisória das penas, ou seja, que condenados após a decisão da segunda instância já poderiam começar a cumprir suas penas na prisão. A Suprema Corte autorizou a prisão após segunda instância quatro vezes, mas a análise de mérito de três ações (ADCs 43, 44 e 54) no STF sobre esse tema permanecia em aberto.

1.2 Da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre prisão em segunda instância

No dia 7 de novembro de 2019, por 6 votos a 5, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que não é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em 2ª instância, somente após o trânsito em julgado.

Teriam sido então finalmente julgadas, as ADCs 43, 44 e 54, firmando jurisprudência a ser seguida no sentido de que, ninguém poderá ser preso para começar a cumprir pena até o julgamento de todos os recursos possíveis em processos criminais, incluindo, quando cabível, tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). Antes disso, somente se a prisão for preventiva.

2. DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO – EFEITO CLIQUET

O Princípio da Vedação ao Retrocesso, também chamado de “Efeito *Cliquet*”, consiste em instrumento apto a vedar qualquer medida normativa ou política com objetivo de supressão ou enfraquecimento dos direitos fundamentais.

A expressão efeito “*Cliquet*”, de origem Francesa, significa “garra”, referindo-se aos instrumentos utilizados pelos alpinistas para escalar montanhas, e que denota que a partir de determinado ponto “não é possível retroceder”, mas somente avançar, ou seja, permitindo-se somente o movimento de subida na escalada.

Sob o prisma normativo, esta vedação busca impedir a revogação de normas que consagram direitos fundamentais, ou que a substituição destas não seja por equivalentes normativos. De outro modo, sob o prisma concreto ou prático, o “efeito *Cliquet*” busca vedar a implementação de políticas estatais que versem sobre a supressão ou flexibilização desses direitos.

Esse postulado foi consagrado na Constituição Federal de 1988 (implicitamente) com as chamadas cláusulas pétreas que impedem o próprio poder constituinte reformador de suprimir os Direitos e Garantias Fundamentais, admitindo-se apenas ampliá-los. Isto é, os Direitos são conquistas irreversíveis, não podendo retroceder, devendo apenas avançar na tutela da dignidade da pessoa humana, sendo este o maior objetivo do Estado Brasileiro.

[L]
[SEP]

O referido princípio possui algumas características bastante claras, trata-se de princípio constitucional implícito, garantidor da efetividade das normas constitucionais, assegurado da segurança jurídica, e portador de certa relatividade, a qual fica condicionada pela manutenção de um núcleo mínimo de direitos ou do oferecimento de alternativas ou compensações legais.

Segundo o Jurista Português, J. J Gomes Canotilho, que é um dos grandes defensores deste instituto, trata-se de um postulado que atua frente ao próprio legislador

reformador criando-lhe um obstáculo formal e material de modificação normativa, e desta forma, impedindo a restrição de direitos fundamentais, assinalando que *"A mudança ou alteração frequente das leis (de normas jurídicas) pode perturbar a confiança das pessoas, sobretudo quando as mudanças implicam, efeitos negativos na esfera jurídica dessas mesmas pessoas."*

Canotilho ainda pontua que, a *"proibição do retrocesso nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas [...], mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos"*; sob pena de afronta aos postulados da legítima confiança e da segurança dos cidadãos. Isso porque *"o núcleo essencial dos direitos já realizados e efetivados através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido"*; sendo inconstitucional a sua supressão, *"sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios"*.

Segundo o jurista e professor Ingo Sarlet, o princípio da vedação ao retrocesso, no âmbito do direito brasileiro, está implícito na Constituição Federal de 1988, e decorre do princípio do Estado democrático e social de direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica, da proteção da confiança, entre outros. Em suas palavras, ensina que o princípio da proibição do retrocesso decorre:

"a- do princípio do estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;^[17] b- do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar; c – do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais.^[18]"

No mesmo sentido, o então ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso acrescenta que:

"o mencionado princípio [...] é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos

fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar.”

¹⁷⁷_{ISEP} Na jurisprudência pátria, há precedentes de aplicação do efeito *cliquet*, pois o Supremo Tribunal Federal admite o Princípio da Vedação ao retrocesso como baliza axiológica Constitucional, e em diversas oportunidades já se manifestou a respeito, a saber:

“[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v. G.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.- (ARE 639337 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)”

Não dando ênfase somente aos aspectos teóricos acima demonstrados, ainda existem exemplos práticos de aplicação do aludido instituto. A instituição da pena de morte na atual evolução dos direitos fundamentais representa evidente retrocesso. A diminuição da proteção ambiental instituída pelo ordenamento pátrio também. Da mesma forma, a permissão da prisão em segunda instância também seria um caso de retrocesso frente aos direitos já adquiridos constitucionalmente.

3.DA RELAÇÃO DO EFEITO *CLIQUET* COM A PRESENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme anteriormente demonstrado, o efeito *Cliquet*, reconhecido em nosso ordenamento jurídico como princípio da vedação ao retrocesso, é instrumento apto a vedar qualquer medida com objetivo de suprimir ou enfraquecer os direitos fundamentais. Não sendo permitido retroceder, somente avançar na conquista de nossos direitos individuais já adquiridos.

Este efeito está diretamente relacionado às cláusulas pétreas, que são dispositivos constitucionais que não podem ser alterados, nem mesmo por proposta de emenda à constituição. As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; **e os direitos e garantias individuais.**

Os direitos e garantias fundamentais estão dispostos na Constituição Federal de 1988, em seu Título II. Como o próprio nome já revela, são direitos garantidos, hoje, a todos os seres humanos, enquanto indivíduos de direito. Tratam-se, assim, de garantias formalizadas ao longo do tempo, inerentes aos indivíduos. Enquanto os direitos fundamentais se referem aos direitos propriamente ditos constantes na Constituição, as garantias fundamentais se referem a medidas previstas e visam à proteção desses direitos. Assim, são exemplos de direitos fundamentais o direito à vida e à liberdade. E são exemplos de garantias fundamentais o Habeas Corpus e o Habeas Data, além de outros remédios jurídicos.

O artigo 5º da Constituição Federal traz consigo os direitos e deveres individuais e coletivos, apresentando uma série de direitos e garantias que são fundamentais à vida humana digna. Dentre estes direitos e garantias individuais, considerados cláusulas pétreas, está o inciso LVII, que preleciona desde 1.988 o seguinte, *in verbis*:

"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"

Por conseguinte, seria um dispositivo que em tese não poderia ser suprimido nem enfraquecido, eis que considerado cláusula pétrea e direito individual adquirido, levando sua mudança como inconstitucional, ferindo inclusive o direito da liberdade.

No citado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, está positivado o princípio da presunção de inocência, sendo considerado macroprincípio do processo penal e, sob sua ótica, podemos inferir a qualidade de um sistema processual por meio do seu nível de observância. Cumpre ressaltar que a presunção de inocência foi, a nível mundial e histórico, insculpida na Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

A presunção de inocência é reconhecida também como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de direito, constituindo-se em relevante garantia constitucional, de cunho humanitário na proteção do indivíduo em face do poder punitivo e repressivo do Estado.

Essa consagração constitucional do princípio da presunção de inocência, cujo respeito é de fundamental importância para a efetiva garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, vem sendo referida com frequência pelos meios de comunicação, sendo objeto atual de comentários e análise por eminentes juristas. Estas referências decorrem de uma temática que vai muito além das especulações de natureza teórica, mas também do interesse de todas as pessoas por sua influência na vida prática.

O constitucionalista, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, José Afonso da Silva, em sua obra "Comentário Contextual à Constituição" (Ed. Malheiros, 2014), observa que "*a norma constitucional do artigo 5º, inciso LVII, garante a presunção de inocência por meio de um enunciado negativo universal: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória". Esclarece, em seguida, que "o trânsito em julgado se dá quando a decisão não comporta mais recurso ordinário, especial ou extraordinário" (pág.158).*

De acordo com Rogério Sanches "*tal princípio versa sobre a vedação do afastamento da inocência de alguém até o trânsito em julgado do processo, que somente ocorre após o esgotamento recursal*". O doutrinador Alexandre de Moraes complementa afirmando que "*dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal*". Logo, violar tal mandamento é atentar contra o texto constitucional, conduta esta contrária ao papel de guardião da Constituição, conferido ao Supremo Tribunal Federal.

O que vinha ocorrendo no Brasil até o momento da positivação da referida decisão do STF, com frequência, era o desprezo de princípios e normas constitucionais, inclusive

nas práticas judiciais, levando a decisões sem fundamento jurídico, contrariando princípios e normas da Constituição, entre os quais o da “presunção de inocência”. Em diversas situações, a interferência de fatores não jurídicos na formulação e apuração de vários casos, sem que houvesse fundamentação jurídica, acarretava, por vezes, condenações igualmente desprovidas de fundamentos jurídicos. Essa agressão aos princípios e normas constitucionais teria levado a que, em lugar da presunção de inocência teria sido utilizado o oposto, ou seja, a “presunção de culpa”, como ofensa ostensiva aos princípios e normas constitucionais.

Salienta-se que em última decisão, os seis Ministros do Supremo Tribunal Federal que tiverem posicionamento contrário à possibilidade de execução antecipada da pena, sendo eles, Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, seguiram o mesmo entendimento de que a Constituição Federal é clara quanto ao princípio da presunção de inocência e não abre campo para controvérsias semânticas.

Cumprе salientar ainda que, tratando-se o princípio da presunção de inocência como macroprincípio do processo penal, recentemente entrou em vigor a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, também conhecida como Lei Anticrime, que busca aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, a qual alterou o artigo 283 do Código de Processo Penal, sendo que este artigo também estaria relacionado com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre prisão em segunda instância. Tal artigo passou a ter a seguinte redação, *in verbis*:

*“Art.283. **Ninguém poderá ser preso senão** em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou **em virtude de condenação criminal transitada em julgado**. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).”*

Mais uma vez o legislador afirma que, ninguém poderá ser preso, senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado, ou seja, enquanto não tiver esgotadas as possibilidades recursais e não tiver o trânsito em julgado, ninguém pode ser preso, em total consonância com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, restando com clareza solar que a prisão após segunda instância seria inconstitucional.

CONCLUSÃO

A decisão do Supremo Tribunal Federal de voltar a proibir a prisão em segunda instância, ou seja, antes do trânsito em julgado, preservou o princípio da presunção de

inocência e a constitucionalidade de seus dispositivos, assim como preservou a nova redação do artigo 283 do Código de Processo Penal.

O efeito *cliquet* na ordem constitucional tem a intenção de impedir que direitos já reconhecidos na ordem jurídica possam ser suprimidos pelos governantes, pois isto implicaria num retrocesso em detrimento das conquistas históricas da humanidade, especialmente no que é mais caro ao homem, como a dignidade e a liberdade.

Evidente que, esse mecanismo de estabilização (efeito *Cliquet*), mesmo que não seja um empecilho absoluto em nosso ordenamento jurídico, garantiu a efetividade das normas constitucionais, efetivou a segurança jurídica, e principalmente contribuiu para que não tivéssemos um retrocesso constitucional na presente decisão do STF, como já ocorreu e ocorre reiteradamente em nossa história.

Diante de todas as considerações aqui ponderadas, entende-se que o princípio da vedação do retrocesso tem como núcleo essencial os direitos fundamentais, os quais englobam os direitos previstos na Constituição da República de 1988, tais como os individuais e coletivos. Com isto, uma vez adquiridos esses direitos impedem sua reversibilidade frente ao legislador infraconstitucional.

Como já dito, não há espaço para interpretar de forma diversa o que já está suficientemente claro na Constituição Federal e ainda na legislação processual penal, independentemente da bandeira social e política que se hasteie para justificar a flexibilização das garantias constitucionais, que, não nos esqueçamos, a todos alcança.

Portanto, este artigo é conclusivo no sentido de que o Princípio da Vedação ao Retrocesso está amplamente relacionado e mesmo que implicitamente, foi aplicado na decisão do Supremo Tribunal Federal, impedindo que as garantias individuais, como o art. 5º, LVII da CF, fossem violadas, sendo a referida decisão totalmente e inegavelmente constitucional.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Coimbra, Editora Almedina, 2003.**

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. Ed. Malheiros, 2014.

SANCHES, C R. Manual de Direito Penal – Parte Geral. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 32ª ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

MIGALHAS. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2-instancia-placar-foi-6-a-5>. Acesso em 07 de novembro de 2019.

G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/08/entenda-a-decisao-do-supremo-que-derrubou-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em 08 de novembro de 2019.

CORREIO BRAZILIENSE. Disponível em:

https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/11/08/interna_politica.804690/especialistas-divergem-sobre-veto-a-prisao-em-2-instancia-do-stf.shtml. Acesso em 08 de novembro de 2019.

GAZETA DO POVO. Disponível em:

<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/prisao-segunda-instancia-clausula-petrea-constituicao/>. Acesso em 04 de novembro de 2019.

JOTA INFO. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-prisao-em-2a-instancia-e-a-proibicao-ao-retrocesso-06122019>. Acesso em 06 de dezembro de 2019.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 27 de março de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RicardoLewandowski/ArtigosJornais/1117223.pdf>. Acesso em 30 de março de 2020.

LEI ANTICRIME. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 31 de março de 2020.

A ADVOCACIA PÚBLICA E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

LUIZ GUILHERME MIRANDA DE OLIVEIRA:

Estudante de Direito e estagiário da Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco¹³⁰.

RESUMO: O presente artigo visa analisar o controle de constitucionalidade concentrado prevista no texto constitucional e a utilização deste pela Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco. Destarte será demonstrado o aspecto geral do controle de constitucionalidade, sua especificidade no âmbito concentrado e a análise de hipóteses e casos concretos que já foram utilizados pela Advocacia Pública do Estado de PE.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade, Fazenda Pública.

Sumário: Introdução- 1 O controle de constitucionalidade previsto na Constituição Federal de 1988- 2 As características dos tipos de controle pela via abstrata e pela via incidental- 3 A utilização do controle de constitucionalidade pela Advocacia Pública do Estado de PE – Conclusões – Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o controle de constitucionalidade no Brasil e a sua utilização pela Fazenda Pública. Inicialmente deve-se destacar que o controle de constitucionalidade no Brasil só foi inaugurado em 1891, ou seja, após a constituição criada pelo poder constituinte originário em 1889, onde Brasil havia deixado de adotar o Estado Unitário e adotado a forma de governo Federativo por movimento de centrifugação.

No ano em que foi inaugurado o controle de constitucionalidade foi instituído inicialmente o controle difuso, em razão da influência do sistema norte-americano, derivado entre outras coisas, da adoção da forma federativa nesse sistema.

Já perante a constituição promulgada em 1988, através do poder constituinte derivado de reforma, instituiu-se a emenda constitucional número 3 em que se introduziu a possibilidade de efeito vinculante das decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, só não podendo vincular o próprio Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo.

O controle da constitucionalidade se apresenta nos sistemas político, jurisdicional e misto. Dá-se o controle político quando essa função está entregue a um órgão de

130 E-mail: guimirandaoli@outlook.com

natureza política, como o próprio parlamento, ao Senado, ou mesmo a uma corte especial, constituída através do processo político para esse exame. O controle jurisdicional *–judicial review–* é o sistema que entrega aos órgãos do Poder Judiciário essa defesa da Constituição, é o sistema adotado no Brasil. Já no sistema misto, algumas leis são controladas por um órgão político e outras por um órgão jurisdicional.

A Constituição Atual adotou-se dois modelos de controle: O controle Concentrado feito perante o Supremo Tribunal Federal ou perante o Tribunal de Justiça Estadual, dependendo da norma a ser impugnada e do tipo de controle a ser utilizado. Fato é que o controle de constitucionalidade é de grande importância para a Fazenda Pública. Logo, surge uma questão: Como e em quais casos a Advocacia Pública poderia utilizar-se do Controle de Constitucionalidade no âmbito concentrado.

Para responder a essa pergunta, é necessário compreender do que se trata o controle de constitucionalidade e como ele está disposta não apenas no contexto brasileiro, mas também no contexto internacional, para, posteriormente, se analisar os casos concretos e hipotéticos em que a Fazenda Pública poderia utilizar-se do controle de constitucionalidade na via abstrata.

1 Controle de Constitucionalidade no âmbito brasileiro

O controle de constitucionalidade esteve presente no direito brasileiro primeiramente através da Constituição de 1891, mais especificamente no art. 59 da Carta Política de 1891 e por meio da lei número 221 de 20 de novembro de 1894. A partir daí, ela seguiu presente na Constituição de 1934 em que surgiu a o princípio da cláusula de reserva de plenário por meio do art. 179, na Constituição de 1937, no art. 96, na Constituição de 1946 do art. 124 inciso XVIII, na Constituição de 1969, no art. 15, §3, e, finalmente, na Constituição de 1988. No caso desta última, esclarece Pedro Lenza “Está se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”.

A constituição brasileira é classificada como rígida, que é um dos requisitos para que possa haver o controle de constitucionalidade. Segundo Lenza a Constituição rígida “é aquela que possui um processo de alteração mais dificultoso, mais árduo, mais solene do que o processo legislativo de alteração das normas não constitucionais.”. Os pressupostos necessários para que haja o controle de constitucionalidade são: A supremacia formal da constituição, a rigidez constitucional e a atribuição de competência.

Atualmente no Brasil, é o poder judiciário que detém a última palavra sobre a constitucionalidade ou não das leis. Podendo o poder Executivo e o Legislativo fazer o controle prévio das normas, como, por exemplo, o veto jurídico, que pode ser feito pelo Presidente da República, quando entende que determinada lei é inconstitucional.

Foi adotado por influência do sistema norte-americano a teoria das nulidades, em que ao haver a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo, será automaticamente nula em corolário a isso pode ocorrer o chamado efeito repristinatório em que uma lei já revogada volta a surtir efeitos em razão da lei que foi declarada inconstitucional.

No Brasil, tem-se dois tipos de controle de constitucionalidade: O controle concentrado e o controle difuso. No controle concentrado, podem ser utilizados a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. O controle abstrato pode ser feito pelo STF e pelo TJ, este tem eficácia erga omnes e ex tunc, ou seja, é aplicado a todos e tem eficácia retroativa, não podendo vincular apenas, o próprio Supremo Tribunal Federal e o Legislativo. Por sua vez também temos o controle difuso, que pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e que pelo fato deste ter caráter incidental a sua eficácia é inter partes e ex nunc, ou seja, vincula apenas as partes do processo e não tem eficácia retroativa contudo tem-se como exceção as decisões proferidas pelo egrégio STF, que mesmo pela via difusa sua eficácia é erga omnes e vinculante.

O controle de constitucionalidade no Brasil, pode ser utilizado quando há uma inconstitucionalidade formal ou material. A inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo é incompatível materialmente com a constituição, já a inconstitucionalidade formal ocorre quando há um vício de iniciativa.

Em regra, o Poder Judiciário faz o controle repressivo, podendo em raras exceções fazer o controle preventivo, como por exemplo quando um parlamentar impetra um mandado de segurança perante o Supremo Tribunal contra uma Proposta de Emenda à Constituição tendente a ferir cláusula pétreia.

O Rol dos legitimados para propor ação em controle concentrado devem ser previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, quando for ação de controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, e nas Constituições Estaduais por meio do poder constituinte derivado decorrente, quando for ação de controle concentrado perante o Tribunal de Justiça, não podendo haver um legitimado exclusivo.

Para propor ação em controle concentrado perante o STF, há dois tipos de legitimados que são: os legitimados especiais e os legitimados universais. Os legitimados universais para ingressar com a ação, não precisam demonstrar pertinência temática em relação ao assunto, já os legitimados especiais precisam demonstrar a pertinência temática em relação ao assunto, para que possam ingressar com a ação por via do controle abstrato.

Na análise de uma ação por controle concentrado em regra deve haver a utilização da cláusula de reserva de plenário, em que é necessária a votação da maioria absoluta dos membros do respectivo tribunal para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público, conforme o art. 97 da Constituição Federal que explicita In Verbis:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Podendo haver a modulação dos efeitos por 2/3 dos membros do respectivo tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público.

O controle de constitucionalidade em sua via abstrata deve ser feito perante o Tribunal de Justiça do Estado, quando for uma lei Municipal ou Estadual perante a Constituição Estadual do respectivo Estado e perante o Supremo Tribunal Federal se for uma lei Estadual ou uma Lei Federal perante a Constituição Federal.

2 As características dos tipos de controle pela via abstrata e pela via incidental

Controle pela via abstrata

Inicialmente deve-se destacar que nas ações de controle abstrato não pode haver a desistência da ação conforme previsto na lei número 9.868 que prevê em seu artigo 5:

Art. 5 Proposta a ação direta não se admitira desistência

Outrossim nas ações diretas em regra não cabe intervenção de terceiro. Contudo em caso relevância da matéria e a representatividade dos postulantes é possível admitir a participação do amicus carie. Trata-se da modalidade *suis generis* de intervenção de terceiro, que traz legitimação social às decisões da Suprema Corte em razão de sua perspectiva pluralística. Em corolário nas ações em controle abstrato perante o STF em regra não se admite recurso após a coisa julgada, salvo embargos de declaração.

O rol de legitimados para propor ação em controle abstrato de ADI, ADO e ADPF é taxativo conforme previsto no artigo 103 da Constituição Federal e no artigo 2 da lei 9.868 In Verbis:

- I - o Presidente da República
- II - A mesa do Senado Federal
- III – A mesa da Câmara dos Deputados
- IV – A Mesa de Assembleia Legislativa ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal
- V – O Governador do Estado ou o Governador do Distrito Federal
- VI – O Procurador Geral da República
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional
- IX – Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional

Os legitimados para ingressar com Ação Direta de Constitucionalidade são mais restritos conforme o artigo 13 da lei número 9.868 In Verbis:

Art. 13. Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal: (Vide artigo 103 da Constituição Federal)

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- III - a Mesa do Senado Federal;
- IV - o Procurador-Geral da República.

Em relação aos legitimados para propor ação em controle abstrato perante o Tribunal de Justiça, deve haver previsão na Constituição do Estadual, não podendo haver um legitimado exclusivo. Ademais, na Constituição Estadual feita pelo poder constituinte derivado decorrente prevê as ações em controle abstrato que podem ser propostas, como

por exemplo temos a Constituição do Estado de Pernambuco, que prevê a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Nas ações em controle abstrato segundo jurisprudência do STF, o Tribunal de Justiça só poderá julgar com norma parâmetro na Constituição Federal, caso seja norma de reprodução obrigatória, ou caso esteja previsto na Constituição Estadual a remissão da norma na Constituição Federal. Neste caso em específico outra peculiaridade é que além do recurso de embargos de declaração, também pode ser interposto recurso extraordinário.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade é uma das ações em controle concentrado mais utilizadas no Brasil. Essa ação tem como principal característica a declaração da inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais.

Segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal coexistindo duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma ajuizada perante o tribunal de justiça local e outra perante o STF, o julgamento da ADI perante o Tribunal de Justiça deverá suspender a ação até que está seja julgada pelo STF. Caso a ADI julgada pelo STF seja julgada procedente, a norma será expurgada do ordenamento jurídico, em corolário não haverá mais necessidade da ADI ser julgada pelo TJ, em contraste caso o egrégio STF julgue a ADI improcedente, o egrégio Tribunal de Justiça poderá dar continuidade a ADI. O julgamento da primeira (estadual) somente prejudica o da segunda (do STF) – se a ADI for julgado pelo Tribunal de justiça antes do STF e se preenchidas duas condições cumulativas: 1) se a decisão do Tribunal de Justiça for pela procedência da ação e 2) se a inconstitucionalidade for por incompatibilidade com preceito da Constituição do Estado sem correspondência na Constituição Federal. Caso o parâmetro do controle de constitucionalidade tenha correspondência na Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF para o controle abstrato de constitucionalidade.

As Ações Diretas de Constitucionalidade, servem para declarar a constitucionalidade de uma norma, quando há uma relevante controvérsia judicial. Nessa ação caso seja proposta perante o STF, só poderá ser feita se for perante lei federal. Caso seja julgada procedente, aquela norma será julgada constitucional, porém caso seja julgado improcedente, ela será considerada inconstitucional.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão servem para tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos poderes ou órgão administrativa. Essa ação tem como objetivo principal, suprir uma omissão do poder legislativo. Incide no caso da ADO o artigo 103 parágrafo 2 da Constituição Federal In Verbis:

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental serve para ser utilizada quando for em face de norma pré-constitucional, quando for contra preceito fundamental, quando não couber uma ADI, ADC ou qualquer outro mecanismo de controle concentrado, quando for contra ato administrativo, quando for contra ato normativo municipal, quando for contra ato normativo distrital exercido no âmbito da competência municipal, contra decisões judiciais, salvo se elas tiverem transitado em julgado ou quando for contra Súmula do TST.

A ADI Interventiva serve para solicitar decretação intervenção federal quando há o descumprimento de lei federal ou quando for contra princípio constitucional sensível. Tais princípios constitucionais sensíveis estão previstos no artigo 34 da Constituição Federal In Verbis:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII – assegurar a observância dos seguintes **princípios constitucionais**:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) **direitos da pessoa humana**;
- c) **autonomia municipal**;
- d) **prestação de contas** da administração pública, direta e indireta.

O legitimado para ingressar com a ADI Interventiva é o Procurador Geral da República perante o STF. Caso o STF de provimento a ação o egrégio Tribunal requisitará ao **Presidente da República** que decrete a intervenção da União no ente federado em questão, já que o ato de intervenção, neste caso, é privativo do chefe do executivo.

No âmbito estadual o legitimado para ingressar com ADI interventiva é o Procurador Geral de Justiça conforme súmula 614 do STF:

Somente o Procurador-Geral da Justiça tem legitimidade para propor ação direta interventiva por inconstitucionalidade de Lei Municipal.

Ademais *conforme* a súmula 637 do STF:

Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de tribunal de justiça que defere pedido de intervenção estadual em município.

Controle pela via incidental

As ações em *controle* incidental são as ações que podem ser feitas por qualquer juiz ou tribunal.

Alguns exemplos de ações em controle difuso são o mandado de segurança, mandado de injeção, habeas *corpus*, habeas data, ação popular.

Como exemplo de julgamento de uma ação em controle incidental, temos o mandado de injeção julgado pelo STF em relação a greve dos servidores públicos, que segundo a Constituição Federal deveria ser regida por lei específica, porém como não há a lei para reger a matéria, foi impetrada um mandado de injeção perante o STF, que após o julgamento utilizou a lei de greve presente no ordenamento jurídico para ser utilizada no caso de greve pelos servidores públicos.

No controle *incidental* qualquer pessoa é capaz de ser legitimado na ação e pode ser objeto atos normativos federais, estaduais, distritais e municipais. Nesse controle ser for em juízo de primeiro grau será juiz que decidira a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Em contraste caso seja julgado pelo Tribunal deverá obedecer a cláusula de reserva de plenário.

Em consonância a *isto* o STF em sua súmula vinculante número 10 explicitou que: “viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência no todo ou em parte.”

3. A utilização do controle de constitucionalidade pela Advocacia Pública do Estado de PE

O controle de constitucionalidade é de grande importância, principalmente para advocacia pública. Que segundo a *Lei* complementar que disciplina sobre a Procuradoria do Estado de Pernambuco representa o Estado de Pernambuco e suas autarquias judicialmente, competindo-lhe também as atividades de consultoria jurídica do Poder Executivo. E que tem como princípio institucional a unidade e a indivisibilidade.

Como exemplo de controle de constitucionalidade utilizados pela Advocacia Pública, temos o exemplo de quando a Assembleia Legislativa do Estado elabora uma lei

criando um novo cargo público. Nesse *caso* temos uma inconstitucionalidade forma já que a iniciativa para criar cargo público é do poder executivo, nesse caso há uma inconstitucionalidade formal. É importante salientar que no processo legislativo existe a fase de iniciativa, constitutiva e complementar, no caso concreto o governador tem dois tipos de veto que são: o veto político e o veto jurídico, nesse caso o governador poderia utilizar-se do veto jurídico por entender que a norma é inconstitucional, caso o veto seja derrubado pela Assembleia Legislativa o Procurador Geral do Estado poderia sugerir ao Governador que é um legitimado especial e nesse caso tem pertinência temática sobre o assunto, para entrar com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por inconstitucionalidade formal perante o STF que julgaria a ação por cláusula de reserva de plenário.

Outro exemplo de controle de constitucionalidade por Ação Direta de Inconstitucionalidade foi a feita pela PGE PE:

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR DA ADPF Nº 887/DF, DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADPF 887 NPU: 0062443-63.2021.1.00.0000 REQUERENTE: REDE SUSTENTABILIDADE INTERESSADOS: MINISTRO DE ESTADO DE MINAS E ENERGIA E MINISTRO DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE REF: PEDIDO DE INGRESSO NA CONDIÇÃO DE AMICUS CURIAE DISTRITO ESTADUAL DE FERNANDO DE NORONHA, autarquia territorial estadual e AGÊNCIA ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE – CPRH, agência estadual com natureza autárquica especial, todos qualificados como pessoas jurídicas de direito público e integrantes da estrutura administrativa do Estado de Pernambuco, representadas em Juízo pela Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco, consoante disposições do art. 132 da Constituição Federal, art. 72 da Constituição do Estado de Pernambuco e disposições da Lei Complementar nº 02/1990, ora representadas pelos Procuradores que subscrevem esta manifestação, vêm, com fulcro nos arts. 138 e 1.038, I do CPC c/c o § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99 c/c os arts. 21, XVIII e 131, § 3º do Regimento Interno do STF, REQUERER o seu ingresso na qualidade de AMICI CURIE nos autos da ADPF em epígrafe, o que fazem com fundamento nos motivos de fato e de direito a seguir expostos. I. SÍNTESE DO PROCESSO Cuida-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental requerida pelo partido político REDE SUSTENTABILIDADE em face de atos praticados por agentes da administração pública federal, no que diz respeito à realização da 17ª Rodada de Licitações de Blocos para

exploração e produção de petróleo e gás natural conforme autorização ESTADO DE PERNAMBUCO PROCURADORIA GERAL DO ESTADO 2 concedida por meio das Resoluções CNPE nº 10/18 e nº 24/19 (alterada pela Resolução CNPE nº 11/2020), atos da lavra do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, aprovados pelo Sr. Presidente da República, bem assim chancelados pelo Ministério de Minas e Energia e Ministério do Meio Ambiente. O fundamento da arguição se baseia, conforme manifestação do Autor, em gravíssimas constatações de ordem socioambiental e econômico-políticas, decorrente do fato de que, no que interesse aos ora Requerentes, uma das áreas licitadas é a Bacia de Potiguar (RN e CE), que tem proximidade com o Arquipélago de Fernando de Noronha, cujo território pertence ao Estado de Pernambuco (daí a legitimidade do próprio Distrito Estadual de Fernando de Noronha, o qual detém natureza jurídica de autarquia territorial integrante da Administração do Estado de Pernambuco), e que se constitui em Unidade de Conservação Estadual (além de Federal), sob fiscalização ambiental da Agência Estadual de Meio Ambiente – CPRH (o que justifica a legitimidade desta última). Na verdade, conforme destaca a Nota Técnica em anexo, elaborada por técnicos da CPRH: “(...) o Arquipélago de Fernando de Noronha, dono de beleza paisagística única e possuidor de um meio ambiente propício para a reprodução de diversas espécies da fauna e flora marinha e terrestre, foi agraciado com a criação de duas Unidades de Conservação em seu território. Sendo uma de Uso Sustentável, a Área de Proteção Ambiental de Fernando de Noronha, e outra de Proteção Integral, o Parque Nacional Marinho de Fernando de Noronha, atingindo assim a totalidade de proteção ambiental em sua área. Isso para permitir uma conservação do ambiente ali existente possibilitando atividades de turismo sem prejudicar o principal atrativo do local que são sua fauna e flora. Desde então, o conjunto de ilhas (Fernando de Noronha, Rata, Rasa, Do Meio e Lucena), rochedos e lajedos, vêm sendo reconhecido por sua pura beleza paisagística. Chegando a ser considerada, em 2001, Sítio do Patrimônio Mundial Natural pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).” Ora, consoante as razões contidas na petição inicial da ADPF em comento, há relevantes pontos que indicam haver grave risco ao meio ambiente, sendo destacado pelo Autor da Arguição, por exemplo, que os atos normativos que autorizaram a realização dos leilões: “(...) expõem o meio ambiente a severos riscos

de danos com proporções catastróficas a fim de privilegiar a exploração de combustíveis fósseis os atos indicados violam frontalmente o preceito fundamental do desenvolvimento sustentável e da preservação do meio ambiente.” No caso, uma das áreas que pode vir a ser direta e gravemente afetada é justamente o ecossistema do Arquipélago de Fernando de Noronha, reconhecido como uma das mais importantes áreas de proteção da fauna marinha do Brasil, além de um dos principais destinos turísticos do Estado de Pernambuco e do próprio país, que se encontra ameaçado em decorrência da realização dos leilões questionados, os quais, acaso levados à efeito, sem a adoção das medidas de prevenção ambiental exigidas por Lei e pela própria Constituição Federal, certamente resultarão em danos ambientais irreparáveis e de consequências incalculáveis. Nesse sentido, mais uma vez cabe chamar a atenção de Vossa Excelência para a advertência contida na Nota Técnica em anexo, no sentido de que o Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade – ICMBIO elaborou estudo (Nota Técnica nº 02/2020/COESP/CGCON/DIBIO/ICMBio de 08 de janeiro de 2020) que considera temerária a oferta dos blocos no leilão, tendo em vista que nas áreas existem 61 espécies ameaçadas de extinção, sendo 23% criticamente em perigo, 18% em Perigo e 59% consideradas vulneráveis. Eis as principais considerações contidas no estudo referido do ICMBio: “Considerando os impactos da propagação por longas distâncias de ondas sísmicas, a grande mobilidade de algumas espécies marinhas, a ação das correntes marítimas sobre a propagação do óleo e o histórico de invasão de espécies exóticas associadas às atividades de exploração de petróleo e gás, torna-se temerária a inclusão dos blocos exploratórios da Bacia Potiguar devido a sua proximidade à Reserva Biológica do Atol das Rocas e ao Parque Nacional Fernando de Noronha. Tanto as atividades exploratórias quanto um evento acidental podem trazer danos irreparáveis a diversidade biológica desses ecossistemas”. Desse modo, segundo destacado na ADPF, há necessidade de preservação de preceitos fundamentais de âmbito constitucional, tais como o dever de proteção do meio ambiente, incluindo os correlatos princípios da precaução e da prevenção, violando o disposto nos arts. 70, VI e 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente em razão da dispensa quanto à realização das Avaliações Ambientais de Áreas Sedimentares (AAAS), as quais foram substituídas por parecer conjunto do Ministério de Minas e Energia e

Ministério do Meio Ambiente, que especificamente no que diz respeito à área da Bacia Potiguar (que interessa aos Requerentes), entendeu que as avaliações quanto aos impactos ambientais já presumidos ficaria transferida apenas para a fase do futuro licenciamento ambiental, o que, na prática, transfere todo o risco ambiental para uma fase em que já estaria realizada a licitação e definido o vencedor do leilão. Ora, nesse cenário, só há dois cenários possíveis, ou se imporá forte pressão sobre os órgãos ambientais para viabilizar os licenciamentos sem o devido cuidado em razão da pressão decorrente da ultimação do leilão e da existência de um licitante vencedor e de uma proposta de exploração, ou se transferirá ao empreendedor um risco incalculável de natureza ambiental que, a bem da verdade, poderá inviabilizar a exploração, o que terminará por impactar no próprio preço do leilão (sub precificação), sendo, por qualquer cenário um risco inaceitável a realização dos certames. Daí a relevância da presente ADPF e o interesse dos Requerentes em ingressar na condição de amicus curiae para os devidos fins legais. Era o que havia a relatar.

Destarte mostra-se a importância do controle de constitucionalidade na advocacia pública e exemplos de sua respectiva utilização pelo Estado. Outrossim cabe relatar conforme o informativo 929 do STF: Não se conta em dobro o prazo recursal para a Fazenda Pública em processo objetivo, mesmo que seja para interposição de recurso extraordinário em processo de fiscalização normativa abstrata.

4. Conclusão

Exposto os fatos, é necessário acrescentar que nas ações em controle concentrado de norma estadual ou municipal perante constituição estadual é competência do Tribunal de Justiça e nas ações de controle concentrado de norma estadual ou federal perante a Constituição Federal é competência do Supremo Tribunal Federal podendo este tribunal fazer a modulação dos efeitos pelo quórum de 2/3 conforme explicitado no artigo 27 da lei número 9.868 In Verbis:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Já que nas ações em controle concentrado em regra tem eficácia erga omnes e ex tunc e as ações em controle difuso tem eficácia inter partes e ex nunc

Em ato contínuo, sendo a decisão proferida em controle difuso, *inter partes*, alcançará apenas as partes deste processo, não vinculando os demais órgãos do Judiciário. Neste sentido, a norma, em que pese ter sido declarada inconstitucional naquele caso específico, continuará válida em nosso ordenamento jurídico a menos que, de acordo com o disposto no art. 52, inciso X da CF/88, suspenda o Senado Federal, mediante Resolução regulamentada no art. 386 de seu Regimento Interno, a lei que foi declarada inconstitucional no controle difuso.

O artigo 52 explicita que:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X – Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal

Outrossim deve-se destacar que as mesas da Assembleia Legislativa, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional e os Governadores de Estado são legitimados especiais e com isso necessitam demonstrar pertinência temática para propor a ADI.

Ademais o controle de constitucionalidade é de grande importância no ordenamento jurídico brasileiro. Pelo fato de por ela poder impedir a eficácia de normas contrárias a Constituição. E sua grande relevância para as procuradorias Estaduais (No caso em epígrafe a PGE de Pernambuco)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Videoaula: MÁRIO, Francisco. Controle de Constitucionalidade. In: AprovaçãoPGE

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 2. ed. atual. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

Documento eletrônico/internet: CNJ Serviço: como funciona o controle de constitucionalidade. Disponível em: www.cnj.jus.br/cnj-servico-como-funciona-o-controle-de-constitucionalidade

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 1999, Ed. Malheiros, São Paulo.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais - Sinopses Jurídicas, vol. 17, 6ª edição, 2006, Ed. Saraiva, São Paulo.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 10ª edição, 2006, Editora Método, São Paulo.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

O ASSÉDIO MORAL E A SÍNDROME DE *BURNOUT* COMO DOENÇA OCUPACIONAL: RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

LIDIANE GOMES DOS SANTOS:

Bacharela em Direito - Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito e Processo do Trabalho - PUCRS¹³¹

RESUMO: Por meio do presente trabalho, discute-se acerca do assédio moral e da síndrome de *Burnout* como elementos associados à uma rotina de trabalho esgotante e tóxica, capaz de trazer riscos financeiros e jurídicos aos empregadores que não promovem um ambiente de trabalho equilibrado. O assédio moral, ao ser conceituado pelas condutas abusivas cometidas no ambiente laboral, e a síndrome de *Burnout*, como um fenômeno ocupacional emergente, principalmente nas relações profissionais estabelecidas durante e pós pandemia de covid-19, são responsáveis pelos elevados números de indenizações trabalhistas, assim como pelo adoecimento da classe trabalhadora que sofre diante de incontáveis metas a serem batidas diariamente, padecem com humilhações constantes e vivem um cenário de esgotamento profissional que gera o adoecimento físico e mental. Assim, ensejam a responsabilização do empregador em face de diversos atos cometidos que dão direito a buscar reparação pelos danos sofridos, cujo direito vai além do dano moral, podendo alcançar concomitantemente dano material e ainda existencial. No que tange à responsabilidade civil e suas diferentes teorias, aplica-se ao contexto a responsabilidade objetiva, cuja conduta, nexos causal e dano são essenciais para a configuração do direito de reparação pretendido.

Palavras-chave: Burnout. Assédio moral. Responsabilidade civil. Empregador.

RESUMO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E EMPREGO. 2.1 Aspectos gerais que caracterizam o assédio moral. 2.2 Métodos de assédio e as consequências para a saúde. 3. A SÍNDROME DE BURNOUT. 3.1. Características. 3.2 Concepções teóricas e históricas. 3.3 Direitos do trabalhador. 4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. 4.1 A responsabilidade do empregador frente aos casos de assédio moral e síndrome de Burnout enquanto acidente do trabalho. 4.2 Da prevenção. 5. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

131 lidianegomes.adv@gmail.com

A ciência do Direito é dinâmica e mutável, é fruto da vida em sociedade. Nesse diapasão, a constituição teve diversos sentidos ao longo do tempo, mas dentre os temas doutrinários, superou as concepções anteriores de que não seria norma, mas puramente um fato social, como pregava Ferdinand Lassale e seu sentido sociológico de constituição; assim como não é mais uma decisão política fundamental como pregava Carl Schmitt no sentido político de constituição, sendo importante apenas a matéria, e não sua forma. Viu-se então a entrada do sentido jurídico de Hans Kelsen, em que a constituição é norma jurídica, não há pretensão sociológica, política ou filosófica. Aqui, a validade da constituição independe da aceitação pelos valores sociais de uma comunidade.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou o regime democrático em nosso país, dando início a chamada “Nova República” e sendo a constituição que consagrou inúmeros direitos e benefícios aos trabalhadores brasileiros, frutos dos amplos debates no cenário político da época, principalmente no que tange às entidades patronais e sindicais. As diversas alterações ocorridas ao longo do tempo provocaram as garantias trazidas a época da formação da Consolidação das Leis Trabalhistas na era Vargas e foram levadas a status constitucional e muitos outros direitos foram previstos e ampliados.

No rol dos Direitos e garantias fundamentais da Carta Magna encontramos no artigo 5º uma extensa previsão de direitos e deveres individuais e coletivos que permeiam a vida em sociedade. Entre eles, o inciso X considera que “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”.

É desse dispositivo, assim como outros que serão mencionados a frente, que se justifica a responsabilização do empregador e de seus prepostos pelas condutas ilícitas realizadas no âmbito da relação de emprego e que configuram o chamado “assédio moral”. Dos diversos comportamentos que o empregador exerce em nome do poder de direção e chefia, aqueles que induzem a situações humilhantes, individuais ou na presença de outros subordinados, situações que causam não só desconforto, como também constrangimentos no ambiente de trabalho, ambos de maneira recorrente e frequente são abusos que ensejam o assédio moral presente em muitas relações de trabalho.

Por sua vez, no capítulo concernente aos Direitos Sociais na “Constituição Cidadã” há o conhecido artigo 7º, que trata da melhoria das condições sociais e de vida dos trabalhadores urbanos e rurais. No inciso XXVIII do referido artigo tem-se que o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” como um direito do trabalhador.

Ora, um dos fundamentos que justificam a responsabilização do empregador é justamente o fato de o acidente estar relacionado ao ambiente laboral. Sabe-se que as

empresas devem propiciar ambientes de trabalho saudáveis, estando sempre atentas às necessidades que seus funcionários manifestam; contudo, a realidade do cotidiano da maioria dos profissionais que atuam no mercado de trabalho brasileiro vão de encontro ao postulado na constituição, consistindo o ambiente laboral em situação de estresse, esgotamento emocional, ansiedade, depressão, redução da produtividade, dentre tantos outros sintomas cada vez mais presentes nos trabalhadores brasileiros.

Os referidos sintomas são muito comuns para a caracterização da síndrome do esgotamento profissional, mais conhecida por “síndrome de Burnout” e que tem crescido o número de diagnósticos no Brasil. Um dos motivos para o crescimento da doença foi a nova classificação em janeiro de 2022 pela Organização Mundial de Saúde como uma doença presente no capítulo dos problemas gerados e associados ao emprego/desemprego, portanto, passa a ser considerada uma doença derivada do estresse crônico no local de trabalho, não havendo a devida adequação e resolução pelo empregador.

Importante salientar, no entanto, que não é apenas o diagnóstico fator suficiente para ensejar a futura responsabilidade do empregador, mas aliado a outras condicionantes.

Em face do exposto, o presente trabalho apresenta um contexto histórico que discorre acerca das condutas de assédio moral como ensejador da síndrome de Burnout, bem como permeia a implementação da Síndrome de Burnout como doença ocupacional, ambas ensejando a devida responsabilização do empregador na esfera trabalhista. O que se busca alcançar é como as empresas podem evitar o alto número de enquadramento da doença ocupacional nos seus quadros de funcionários.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas por meio de pesquisa bibliográfica. No que tange à tipologia da pesquisa, é básica pura, visto ser realizada com a finalidade de aumentar o conhecimento para uma nova tomada de posição, expandindo o conhecimento disponível, uma vez que é essencialmente teórica. A abordagem é qualitativa, procurando compreender as ações e relações humanas e seus efeitos no cotidiano laboral, observando os fenômenos sociais de maneira intensiva e prática. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, pois descreve fenômenos, busca descobrir a frequência que um fato acontece, sua natureza e suas características, e exploratória, haja vista que aprimora maiores informações sobre o tema em questão. Assim, a pesquisa é bibliográfica, de natureza qualitativa, tendo fins exploratórios e descritivos.

Em que pese, o objetivo geral consiste em analisar a responsabilidade do empregador diante de cenários de assédio moral e de esgotamento profissional. Tem-se como objetivos específicos: examinar a obrigação do agressor em indenizar as vítimas de

assédio moral no ambiente do trabalho; investigar o crescimento exponencial da síndrome de Burnout após a nova classificação como doença ocupacional; e, por fim, analisar como o assédio moral está presente na identificação da síndrome do esgotamento profissional e como as empresas podem gerir o quadro de funcionários, evitando futuras responsabilizações em face dos ilícitos.

Foram necessários realizar questionamentos que desencadeariam no desenvolvimento da pesquisa, quais sejam: O assédio moral configura-se como uma das razões que desencadeiam a síndrome de Burnout? Há tendência no crescimento do diagnóstico da síndrome após classificação nova como doença ocupacional? Causas não relacionadas ao trabalho, mas que o empregado leva para seu ambiente laboral, também se caracterizam na concepção de doença do trabalho? Basta o diagnóstico de enquadramento na síndrome de Burnout para surgir o dever de reparação pelo empregador? Qual o papel do empregador na fiscalização de seus prepostos e outros agentes no desempenho de suas funções que levam ao assédio moral e a síndrome de Burnout? Como fica a responsabilização das empresas quando o dano está configurado e comprovado?

Para isso, pensou-se a seguinte ordem: no primeiro capítulo, aborda-se a configuração do assédio moral nas relações de trabalho e emprego e como ele enseja a síndrome de Burnout; já no segundo capítulo discorre-se acerca da síndrome de Burnout, suas características, concepções teóricas e seu enquadramento como doença ocupacional, bem como haverá explicações sobre as consequências diretas do diagnóstico da síndrome, como a possibilidade de rescisão indireta do empregador e outros direitos trabalhistas; e, por fim, no terceiro capítulo será discutida a responsabilidade civil do empregador nos casos de assédio moral e Burnout enquanto acidente de trabalho e dano à imagem, honra, vida privada e outros do trabalhador, ampliando-se a discussão para discorrer a respeito das indenizações moral, material e existencial em decorrência do dano. Por fim, também serão apresentadas medidas de prevenção, controle e repreensão.

2. ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E EMPREGO

Conforme Marques Jr. (2009, p. 11), “o assédio moral é um fenômeno tão antigo quanto o próprio trabalho”. Segundo o autor, teve início ainda nos tempos da escravidão, sendo o escravo um mero bem do seu senhor, sujeito a humilhações físicas e psicológicas. Passando-se para o início do capitalismo, os empregados foram levados a exaustão física a fim de maximizar a produção, com salários baixíssimos e condições de miserabilidade.

No Brasil, começou-se a pensar em saúde do trabalhador mais recentemente, embora já tenha sido reconhecida a relação de desequilíbrio com o surgimento da

Consolidação das Leis do Trabalho, cujo propósito era justamente proteger a parte hipossuficiente da relação, o empregado.

A denúncia da prática de abusos cometidos e relacionados ao ambiente de trabalho veio a crescer desde o início dos anos 2000. Com a publicação de diversos trabalhos envolvendo a temática, as vítimas de assédio moral passaram a se importar com sua própria dignidade, se desvencilhando de ofensas e maus tratos constantes, tornando o assédio moral uma verdadeira preocupação social. (HIRIGOYEN, 2011)

2.1 Aspectos gerais que caracterizam o assédio moral

No Direito do Trabalho, o assédio moral configura-se principalmente pela prática de atos abusivos recorrentes e decorrentes da relação de trabalho, em que impera a submissão do empregado a situações vexatórias em seu ambiente laboral.

Segundo Vólia Bomfim (2018, p. 930), caracterizam assédio moral as condutas de estabelecimento de metas consideradas “impossíveis” de serem cumpridas, assim como a realização de tarefas diversas em curtíssimo lapso temporal, dentre outras. A autora, inclusive, usa o termo “psicoterrorismo” como sinônimo de assédio moral.

Assim, uma definição que melhor abrange o conceito de assédio moral pode ser observada nas revistas dos próprios Tribunais do Trabalho, como a mencionada abaixo:

Conduta que visa causar dano, geralmente afastar o outro do trabalho, através de ataques que desestabilizam o sujeito. Palavras ou movimentos fragilizadores do Ego, enfraquecedores das defesas, onde algo (nome, sobrenome, posição, cor, origem, composição física, tipo de poder ou posição na instituição) é escolhido como ponto-alvo dos ataques.

(Ivan Capelatto. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 37, 2010)

Superada a definição, Hirigoyen (2011, p.15) já sinalizava sobre a insistência, não devendo ser caracterizado como assédio moral o que tem caráter pontual, mas sim ataques repetidos, pois são esses de efeito cumulativo os que constituem agressão. Ademais, também traz à tona a questão da intencionalidade do agressor e o fim específico de prejudicar e desestabilizar o outro, já que, em alguns casos, não há intenção nociva presente.

Marques Jr. (2009, p. 16), também reforça acerca do assédio moral ser um processo, devendo ser compreendido como uma sequência de atos. As ações isoladas, por mais que também possam causar danos à saúde das vítimas, sejam psicológicos ou morais, não são enquadradas como assédio moral justamente por faltar o elemento da continuidade, ou seja, da reiteração da conduta.

Tais manifestações causam, dentre outras consequências na saúde do trabalhador, a perda da vontade de continuar frequentando o mesmo ambiente onde ocorre o assédio, por isso há o abandono do trabalho diante dessa realidade.

Outrossim, Hirigoyen (2011, p. 18) afirma que “quanto mais se sobe na hierarquia e na escala sociocultural, mais as agressões são sofisticadas, perversas e difíceis de caracterizar”. Assim, é comum o assédio moral se acentuar nas relações diretas entre patrão e empregado, configurando o chamado assédio vertical, no qual se percebe que o elemento “subordinação” característico das relações de emprego é condicionado a uma série de regras e imposições que comumente excedem o que estava previsto na relação contratual, passando a contrariar a dignidade do outro, mas que o empregado se sente obrigado em aceitar para permanecer trabalhando. Contudo, também ocorre nos próprios grupos de trabalho, assédio horizontal, em que os sentimentos de inveja e ciúme aliados à rivalidade na relação de um com o outro e com todos se potencializa, como, por exemplo, da não aceitação de um empregado que se veste de forma diferente, fala de um modo diferente ou tem orientação sexual diversa da maioria.

Isto posto, ressalta-se que a intencionalidade maldosa em prejudicar um empregado específico é o que caracteriza o assédio moral, uma vez que hoje é cada vez mais necessária nas empresas a busca por um profissional multitarefa, que saiba lidar com a pressão em seu dia a dia, enfim, que saiba gerir sua eficiência em face das altas demandas exigidas com o propósito de aumentar a produtividade, e isso não é considerado assédio moral por si só. O estresse que é causado pelo agente agressor nessas circunstâncias torna o assédio destruidor, haja vista que a sobrecarga de trabalho, tarefas múltiplas constantes e pressões intermináveis aliadas ao fim de humilhar e faltar com o respeito com o indivíduo em si podem causar o esgotamento e levar a síndrome discutida neste trabalho.

Portanto, é importante compreender o que não se configura assédio moral e, por sua vez, não enseja futuramente a um Burnout, como o fato de o empregado receber uma crítica pelo seu trabalho, ter uma avaliação sobre um trabalho que foi executado, ser transferido de função, etc. Tudo isso não se considera abuso, mas sim decisões referentes à organização do próprio trabalho. (HIRIGOYEN, 2011)

2.2 Métodos de assédio e as consequências para a saúde

As atitudes consideradas hostis e que são visíveis para se concretizar o assédio moral são divididas em quatro grupos conforme Hirigoyen (2011, p. 107-109): deterioração proposital das condições de trabalho; isolamento e recusa de comunicação; atentado contra a dignidade e violência verbal, física ou sexual.

No que tange à primeira classificação, percebe-se que tudo relacionado à visão de mundo do indivíduo que é levada para o trabalho é motivo para julgamento, bem como tudo que possa ser necessário para a execução do trabalho é omitido dele. O intuito é o rebaixamento da pessoa, torná-la incompetente. Por sua vez, o isolamento caracteriza-se pelas constantes interrupções em sua fala, pois são consideradas sem valor, evitam dialogar com a vítima, tornando a comunicação puramente restrita e escrita.

Já se elevando para os níveis mais severos de assédio moral, na fase de atentado contra a dignidade tem-se a utilização de gestos de desprezo, atribuição de problemas psicológicos, críticas à vida privada e tarefas humilhantes. Assim, desencadeia-se para a quarta fase, onde há constantes ameaças de castigos e outras violências físicas, ambiente movido pelo grito, invasão da vida privada e a própria agressão e assédio.

Ressalta-se ainda, conforme Marques Jr. (2009, p. 17), sobre a receptividade da vítima frente as condutas de assédio moral. Para se falar em indenização, conforme será discutido adiante, é preciso haver dano. Em face disso, os sentimentos de desestabilidade e de fragilidade devem aparecer na vítima para que se possa discutir sobre o dano, pois não havendo tais reações, não há que se falar em dano moral.

Não obstante a saúde do trabalhador ser a principal afetada diante dos quadros de assédio moral vivenciados, as sintomatologias se relacionam muito mais à quantidade de vezes em que a pessoa é submetida aos abusos e à intensidade de sua duração. É por isso também que muitos profissionais se questionam se realmente estão vivenciando isso, pois a recusa em acreditar logo se manifesta, fazendo-o se questionar sobre a própria realidade.

No que tange aos males diretos e indiretos, Marques Jr (2009, p. 36) descreve os sintomas e os efeitos colaterais do assédio moral em homens e mulheres vítimas, sendo crises de choro, dores generalizadas, palpitações ou tremores, sentimentos de inutilidade, insônia e depressão os mais expressivos e presentes em ambos.

O estresse, como mencionado, é uma das primeiras consequências que se materializam, aliado à ansiedade. Quando não resolvidos ou administrados, a depressão pode se solidificar.

Médicos classificam como consequências específicas do assédio moral: a vergonha e a humilhação, em que a vítima sente a necessidade de se esconder do mundo, presente na grande maioria dos casos de assédio; a perda do sentido, em que a pessoa duvida de sua própria saúde mental; modificações psíquicas, provocando a destruição da identidade; desvitalização, onde o estado depressivo se torna crônico; e, por fim, a "rigidificação", onde surgem traços paranoicos. (HIRIGOYEN, 2011)

Em face do exposto, torna-se claro que o assédio moral é um dos elementos decisivos que desencadeiam na síndrome de Burnout. Segundo Marques Jr. (2009, p. 15), "tal sujeição decorre, principalmente, do aumento do desemprego, que ocasiona o receio do empregado em exteriorizar sua indignação quanto à violência sofrida".

3.A SÍNDROME DE BURNOUT

"O trabalho é uma escolha, não só da sobrevivência econômica do indivíduo, mas da sua sobrevivência como sujeito de uma sociedade; é a promoção de sua identidade como pessoa (CAPELATTO, 2010, p. 4). " Assim, quando o trabalho se torna exaustivo, degradante, tóxico e disfuncional, também o fica o indivíduo que suporta essa realidade em seu cotidiano profissional, desencadeando inúmeras problemáticas à sua saúde física, mental, profissional e social inclusive.

3.1. Características

Primeiramente, é comum observar que a maioria das pessoas com Burnout possuem uma dedicação excessiva quando o assunto é sua atividade profissional. No entanto, essa não é a única, tampouco a principal característica. A busca da perfeição profissional, a identificação com os ideais da profissão, com o fito de ser o melhor, com alta performance de desempenho está intimamente associada à síndrome, pois é seguida posteriormente de um sentimento intenso de incapacidade, frustração e desmotivação, haja vista a dedicação exacerbada dos profissionais sob pressão de empregadores interessados em resultados rápidos se transformar em uma resposta prolongada do ambiente estressante crônico vivenciado junto a fatores interpessoais diretamente associados com ele.

Assim, o adoecimento inicia pela busca de demonstrar a capacidade de realização técnica frente aos diversos meios de solucionar os problemas em série, bem como pela busca do sucesso profissional. Indo de encontro a essas expectativas, quando o trabalhador não obtém o devido reconhecimento, mas ao contrário, é sempre pressionado para continuar solucionando e suprimindo todas as demandas e necessidades com a mesma perfeição técnica que demonstra, costuma surgir o desinteresse, a desconexão e a indignação.

Conforme consta na descrição sobre esgotamento da CID-11 feita pela Organização Mundial de Saúde, em que pese ser entendida em suas três dimensões: sentimentos de esgotamento ou exaustão de energia; aumento da distância mental do trabalho ou sentimentos de negativismo ou cinismo relacionados ao trabalho; e sensação de ineficácia e falta de realização, Freudenberg (apud Capelatto, 2010, p. 4) descreve e subdivide em doze os estágios da síndrome do esgotamento profissional, quais sejam: necessidade de autoafirmação; dedicação intensa e realização dos afazeres de forma individual; descaso com necessidades pessoais por perder o sentido em realizá-las; recalque de conflitos, consistindo no não enfrentamento do problema; reinterpretação dos valores, como isolamento e fuga dos conflitos, pois a nova e única medida de autoestima passa a ser o trabalho; negação de problemas; recolhimento e antissocialização; mudanças comportamentais normalmente desencadeadas pelo assédio moral; despersonalização; vazio interior; depressão, indiferença e exaustão e, por fim, a síndrome do esgotamento profissional propriamente dita, que corresponde ao colapso físico e mental.

Importante ainda mencionar que não necessariamente ocorrem na ordem específica retratada, uma vez que o contexto é fator determinante para vivenciar os estágios, bem como sua intensidade.

Percebe-se, logo, que não é apenas o estresse e a fadiga mental que sinalizam a presença da síndrome, mas sim um conjunto de fatores que, somados, se relacionam ao ambiente corporativo e são decorrentes das atividades diárias nele exercidas, ou seja, é uma doença que tem a causa no trabalho, é dele que ela se origina, sendo possível, portanto, responsabilizar judicialmente a empresa responsável pelo acometimento da doença no empregado.

É preciso salientar, no entanto, conforme exposições da Associação Nacional de Medicina do Trabalho que, embora situações estressantes possam ocorrer no dia a dia laboral, em que o estresse é um mecanismo de adaptação natural à manutenção da vida, considera-se patológico quando atinge certos níveis de exaustão, sendo-os aqui encaixados no contexto da síndrome.

Além disso, não são apenas fatores ligados ao esgotamento mental, mas também físico, como: dores de cabeça constantes, problemas gastrointestinais, mudanças no apetite e no humor, distúrbios do sono, etc.

Na grande maioria das vezes, o último estágio é o fator de alerta e preocupação, sendo nele, e não diante de todos os outros fatores que já poderiam servir de embasamento para solucionar o problema, considerado o estágio de emergência, carecendo de ajuda médica e psicológica, haja vista ser só então considerado sinônimo de urgência.

3.2 Concepções teóricas e históricas

Segundo Fontes, (2020, p. 2), o surgimento da síndrome deu-se com a autodescoberta do psicanalista judeu de origem alemã e radicado nos Estados Unidos, Herbert J. Freudenberger, que a diagnosticou em si mesmo no início dos anos 1970. Em 1974, trouxe o conceito de Burnout para nomear então o esgotamento típico das profissões ao analisar que seus colegas de profissão sob alta pressão no trabalho também partilhavam dos mesmos comportamentos, sendo os principais o desprezo e a negligência com seus pacientes.

Logo, nota-se que o contexto histórico da síndrome remonta a década de 70, auge dos ideais de romantismo e liberdade em que já se falava sobre a importância de um ambiente de trabalho equilibrado, mas é vista apenas hoje como a doença do século, cada vez mais presente nos diversos países e sistemas capitalistas de produção.

Ademais, como o Burnout não surge de um acontecimento único e limitado no tempo, mas sim do acúmulo de anos de trabalho, desenvolve-se principalmente nas pessoas que possuem envolvimento interpessoal intenso e há áreas de trabalho mais propensas ao desenvolvimento da síndrome, por conta de fatores externos como a falta do reconhecimento profissional, baixas remunerações e constante desgaste emocional, principalmente nas áreas ligadas à educação e à saúde.

Considerada como uma doença ocupacional, as leis brasileiras enquadravam a síndrome como acidente de trabalho, o que desde antes já garantia uma série de direitos para quem se encaixava no diagnóstico, como a possibilidade de usufruir dos benefícios por incapacidade do INSS. No entanto, dificultava não só o diagnóstico e o reconhecimento, mas também punha em discussão a questão da comprovação da culpa do ambiente de trabalho e do empregador.

O período da crise mundial de saúde relativo à pandemia de covid-19 elevou os diagnósticos da doença pelo mundo e propiciou um olhar diferenciado e de maior cautela para a situação, em face da sobrecarga de trabalho, do receio pela demissão em massa; tudo em decorrência das drásticas mudanças dos ambientes corporativos, o que causou o receio pela perda do emprego e da submissão de novas formas e jornadas de trabalho exaustivas por parte dos empregados de muitas organizações.

Diante de levantamentos realizados pela International Stress Management Association (ISMA) nos anos de 2019 e no período de Covid-19, que apontaram grandes percentuais de trabalhadores e da população economicamente ativa com sintomas de Burnout e o Brasil como um dos países do topo da doença, foi preciso repensar o conceito

e revisar a definição de Burnout feita pela Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID).

No ano de 2022, a partir de 1º de janeiro, é, contudo, que a síndrome de Burnout passa a ser tratada como uma doença que está relacionada ao estresse crônico em virtude do trabalho, sem o devido gerenciamento, e não mais como um mero problema relacionado ao trabalhador e sua saúde mental. Isto posto, na própria descrição de Burnout proposta é justa a afirmação de que o termo se refere aos “fenômenos no contexto ocupacional e não deve ser aplicado para descrever experiências em outras áreas da vida.” O motivo desse novo enfoque foi a mudança realizada pela Organização Mundial de Saúde, que com a décima primeira atualização da CID, trouxe uma nova classificação, passando do capítulo que trata sobre transtornos mentais e comportamentais para o capítulo que envolve fatores que influenciam o estado de saúde ou o contato com os serviços de saúde, dentre eles problemas associados ao emprego e ao desemprego, cujo código para identificação é o QD85. (CID-11, 2023)

Assim, passa-se da cobrança interna do empregado para um arcabouço de situações negligenciadas e não gerenciadas pacificamente pela empresa, como são os casos de assédio moral, metas inalcançáveis, cobranças agressivas, entre outros.

3.3 Direitos do trabalhador

O acidente de trabalho é conceituado pelo artigo 19 da lei 8.213/91 como:

“...o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

Um dos direitos da pessoa diagnosticada com a síndrome é poder usufruir de benefícios de incapacidade pelo INSS, uma vez que a síndrome é equiparada a acidente de trabalho. Sérgio Pinto Martins esclarece que entre o acidente e o trabalho exercido deve haver necessariamente um nexos causal ao dispor que

“é preciso que, para existência do acidente do trabalho, exista um nexos entre o trabalho e o efeito do acidente. Esse nexos de causa-efeito é tríplice, pois compreende o trabalho, o acidente, com a conseqüente lesão, e a

incapacidade, resultante da lesão”. (SÉRGIO PINTO MARTINS, 2022, p. 601)

Dentre os direitos trazidos ao trabalhador que tem a síndrome reconhecida pelo perito do INSS estão o afastamento das atividades até que se dê a completa recuperação e a percepção das prestações devidas durante o período.

Nesse diapasão, por mais que as ações trabalhistas tenham alcançado um nível elevado de demandas na Justiça do Trabalho, é comum que o trabalhador deixe as situações degradantes de trabalho se perpetuarem em seu dia a dia, pelo medo de moverem uma ação trabalhista em face da síndrome adquirida. O temor pelas possíveis retaliações do ambiente de trabalho é justificativo para o não acionamento e cobrança pelos seus direitos.

Nos níveis mais críticos, quando o empregado se submete a essas condições mesmo podendo por fim a essas práticas, acaba em certo momento não aguentando mais e opta por pedir demissão, o que vai de encontro a tudo que poderia ser feito para impedir essa prática. Assim, perde inúmeras vantagens a que teria direito se tivesse ajuizado a demanda, como saque do FGTS. Além disso, há os que tentam induzir a dispensa sem justa causa pelo empregador, provocando situações em que pode ocorrer o inverso e ensejar uma dispensa motivada com justa causa em face das práticas realizadas, conforme artigo 482 da CLT.

Assim, torna-se essencial afirmar que o mero diagnóstico da síndrome de Burnout realizado pela perícia técnica adequada não será suficiente para garantir os direitos trabalhistas que o empregado possui, mas é preciso também comprovar a culpa do empregador pelo adoecimento. Portanto, é mister compreender que direitos como a estabilidade só serão válidos se ocorrer a comprovação de que o motivo gerador da doença está intrinsecamente ligado ao ambiente de trabalho e às funções laborais diárias.

Decerto que as provas levadas pelo empregado, como documentos, conversas por e-mail e registros telefônicos, além das testemunhas, são essenciais para comprovação em âmbito judicial de que o ambiente laboral favoreceu o acometimento da síndrome.

No que tange ao reconhecimento da doença, a empresa arca com os quinze dias iniciais de atestado de trabalhador, ao passo que, superados esses primeiros dias, dá-se ensejo ao recebimento do auxílio-doença, com o devido reconhecimento do FGTS por todo o período de afastamento e recebimento do benefício.

Ademais, conforme o artigo 118 da lei 8.213/91, “o segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de 12 meses, a manutenção do seu contrato

de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário...” Portanto, é norma trabalhista incluída na lei previdenciária e, dessarte, constitucional. (MARTINS, Sérgio Pinto. 2022, p. 626)

Por equiparação, a Síndrome de Burnout também concede o direito de estabilidade empregatícia de 12 meses. Decerto explicar que o prazo se inicia após o tratamento do diagnosticado, tendo então o direito de não ser demitido da empresa pelos 12 meses seguintes após seu retorno.

No entanto, é mais viável e pouco conhecida dos empregados, para os casos que configuram os abusos do ambiente laboral e das relações de trabalho, tanto a nível da síndrome de Burnout, como nos casos de assédio moral, discutido no capítulo anterior, a chamada rescisão indireta do contrato de trabalho, conforme previsão do artigo 483 da CLT. Isto porque fica caracterizada a culpa do empregador, sendo ele o motivo da quebra do contrato de trabalho. Assim, são devidos todos os direitos da dispensa sem justa causa previstos em lei, como direito ao aviso prévio indenizado, décimo terceiro salário, férias simples e vencidas, saque do FGTS e multa de 40% sobre o FGTS.

Marques Jr (2009, p. 50) também reitera que além da indenização devida pela rescisão na modalidade sem justa causa, há ainda a indenização decorrente do dano moral ou material sofrido, hipótese em que se averiguará sobre a existência de dano moral simples ou a hipótese de assédio moral, em que se se observa se a conduta do empregador se deu de forma reiterada, pois havendo habitualidade resta configurada a caracterização de assédio moral.

Dessa forma, mostra-se como solução mais célere aos abusos da relação de emprego, na qual o empregado desliga-se da empresa pela culpa do empregador. Assim, sai antes de mover a ação trabalhista, mas não renuncia aos seus direitos trabalhistas, desde que comprove o nexo de causalidade entre as funções exercidas na empresa e suas condições com a doença adquirida, sendo reconhecida essa forma de rescisão pela Justiça.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

O respeito pela dignidade humana e os valores sociais do trabalho estão previstos expressamente nos incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Por sua vez, assegura o direito de indenização por dano moral e, ou material a quem violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, conforme previsão do inciso X do artigo 5º também da Constituição.

O Código Civil de 2002, enquanto norma fiel à Constituição, trouxe a responsabilidade objetiva e previu a reparação do dano de natureza exclusivamente moral, independentemente de prejuízo também material.

Art. 186, Código Civil Brasileiro, 2002 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927, Código Civil Brasileiro, 2002 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002)

Trata-se, portanto, de normas de caráter sancionador e educativo, pois é uma tentativa de o Estado promover a devolução ao ofendido do bem que lhe foi degradado em virtude da comprovação pelo autor da conduta humana, do nexo de causalidade com o dano ou prejuízo sofrido, seja de natureza patrimonial, moral ou estética. Diferentemente ocorria com o Código Civil anterior, de 1916, que previa apenas a responsabilidade subjetiva, com a comprovação da culpa.

Ferrari, 2005 (apud. Marques Jr, 2009, p.52) afirma que a responsabilidade civil faz sua máxima representatividade no âmbito da Justiça do Trabalho no que tange ao dano moral e à responsabilidade civil no que tange à obrigação de indenizar. Isto porque, conforme a Constituição Federal trata no artigo 114, inciso VI, a Justiça do Trabalho é hoje a justiça competente para processar e julgar as ações que visem à reparação do dano moral e material decorrentes da relação de trabalho.

Fernandez (2013, p. 12) trazia para a Responsabilidade Civil uma dupla acepção no que tange aos seus sentidos amplo e restrito, quais sejam:

Em significado amplo, a Responsabilidade Civil denota uma situação jurídica em que alguém tem o dever jurídico de indenizar outrem, em virtude de obrigação que decorre de uma dada situação fática, podendo significar também, nesse sentido, instituto jurídico regido pelas normas que disciplinam o conteúdo e o cumprimento da aludida obrigação de indenizar. Em sentido estrito, a Responsabilidade Civil é tomada como o específico dever de indenizar, oriundo de um dado fato lesivo imputável a um determinado agente. Nesse raciocínio, já se percebem regras relativas a atos

ilícitos e a práticas que violam comandos normativos.

É preciso discorrer primeiramente acerca do que é o dano. Assim, conceitua-se a definição de dano nos ensinamentos de Vólia Bomfim Cassar (2018, p. 888), como “o fato gerador da responsabilidade de pagamento de indenização ou de reparação. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”. Ademais, dispõe ainda que dano é “a violação de um bem juridicamente tutelado pelo direito, seja ele patrimonial ou não patrimonial” (CASSAR, Vólia Bomfim, 2018, p. 889).

Cavaliere Filho (2004, p. 95-96) afirma que dano é “o resultado de uma ação ou omissão, não estribada em exercício regular de um direito, em que o agente causa prejuízo ou viola direito de outrem, por culpa ou dolo”.

Tendo em vista os conceitos apresentados, é preciso ainda mencionar os requisitos para que haja o direito à indenização de dano, seja de natureza moral ou patrimonial, que são: a ocorrência do dano, proveniente de ato ilícito, abusivo ou atividade de risco e ainda a presença do nexa causal, elementos caracterizadores da responsabilidade civil objetiva. (CASSAR, Vólia Bomfim, 2018, p. 888). É por isso que se torna indispensável a ocorrência dos prejuízos à saúde do trabalhador, consideradas como danosas, pois não há que se falar em indenização sem dano, o que acarretaria a prática de enriquecimento ilícito.

4.1 A responsabilidade do empregador frente aos casos de assédio moral e síndrome de Burnout enquanto acidente do trabalho

Conforme mencionado acima, a Carta Magna tem na dignidade da pessoa humana um princípio fundamental que norteia as relações humanas. É desse princípio que são coibidos todo e qualquer ato que ofenda e lese a saúde do trabalhador. Além disso, o inciso XXII do artigo 7º, no que tange aos direitos sociais, a necessidade de um trabalho digno, com o fito de “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (BRASIL, 1988).

Na esfera civil e trabalhista, a responsabilidade decorrente do assédio moral, que inclusive é motivo determinante para o desencadeamento da síndrome de Burnout, será objetiva. (Marques Jr., 2009, p. 54)

Assim, o dever de indenizar o assédio moral é consequência jurídica do ato ilícito, sendo indispensável para a caracterização da responsabilidade civil a coexistência da conduta, do dano moral ao ofendido e do nexa de causalidade entre a conduta e o dano.

Com relação aos entendimentos dos Tribunais, no que tange ao assédio moral, ao julgar o respectivo Recurso Ordinário Trabalhista abaixo a Décima Primeira Turma

entendeu pela extrapolação do poder diretivo do empregador, o que deu ensejo à prática do assédio moral e ao dever de reparação.

ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. CONDUTA INTOLERÁVEL. Ao imputar ao empregado a responsabilidade pela inadimplência de clientes, bem como pelos danos causados por terceiros ao empreendimento, inclusive com a assinatura de notas promissórias, em garantia desses prejuízos e ameaças sistemáticas de descontos salariais, o empregador extrapola inegavelmente seu poder diretivo, impondo ao trabalhador um ambiente de trabalho que atenta contra a sua integridade psíquica e moral, caracterizando-se, assim, afronta aos direitos da personalidade e o consequente dever de reparação.

(TRT-3 - ROT: 0011871-44.2018.5.03.0048, MG. Relator: Des. Antonio Gomes de Vasconcelos, Décima Primeira Turma, Data de Julgamento: 16/06/2021, Data da publicação: 18/06/2021.)

O direito à reparação pelo dano causado nasce da omissão do empregador ao não observar ou se adequar as normas de segurança do trabalho, em concordância com o artigo 927 do Código Civil e com seu parágrafo único, que tira a necessidade da comprovação do elemento culpa. Dessa forma, restando configurado o nexo de causalidade entre a síndrome de Burnout e a atividade exercida pelo trabalhador, surge ao empregador o dever de reparação dos danos, independentemente de culpa, por se tratar de responsabilidade civil objetiva.

Ainda quanto à síndrome de Burnout, os Tribunais do Trabalho também vêm adotando o posicionamento da responsabilidade objetiva de forma mansa e pacífica. In verbis:

DOENÇA OCUPACIONAL - SÍNDROME DE BURNOUT - INDENIZAÇÃO. Diagnosticada no curso do contrato de trabalho a Síndrome de Burnout (síndrome do "esgotamento profissional") que levou ao afastamento previdenciário do autor, no curso do aviso prévio, por um ano e quatro meses, por doença ocupacional equiparada a acidente do trabalho, é devida a reintegração ao emprego e ainda a indenização de

cunho moral, nos termos dos arts. 118 da Lei nº 8.213/91, segunda parte do item II da Súmula 378 do TST e artigos 186 e 927 do CCB e art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal.

(TRT-3 - ROT: 0011012-62.2017.5.03.0048, MG. Relator: Des. Antonio Gomes de Vasconcelos, , Décima Primeira Turma, Data de Julgamento: 03/03/2021, Data de Publicação: 05/03/2021.)

Por força dos artigos 949 e 950, previstos no Código Civil, configurada a síndrome, o empregado tem o direito de receber a indenização pelas despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além dos outros prejuízos que o ofendido conseguir fazer a prova de ter sofrido. Além disso, inclui também pensão correspondente à importância do trabalho, havendo inabilitação ou capacidade reduzida.

Caldas e Testa (2020, p. 113) trazem o caráter preventivo como determinante para rastrear e a diagnosticar precocemente os danos cometidos à saúde dos trabalhadores, tendo em vista que a modernização do trabalho trouxe a necessidade de gerência do tempo e das atividades laborais cotidianas, em face da intensificação do trabalho, do ritmo acelerado, das longas jornadas a que são submetidos, dos níveis altos de cobrança por resultados e da administração estressante e da alta exigência cognitiva e mental. Nesse sentido, a medicina do trabalho surge para amenizar a agressividade dos processos produtivos através de métodos e organização da execução das tarefas e do trabalho em si.

Ainda na lei 8.213/91, o artigo 20 apresenta um rol exemplificativo das doenças associadas ao trabalho, que, assim como Decreto nº 3.048/99, que regulamentou a Previdência Social, e a Portaria nº 1.399/99 do Ministério da Saúde, apresentam a síndrome como doença ocupacional.

No tocante ao dano moral, revela-se ser o dano de maior subjetividade a ser atribuída, pelo simples fato de atingir apenas bens incorpóreos, como a privacidade, a honra, o nome, etc. Denota-se, portanto, de bens imateriais de valor incalculável, possuindo valores diferentes para cada um. É por isso que é salutar estabelecer o nexo causal entre os prejuízos ocasionados à vítima e sua saúde com a conduta do agressor no ambiente laboral.

Para além disso, Machado (2020, p. 101) reflete que

“o adoecimento pode referir-se, preponderantemente, a elementos físicos ou psíquicos da saúde do

trabalhador. Um pode interferir no outro: o adoecimento físico pode repercutir negativamente no bem-estar psíquico-mental da pessoa e vice-versa”.

Decerto que o empregador que não segue as normas de saúde, higiene e segurança estabelecidas nas leis comete ato ilícito, ensejando a busca do empregado pela reparação civil do dano estabelecido, sem prejuízo de outras prestações.

Para isso, torna-se essencial que o empregado traga junto a sua petição trabalhista todos os exames, documentos e testemunhas que comprovem a ocorrência do assédio moral ou da síndrome de Burnout obtida, mostrando cabalmente que os danos são decorrentes da relação de emprego e do local de trabalho.

Conforme previsão da súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, pode haver a cumulação de indenizações por dano moral e estético. Para isso, precisam ser oriundas do mesmo fato. O artigo 223-F da CLT também admite a cumulação das indenizações por dano material e dano moral.

No que tange à reparação indenizatória, é preciso que a extensão e a magnitude do dano sejam identificadas, pois em concordância com o artigo 944 do Código Civil, que preza pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o valor das indenizações não pode ensejar ao enriquecimento sem causa, como mencionado anteriormente. Salienta-se, então, que o tipo de indenização pleiteada vai variar de acordo com o dano sofrido.

Vale ressaltar ainda que, conforme disposto no artigo 206, parágrafo 3, inciso V, do Código Civil, a ação de reparação civil tem a prescrição no prazo de três anos.

4.2 Da prevenção

Sabe-se que o direito à saúde é norma constitucional. Na esfera trabalhista, então, é essencial que o trabalhador tenha seu direito respeitado, a fim de que seu modo de vida não seja afetado pelo fazer laboral. Hoje, o tema em pauta, para além da síndrome de Burnout e do assédio moral, é a saúde mental, que vem preocupando os especialistas na área da saúde para os riscos efetivos que o indivíduo precisa conciliar para não ser vítima desse mal.

Dessa forma, com o fito de cuidar da saúde mental, uma das formas de se precaver contra seus riscos é promover a prevenção contra o assédio moral, que, conforme preceitua Marques Jr., pode partir da própria vítima ao utilizar de métodos repressivos para fazer cessar ou minimizar o assédio, como também de métodos preventivos, evitando novos casos; buscando uma antecipação ao agressor. Dentre as possibilidades de refutar essa

conduta, estão: anotação de dados referentes às humilhações sofridas, dar visibilidade ao problema, chamando atenção de colegas e superiores ou ainda de testemunhas que viveram situações semelhantes, caso seja necessário interagir com o agressor, estar acompanhado por testemunha, dirigir-se ao Ministério Público do Trabalho para denunciar o ocorrido, dentre outras. (Marques Jr., 2009, p. 37-38).

No que tange ao Burnout, é notório que grande parte das faltas injustificadas, desligamentos trabalhistas e também da maior rotatividade de empregados nas empresas atuais estão relacionados ao estresse e ao Burnout, uma vez que o mercado exige a excelência da produtividade aliada à lucratividade e competitividade. Assim, é imperioso reconhecer a existência da síndrome e atuar efetivamente em estratégias de prevenção e de intervenção.

Quanto às empresas, faz-se imprescindível a utilização de ferramentas de fiscalização e controle para que o assédio moral e o Burnout sejam, antes de tudo, gerenciados os seus conflitos; bem como promover a repreensão, sendo as práticas preventivas a melhor forma de lidar com a questão. Para os casos de assédio moral, é preciso impor sanções por parte dos colaboradores, gestores e sócios, a fim de que condutas permissivas impróprias não sejam toleradas e caracterizadas como “meras brincadeiras”.

Destarte, é imperioso também se pensar na proporcionalidade e na razoabilidade das sanções, disciplinando os funcionários e demais colaboradores de maneira gradual, com o escopo de evitar também que a empresa receba processos judiciais contra demissões por condutas impróprias no trabalho, mas ao mesmo tempo demonstre às vítimas de que as condutas estão sendo enxergadas e devidamente punidas conforme o caso.

Para além das punições, o desenvolvimento de manuais internos de boas condutas no ambiente de trabalho, bem como a introdução de seminários e palestras informativas quanto aos temas aqui explanados, instauração de sindicância para apuração dos casos de assédio moral e canais internos para o recebimento de denúncias sigilosas, evitando, assim, possíveis imparcialidades, são também ferramentas de controle plausíveis.

Outrossim, com o advento do *Compliance* trabalhista, percebe-se outra forma eficiente na investigação de casos de assédio, em face de uma abordagem multidisciplinar e cooperativa que é desenvolvida pela integração de advogados trabalhistas e criminais junto a empresas, facilitando a confiança do colaborador ao se sentir confortável diante do profissional do *Compliance* em vez de seu próprio empregador. Assim, preserva-se a imagem da empresa, dos gestores e da própria vítima.

Conclui-se que a prevenção do assédio moral e dos casos cada vez mais diagnosticados de Burnout precisa ser pauta de discussão nos ambientes de trabalho, com o fito de produzir uma política de prevenção de riscos profissionais, haja vista que a ofensa à saúde física e mental dos empregados é também uma ofensa a um direito fundamental constitucional.

4.CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é imprescindível que as empresas e os empregadores repensem a nova política empresarial do capitalismo desenfreado, uma vez que correm sérios riscos de terem um quadro de profissionais doentes, assediados constantemente e imersos em uma síndrome de danos irreparáveis. Urge para isso a necessidade de elencar mudanças nas relações trabalhistas, em que as empresas devem, sobretudo, propiciar ambientes de trabalho saudáveis e favoráveis à saúde de seus empregados, estando sempre atentas às problemáticas apontadas pelos próprios funcionários.

O assédio moral que contamina o ambiente de trabalho como um todo ou é praticado especificamente contra um empregado tenta vencer o trabalhador pelo cansaço. A má gerência do ambiente de trabalho que desencadeia a síndrome de Burnout traz à tona a problematização da relação empregado, empregador e ambiente. Como visto, tudo permeia o âmbito do ambiente de trabalho, que deve ser digno e se adequar aos princípios fundamentais e sociais. Para isso, o acompanhamento de profissionais que atuam em saúde mental e qualidade de vida também é outro diferencial, pois para promovendo colaboradores dispostos e satisfeitos a consequência direta dá-se na produtividade e na rentabilidade das empresas.

A reclassificação da Organização Mundial de Saúde no que tange à síndrome de Burnout para um fenômeno ocupacional a partir de 2022 evidencia o olhar diferenciado que a matéria vem recebendo nos últimos anos, principalmente pós pandemia de covid-19 e o aumento dos diagnósticos, o que evidencia a fragilidade do ser humano em contato com agentes estressores.

Ademais, as alterações pelas quais a sociedade e o Direito passam são balizadoras das relações. É nesse contexto que instituto da responsabilidade civil objetiva do empregador pelos danos decorrentes do assédio moral e da síndrome de Burnout como acidente de trabalho se evidenciam, uma vez que a responsabilidade subjetiva com base na culpa demonstrou-se insuficiente, diante da impossibilidade de as vítimas conseguirem tal demonstração.

Os ambientes laborais carecem de humanização. O resgate dos valores sociais do trabalho e a moderação das expectativas são fatores que precisam ser reconsiderados para

que o assédio moral seja coibido e o esgotamento profissional não seja regra no ambiente profissional.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho TRT da 3ª região - **Recurso Ordinário Trabalhista - 0011012-62.2017.5.03.0048 (ROT)**, Relator: Antônio Gomes de Vasconcelos, em 03/03/2021, 11ª turma. Disponibilização em: 05/03/2021. Disponível em <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2830>. Acesso em 03 maio 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho TRT da 3ª região - **Recurso Ordinário Trabalhista - 0011871-44.2018.5.03.0048 (ROT)**, Relator: Antônio Gomes de Vasconcelos, em 16/06/2021, 11ª turma. Disponibilização em: 18/06/2021. Disponível em <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2830>. Acesso em 02 maio 2023.

CALDAS, Ricardo Melito; TESTA, Marcelo. **Legislação ambiental e do trabalhador**. 2. ed. São Paulo: Pearson; 2020.

CAPELATTO, Ivan. **O assédio moral, o assédio sexual e a Síndrome de Burnout na ambiência do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 37, p. 23-27, jul./dez. 2010. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/104687/2010_capelatto_ivan_a_ssedio_moral.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 26 abr. 2023, às 08:19

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista** / Vólia Bomfim Vassar. – 16. ed., rev e atual. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 95-96.

FERNANDEZ, Alexandre Cortez. **Direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Educ, 2013.

FONTES, Flávio Fernandes. **Herbert J. Freudenberger e a constituição do burnout como síndrome psicopatológica.** Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/memorandum/article/view/19144/20331>
Acesso em: 27 abr. 2023, às 14:03

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral** / Marie-France Hirigoyen; tradução Rejane Janowitz. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

MACHADO, André Luiz Sienkiewicz. **Saúde do trabalhador e proteção jurídica contra a discriminação.** Porto: Juruá Editorial, 2020.

MARQUES JR., Fernando Antônio. **Assédio moral no ambiente de trabalho: questões sócio-jurídicas** / Fernando Antônio Marques Jr. – São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social** / Sérgio Pinto Martins. – 39. ed.- São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REINO, Priscila Arraes. **Síndrome de Burnout: a doença do trabalho e seus direitos.** Disponível em: <https://arraescenteno.com.br/sindrome-de-burnout-doenca-do-trabalho/> Acesso em 26 abr. 2023, às 16:05

World Health Organization. **ICD-11 for mortality and morbidity statistics.** Version: 2019 April. Geneva: WHO; 2019 [citado 20 ago 2019]. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/129180281> Acesso em: 14 abr. 2023.

Associação Nacional de Medicina do Trabalho. **Síndrome de Burnout: do entusiasmo ao esgotamento profissional.** Disponível em: <https://www.anamt.org.br/portal/2017/12/15/sindrome-de-burnout-do-entusiasmo-ao-esgotamento-profissional/> Acesso em: 27 abr. 2023, às 18:25.

LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NA UTILIZAÇÃO DE CÂMERAS DE CAPTAÇÃO DE IMAGEM NO AMBIENTE DE TRABALHO

JULIA ARPINI LIEVORE:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC. Trabalho orientado pela professora Waléria Demoner Rossoni ¹³²

RESUMO: Este artigo analisou os limites da utilização de câmeras de captação de imagem no ambiente de trabalho, levando em consideração a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação empregatícia, bem como o poder diretivo do empregador. Discutiu-se nesta pesquisa, o evidente confronto entre os direitos à intimidade e privacidade do empregado e o direito de propriedade do empregador, todos direitos fundamentais devidamente legitimados pela Constituição Federal de 1988. O estudo concluiu que os instrumentos de vigilância não poderão ser utilizados para controlar a produtividade do empregado ou violar seus direitos fundamentais, mas poderão ser lícitos em locais cujo controle se faz necessário para proteger o patrimônio do empregador, bem como em espaços que possuem acesso público.

Palavras-chave: Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Intimidade. Propriedade. Poder empregatício. Câmeras de captação de imagem.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As relações de emprego possuem como um dos requisitos a subordinação jurídica, que conjuntamente ao poder diretivo, garantem ao empregador a faculdade de fiscalizar o ambiente de trabalho e as atividades desenvolvidas pelos trabalhadores. Em que pese essa evidente faculdade fiscalizatória, a subordinação do empregado não pode ser encarada como uma renúncia a seus direitos fundamentais a contar do momento em que é formalizada sua relação de emprego. Isso porque, o posto do local de trabalho não demarca uma linha para abdicação de seus direitos constitucionais.

Em face do desenvolvimento tecnológico, hoje, uma forma comum de vigilância, é a instalação de câmeras de captação de imagem no estabelecimento empresarial. A aplicação de tecnologia no ambiente de trabalho, obviamente, possui grandes vantagens, como, por exemplo, possibilitar a aplicação do princípio da verdade real, garantindo a

132 E-mail: juliaarpini@hotmail.com

demonstração verdadeira dos fatos na ocasião de uma lide, além de proporcionar mais segurança aos trabalhadores. Entretanto, há o risco de tais mecanismos serem manejados de forma desproporcional, abusiva e até ilegal.

A relação empregatícia deve ser marcada pelo princípio da boa-fé. Ao estabelecer um vínculo, empregador e empregado se propõem a construir um liame de confiança mútua, a qual será a base desse contrato. A partir dessa interpretação, parece essencial tentar estabelecer os limites na instalação de instrumentos visuais no ambiente de trabalho, garantindo ao empregador sua prerrogativa fiscalizatória e ao empregado seus direitos fundamentais, na busca de um equilíbrio que deve reger a relação capital-trabalho. Esse é o problema a ser enfrentado nesta pesquisa.

No ponto de vista de seus objetivos, será realizada uma pesquisa exploratória mediante o levantamento de bibliografia, e descritiva das características do vínculo empregatício em prol de atestar as possibilidades de restrição ao poder diretivo do empregador.

O primeiro capítulo, de forma mais geral, abordará a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sobretudo nas relações trabalhistas. O segundo capítulo analisará o poder empregatício conferido ao empregador em razão do contrato de trabalho. O terceiro capítulo, por fim, buscará responder ao problema desta pesquisa e analisará e exporá os limites da utilização de câmeras de captação de imagem, pelo empregador, no ambiente de trabalho.

1 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Para Avanci (2013), os direitos fundamentais, além de seu caráter nitidamente subjetivo, possuem um aspecto objetivo, o qual fornece as linhas mestras para todo o ordenamento jurídico, propiciando a irradiação dos direitos fundamentais para além da própria eficácia nas relações privadas, ou aplicação horizontal.

Desta forma, a aplicação dos direitos fundamentais pode ser analisada a partir de sua eficácia vertical e horizontal. Conforme Fernandes (2017) a primeira surgiu como uma forma de regulamentar a relação entre o particular e o Estado, especialmente como limitador do poder deste. Isso porque há presente nesse contexto o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado o que poderia criar uma inferioridade desproporcional do indivíduo. Essa é a forma tradicional de se enxergar os direitos fundamentais.

Por outro lado, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é aplicada na relação entre particulares. Isto ocorreu, por exemplo, na Alemanha, Portugal e Brasil. Essa posição, também, encontrou eco no STF¹³³ quando repeliu conduta de associação civil que expulsou sócio ao arrepio do devido processo constitucional (especificamente, contraditório e ampla defesa).

A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares é, segundo afirma o Sarmento (2010), uma tendência do paradigma do Estado Democrático de Direito cujos centros encontram-se a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal)¹³⁴, a democracia e a Constituição.

Fala-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para sublinhar o fato de que tais direitos [...] incidem também sobre relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal (SARMENTO, Daniel, 2010, p. 19).

A situação mais evidente da necessidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares, segundo Cassar (2014) é o contrato de emprego. Nesse caso, apesar da presença da autonomia da vontade, é comum que o empregado, em regra, dependa da manutenção da relação de trabalho para prover seu sustento e de sua família, de modo que se torna hipossuficiente na perspectiva econômica mencionada.

Além dessa dependência econômica, vivenciada no cotidiano das relações, e decorrente da dissociação do trabalhador dos seus meios de produção, de acordo com Garcia (2015) o estado de hipossuficiência do empregado decorre da subordinação jurídica cujo nascimento dá-se com o contrato de trabalho.

Ademais, Paulo e Alexandrino (2014) ensinam que “[...] há um histórico de medidas discriminatórias e de condutas violadoras de direitos constitucionais fundamentais dos trabalhadores adotadas por empresas privadas na relação de emprego [...]”, ocasionando aumento na necessidade de proteção ao empregado.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201819/RJ. Relatora Min. Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 11.10.2005. Segunda Turma. Publicação: DJ 27-10-2006.

¹³⁴ Para Canotilho (2003), a dignidade da pessoa humana é o epicentro das normas constitucionais e dos direitos fundamentais, bem como a base dos direitos de personalidade.

Importante frisar, conforme Mallet (2009), que a despeito das limitações às quais o empregado está sujeito na relação laboral, a preservação de sua intimidade é essencial. Isso porque, a dignidade está estritamente ligada à honra, que merece ser assegurada.

No mesmo sentido, Souza (2000) destaca que a privacidade deve ser devidamente tutelada, ainda mais em razão de sua fragilidade face às novas tecnologias e, principalmente, porque está diretamente ligada aos aspectos individuais, particulares, de uma pessoa.

O direito constitucional assegura aos indivíduos o direito à intimidade e à privacidade¹³⁵, como meios de proteção à dignidade humana. O mesmo texto, no entanto, garante o direito à propriedade¹³⁶. Assim, tanto o empregado quanto o empregador possuem direitos resguardados pela Carta Magna.

Carvalho (2015, p. 4) concluiu ser inevitável a limitação dos direitos discutidos, pois “[...] o ponto central da problemática envolvendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais decorre do fato de que ambas as partes envolvidas são titulares de direitos constitucionalmente assegurados”.

Percebe-se que há uma colisão entre princípios constitucionais, sendo que a solução, aparentemente, não está prevista no texto legal, o que exigirá mais do processo hermenêutico. Essa técnica a ser adotada, segundo afirma Müller (2004), explica-se porque, o enunciado normativo é inconfundível com a norma jurídica. Esta decorre daquele e é o seu significado, após o processo interpretativo, proposto por Alexy (2008). Assim, a colisão desses princípios comporá o caminho para a consubstanciação da norma jurídica a ser aplicada no caso concreto.

Nesse sentido, Coura e Fonseca (2015) entendem que diante das situações nas quais é indispensável a aplicação de princípios, surge a necessidade de buscar o mais convincente argumento pautado pelo Direito e pelas circunstâncias do caso para solucionar o caso concreto. Delgado (2015), ao defender a harmonização dos direitos do empregado com os interesses do empregador leciona:

Esta racionalização e atenuação do poder empregatício, em suas diversas dimensões – diretiva, normativa, fiscalizatória e disciplinar -,

135 Tanto isso é verdade que o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal assegura que “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”.

136 Segundo a preleção do artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal “é garantido o direito de propriedade”.

não inviabiliza ou restringe o bom funcionamento da livre iniciativa, também garantido pela Constituição. Apenas torna a propriedade efetivamente subordinada à sua função social (art. 5º, XXIII, CF/88), colocando a livre iniciativa como valor social realmente ao lado – e não acima – do valor social do trabalho, como claramente quer a Constituição (art. 1º, IV, CF/88) (DELGADO, 2015, p. 757).

Com isso, é possível concluir pela aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de trabalho. Essa premissa é imprescindível para resolver o problema desta pesquisa. Antes, entretanto, cabe analisar o poder empregatício conferido ao empregador em razão do contrato de trabalho.

2 AS VERTENTES DO PODER EMPREGATÍCIO NO CONTRATO DE TRABALHO

Na visão clássica, a subordinação na relação de emprego consistia em vigilância e controle constantes do empregador, de modo que o empregado se encontrava em situação de submissão a ordens patronais precisas, e desenvolvia sua atividade sob controle contínuo, além de estar sujeito a sanções disciplinares. Esse conceito tradicional possui a ideia de heterodireção patronal. Hoje, no entanto, esse direcionamento não prevalece, pois cabe aos intérpretes do direito do trabalho estender os direitos dos trabalhadores, garantindo que a subordinação seja limitada pelos direitos fundamentais (PORTO, 2009).

A subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico, ainda que tendo como suporte e fundamento originário a assimetria social característica da moderna sociedade capitalista. A subordinação jurídica é o polo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica. Ambos resultam da natureza da relação de emprego, da qualidade que lhe é ínsita e distintiva perante as demais formas de utilização do trabalho humano que já foram hegemônicas em períodos anteriores da história da humanidade: a escravidão e a servidão (DELGADO, 2001, p. 303-304).

Segundo Garcia (2015), o poder empregatício pode ser fundamentado por quatro vertentes. A primeira, denominada teoria da instituição, defende que a empresa se confunde com o empregador, de modo que o poder hierárquico está ligado ao objetivo de continuidade da atividade empresarial. O segundo fundamento, refere-se ao poder de direção como direito potestativo, que pode ser exercido pelo empregador independentemente de concordância do empregado. Além dessas, há também corrente que se baseia no direito à propriedade, pois o empregador tem o poder de orientar a produção dos trabalhadores. Por fim, o autor destaca o entendimento de que o poder

empregatício é intrínseco ao contrato de trabalho, que torna o empregado subordinado às ordens legais do empregador.

Nessa linha, o empregado encontra-se em posição hierarquicamente inferior, pois dependente do emprego. No entanto, essa subordinação não exclui seus direitos de personalidade. O que ocorre é uma interpretação dessas garantias conjuntamente com os direitos advindos do poder empregatício conferido ao empregador.

Os artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 reproduzem os conceitos de empregador e empregado respectivamente, concedendo ao primeiro o poder diretivo e estipulando ao segundo subordinação na relação contratual. Para Vasconcelos (2015), apesar deste poder ser legalmente estabelecido, não se pode apresentar com invasivo à liberdade, honra, crença e intimidade do obreiro, elementos estes que compõem o conceito da dignidade da pessoa humana. A partir disso, surge a necessidade de estabelecer limites ao poder do empregador de modo a assegurar os direitos de personalidade do empregado no âmbito do estabelecimento empresarial.

A CLT, em seus artigos iniciais, confere ao empregador o poder intraempresarial, subdividido em quatro espécies, segundo Delgado (2015): (i) poder diretivo, (ii) regulamentar, (iii) fiscalizatório e (iv) disciplinar.

O poder fiscalizatório é o que possui maior destaque no tocante ao monitoramento eletrônico, pois decorre da vigilância exercida pelo empregador em face de seus empregados. Segundo afirma Leite (2015), ele possibilita ao empregador o direito de fiscalizar todo o trabalho do obreiro, bem como a forma de sua realização, a utilização de material e ferramentas para as práticas laborativas.

Apesar do ordenamento brasileiro não possuir limites tão claros para esse controle, a conduta fiscalizatória pode ser orientada pela Constituição de 1988 que proibiu a violação dos direitos do empregado em decorrência de sua subordinação na prestação de serviços ao empregador, sendo tal abuso considerado ilegítimo (DELGADO, 2015).

Acrescenta-se ao poder intraempresarial o direito fundamental de propriedade garantido ao empregador. Nesse passo, o patrimônio correspondente à atividade empresarial pode ser protegido pelo empregador, sendo que o controle por imagens seria uma das possíveis formas de garantir essa segurança. No entanto, argumenta Correia (2017) que o risco do empreendimento pertence exclusivamente ao empregador, não podendo ser transferido a seus empregados. Assim, essa fiscalização não pode avançar a ponto de ferir a dignidade do trabalhador.

Ora, o poder diretivo do empregador não pode perpassar os direitos fundamentais do empregado, sendo, por exemplo, limitados pela intimidade e privacidade do empregado. Esse será o tema do próximo capítulo.

3 LIMITES DA UTILIZAÇÃO DE CÂMERAS DE CAPTAÇÃO DE IMAGEM NO AMBIENTE DE TRABALHO

A temática das câmeras de captação de imagem não é regulamentada expressamente pela CLT, portanto, os casos concretos são desvendados pela jurisprudência com o apoio da doutrina, que se utilizam dos parâmetros trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Refletindo sobre o tema revistas pessoais, em sintonia com o assunto abordado, Garcia (2015) assevera que quando houver

Conflito entre o direito de propriedade (do empregador) e os direitos à intimidade e privacidade (do empregado), devem prevalecer estes últimos, pois ligados ao preceito magno de dignidade da pessoa humana, conforme a ponderação dos valores em confronto, exigida pela aplicação do princípio da proporcionalidade (GARCIA, 2015, p. 367).

Uma das características do contrato de trabalho é a assunção de riscos do negócio pelo empregador, de modo que a justificativa de que as câmeras de monitoramento possuem finalidade de proteção ao patrimônio da empresa em detrimento à privacidade e intimidade do empregado parece desrazoável.

Assim, a instalação de câmeras de monitoramento no ambiente de trabalho dos empregados demonstra uma conduta intrusiva e desproporcional quando sua finalidade é exclusivamente fiscalizar o desempenho produtivo do trabalhador.

Ademais, segundo Cassar (2014, p. 227) presume-se que tanto os empregados quanto o empregador, “[...] devem comportar-se de acordo com um padrão ético, moral, de confiança e lealdade que se espera de um homem comum”. Desnecessária, portanto, a vigilância da capacidade produtiva do trabalhador, pois afronta o princípio da boa-fé existente no contrato de trabalho e a confiança entre as partes.

Em sua obra, Barros (2009) pontua que a jurisprudência brasileira admite o controle do empregador por aparelhos audiovisuais, pois essa vigilância poderá ser futuramente utilizada para avaliar a conduta do empregado. No entanto, pondera que esse direito não se estende a todo estabelecimento, devendo sempre ser respeitados os locais íntimos por

sua natureza, como banheiros, ou ambientes de descanso como o refeitório ou sala de repouso.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho – TST julgou agravo de instrumento, no qual entendeu lícita a adoção de câmeras de vídeo instaladas em locais onde seria mais provável a ação de criminosos, como portaria, tesouraria ou o estacionamento. Na mesma decisão, exemplificou locais reservados à intimidade dos empregados, onde então, seria proibido o monitoramento eletrônico, como banheiros, cantinas, refeitórios ou salas de café. Outro ponto essencial, segundo o órgão julgador, seria o conhecimento pelo obreiro da localização dos equipamentos audiovisuais, evitando situações constrangedoras¹³⁷.

No entanto, em decisão mais recente, o mesmo órgão julgador negou o direito à indenização por danos morais, admitindo a instalação de câmeras de captação de imagens e áudio, ainda que sem a ciência do empregado, desde que essas imagens não fossem divulgadas e o monitoramento fosse realizado de forma impessoal no estabelecimento empresarial¹³⁸.

Seguindo o entendimento majoritário, o TRT do Mato Grosso editou Súmula regional n.º 20, estabelecendo que “[...] O monitoramento por câmera em vestiário/banheiro configura abuso do poder diretivo por violar a intimidade do trabalhador”¹³⁹.

A Organização Internacional do Trabalho - OIT se posicionou sobre essa temática, caracterizando a instalação de aparelho audiovisual no banheiro como “química da intrusão”¹⁴⁰. Essa expressão, para Burmann (2016), denota o fenômeno da intromissão reiterada na esfera privada do empregado pelo empregador.

O argumento de que o monitoramento por imagens seria uma alternativa à revista pessoal. No entanto, não parece a melhor solução, pois, do mesmo modo, a intimidade e a privacidade do empregado seriam violadas.

137 Tribunal Superior do Trabalho. AIRR n. 0183040-84.2003.5.05.0011. Data de Julgamento: 21/06/2006, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/08/2006.

138 Tribunal Superior do Trabalho. RR n. 169000-71.2009.5.02.0011. Data de Julgamento: 04/05/2016, Relator Ministro: Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 06/05/2016.

139 Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. IUJ n. 0000065-09.2015.5.23.0000. Suscitante: Presidente do TRT da 23ª região. Relator: Roberto Benatar. Data de Julgamento: 09/07/2015. Data de Publicação: 15/07/2015.

140 Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 1024200802403005. Relator Alice Monteiro de Barros, 7.ª Turma. Belo Horizonte, 23/06/2009.

Aqui, vale ressaltar que, apesar da legitimidade das câmeras de monitoramento em algumas hipóteses, é inadmissível a utilização dessas imagens com a finalidade de violar aspectos íntimos do empregado, como sua divulgação ou publicação.

Considerando o princípio da proporcionalidade, o empregador deve analisar também se existem outras formas menos invasivas, como exemplo, a combinação de câmeras de monitoramento na fachada externa e introdução de alarmes internamente. Dependendo da atividade, há ainda a possibilidade de vigilância por controle de estoque e entrada e saída de produtos, bem como a instalação de meios magnéticos de detecção de furtos (NUNES, 2011).

Assim, podem ser traçados alguns limites que devem ser verificados quando da instalação das câmeras no ambiente de trabalho em uma tentativa de ajustar o direito de propriedade do empregador e o poder empregatício e a dignidade dos trabalhadores e a máxima eficácia dos direitos fundamentais em um mundo cada vez mais globalizado¹⁴¹.

Inicialmente, o empregado deve saber da existência e da localização dos mecanismos eletrônicos, sempre observando se a vigilância é feita de forma genérica, pois, o fato de a empresa vigiar determinado empregado ou setor, sem justificativa, pode configurar discriminação. Nesse sentido, dispõe Mallet (2009) que será ônus do empregador demonstrar ter dado ciência ao empregado.

Outro fator essencial é a utilização do instrumento de captação de imagem somente quando inexistir outro meio menos gravoso. Assim, a depender do caso concreto, bastará a instalação de portas com grades, sistema de alarme ou vigilância pessoal. A instalação da câmera de captação de imagem, de acordo com a situação vivenciada, poderá encontrar-se como última opção, por ser mais invasiva.

Quanto aos seus objetivos, a instalação de câmeras de captação de imagem deve se abster vigiar a produtividade ou o comportamento do empregado, pois causaria enorme pressão sobre ele e ultrapassaria os limites do poder diretivo do empregador.

Em alguns lugares, como banheiros, vestiários e locais de alimentação, haveria uma vedação absoluta quanto à instalação de câmeras de captação de imagens, por, indubitavelmente, afrontarem a intimidade dos trabalhadores. Contudo o TST entendeu que se a instalação de câmeras em vestiários foi demanda dos trabalhadores por meio de

¹⁴¹ Para Antunes e Alves (2004), dada a transnacionalização do capital e do sistema produtivo, o mundo do labor é cada vez mais transnacional.

negociação coletiva, a empresa não pode ser responsabilizada no caso de uma reclamação individual de invasão de privacidade¹⁴².

Para Nunes (2011), nem mesmo a atuação dos sindicatos, representantes dos trabalhadores, pode garantir ao empregador este direito de vigilância, pois o direito à intimidade e à privacidade são indisponíveis. Nesse sentido, acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho autorizando a instalação de câmeras de monitoramento fora desses parâmetros serão considerados inconstitucionais-ilegais.

No entanto, apesar dos diversos impedimentos, parece razoável a instalação de câmeras de monitoramento em locais de acesso público, garantindo ao empregador o direito de proteção de seu patrimônio.

Ademais, o empregador pode ter direito a adotar câmeras de vigilância, mormente quando a atividade exercida pelo empregado ofereça risco à sociedade, como por exemplo, na indústria farmacêutica ou manipulação de produtos radioativos.

Dessa forma, o empregador na condição de fiscalizador da atividade produtiva, deve-se atentar a esses limites e adequar seu poder diretivo aos direitos dos trabalhadores, sob pena de afronta a direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa analisou a aplicação do direito à privacidade e à intimidade do empregado no ambiente de trabalho, principalmente a partir da instalação de câmeras de captação de imagem como expressão do poder diretivo do empregador.

O primeiro capítulo concluiu pela aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de trabalho e estabeleceu garantias ao empregador e ao empregado com o fim de preservar seus direitos.

O segundo capítulo explicou o poder diretivo conferido ao empregador na relação de trabalho, com ênfase no poder fiscalizatório. Ademais, negou o caráter absoluto subordinação jurídica do empregado decorrente do contrato de trabalho e relacionou o direito de propriedade do empregador com o risco do negócio.

¹⁴² Tribunal Superior do Trabalho. RR n. 8-24.2016.5.12.0012. Data de Julgamento: 31/05/2017, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DJ 02/06/2017.

O terceiro capítulo analisou os limites da instalação das câmeras de captação de imagem no ambiente de trabalho ao passo que ressaltou a indisponibilidade dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Com isso, pode-se perceber que houve o privilégio a subsidiariedade do monitoramento por meio eletrônico e rejeição a fiscalização como forma de controle da produtividade do empregado. Por outro lado, analisou hipóteses em que as câmeras de monitoramento seriam admitidas.

A partir dessa breve análise, a pesquisa concluiu que o direito do trabalho tenta cumprir a missão social de limitar os inconvenientes resultantes da dependência jurídica do obreiro em relação ao seu empregador, configurada pelo evidente exercício do poder de mando a este direcionado.

Não obstante o vácuo legislativo na regulamentação das câmeras de monitoramento no ambiente do trabalho, os casos concretos surgem e o Juiz, diante dessa situação, tem o dever de decidir. O empregador, no exercício de seu poder de fiscalização, sempre deverá respeitar a dignidade humana do trabalhador e seus direitos fundamentais, sendo esses os limites do poder empregatício.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. **Revista Educação & Sociedade**. Campinas, v. 25, n. 87, mai./ago., 2004, p. 335-351.

AVANCI, Thiago Felipe. Uma tônica nos Direitos Fundamentais: acesso internacionalizado de um Direito Fundamental. **Revista Opinión Jurídica**. Medellín, v. 12, n. 24, jul./dez., 2013, p. 69-85.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 9 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201819/RJ. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 11.10.2005. Segunda Turma. Publicação: DJ 27-

10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821.
Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=direito+e+funda+mental+e+particulares+e+horizontal&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 9 dez. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. IUJ n. 0000065-09.2015.5.23.0000. Suscitante: Presidente do TRT da 23ª região. Relator: Roberto Benatar. Data de Julgamento: 09/07/2015. Data de Publicação: 15/07/2015. Disponível em: <<http://portal.trt23.jus.br/portal/sites/portal/files/groups/stp/sumulas/TRT-IUJ-0000065-09.2015.5.23.0000.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 1024200802403005. Relator Alice Monteiro de Barros, 7ª Turma. Belo Horizonte, 23/06/2009. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Acesso em 9 nov. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR n. 0183040-84.2003.5.05.0011. Data de Julgamento: 21/06/2006, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/08/2006. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 9 nov. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR n. 169000-71.2009.5.02.0011. Data de Julgamento: 04/05/2016, Relator Ministro: Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 06/05/2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160510-05.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR n. 8-24.2016.5.12.0012. Data de Julgamento: 31/05/2017, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DJ 02/06/2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

BURMANN, Marcia Sanz. **A concretização da privacidade do empregado no ambiente de trabalho**. 2011. Dissertação - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Patricia Oliveira Cipriano de. Direitos da personalidade na relação de trabalho: meios eletrônicos no ambiente de trabalho – monitoramento de e-mails e instrumentos

visuais no ambiente de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 165, set/out., 2015, p. 35-61.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

CORREIA, Henrique. **Direito do trabalho**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Ministério Público brasileiro: entre unidade e independência**. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALLET, Estevão. Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, v. 04, jan/dez., 2009, p. 199-226.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

NUNES, Rosana Marques. **A revista íntima como cláusula restritiva de direitos fundamentais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTr, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O progresso tecnológico e a tutela jurídica da privacidade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, v. 09, n. 16, jan/jul., 2000, p. 06-39.

VASCONCELOS, Yumara Lúcia. Assédio moral nos ambientes corporativos. **Cadernos FGV Ebape**. Rio de Janeiro, v. 13, n. 04, out./dez., 2015, p. 821-851.

AS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE SINDICAL E DA AUTONOMIA COLETIVA

ALINE SOARES ARCANJO:

Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS – Porto Alegre/RS) ¹⁴³

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é empreender uma análise acerca de como os desdobramentos materiais dos princípios da liberdade sindical e da autonomia coletiva podem fortalecer as organizações coletivas de trabalhadores e colocar as negociações coletivas como instrumentos de efetiva promoção do trabalho decente e da melhoria das condições sociais no Brasil contemporâneo. Para tanto, inicialmente serão observadas as configurações contemporâneas da esfera do trabalho, suas recentes transformações, o caso específico brasileiro e de que maneira as organizações sindicais de trabalhadores e as negociações coletivas se inserem no fenômeno da precarização laboral. Em seguida, será estudado o poder da negociação coletiva frente às inéditas e dinâmicas configurações da esfera do trabalho. Por fim, serão abordadas as formas de concretização dos princípios da liberdade sindical e da autonomia coletiva e as suas possibilidades frente aos objetivos de fortalecimento das organizações coletivas laborais e, conseqüentemente, de elaboração de negociações coletivas concretamente capazes de promover o trabalho decente e a melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

ABSTRACT: The objective of this study is to undertake an analysis on how the material consequences of the principles of associational freedom and collective autonomy can strengthen collective organizations of workers and allow collective bargaining as a means of effectively promoting decent labor and improving social conditions in contemporary Brazil. In order to do so, the current configurations of the labor market, its recent transformations and the specifics of the Brazilian scenario will be observed, as well as the way collective labor unions and collective bargaining can take place within the phenomenon of precarization (flexibilization/casualization) of labor. Further on, the power of collective bargaining in the face of unprecedented and dynamic configurations of the labor market will be studied. Finally, the possibilities of application of the principles of associational freedom and collective autonomy are discussed, and its possibilities of

¹⁴³ Contato: aarcanjo@trt4.jus.br

strengthening the labor collectives and, thus, the development of collective bargaining truly able to promote decent work and improve the social conditions of workers.

Palavras-chave: organizações sindicais; negociação coletiva; liberdade sindical; autonomia coletiva

SUMÁRIO: Introdução; 1. As configurações contemporâneas da esfera do trabalho; 1.1. A esfera do trabalho e suas recentes transformações; 1.2. O caso específico brasileiro; 1.3. As organizações coletivas de trabalhadores e as negociações coletivas no fenômeno da precarização do trabalho; 2. A negociação coletiva e os princípios da liberdade sindical e da autonomia coletiva; 2.1. O poder de negociação coletiva frente às inéditas e dinâmicas configurações da esfera do trabalho; 2.2. A liberdade sindical; 2.3 A autonomia coletiva; Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O conceito de trabalho é extremamente amplo, significando qualquer processo de interferência material ou intelectual sobre determinado objeto (real ou ideal). Ou seja, remonta aos primórdios da humanidade, sob as mais diversas formas, dentre elas a escravidão e a servidão, por exemplo. Quanto ao trabalho livre, possui múltiplas e distintas valências. Numa acepção moral e filosófica, é encarado sob o prisma da realização espiritual e da promoção humana¹⁴⁴. Marx, por exemplo, sustenta que o que diferencia o homem dos outros animais, humanizando-o, é o seu trabalho. É no trabalho que o ser humano manifesta a sua liberdade¹⁴⁵. Contemporaneamente, Axel Honneth¹⁴⁶ coloca que “a premissa decisiva de uma vida boa dos seres humanos é a possibilidade de experimentar de forma livre e natural a realização do trabalho como autorrealização”¹⁴⁷.

144 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho: Parte I – Dogmática Geral*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 17.

145 “A atividade consciente livre é o caráter genérico do homem (...). O homem torna a sua própria atividade vital objeto do seu querer e da sua consciência. Tem atividade vital consciente. Não é uma determinidade com a qual ele se confunde imediatamente. A atividade vital consciente diferencia imediatamente o homem da atividade vital animal. (...) Só por isso a sua atividade é atividade livre (MARX, Karl. *Manuscritos Econômicos-Filosóficos de 1844*. In NETTO, José Paulo (Org). *O leitor de Marx*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 100).

146 Atual representante da Escola de Frankfurt, vinculada à tradição intelectual da Teoria Crítica, das quais Max Horkheimer, Theodor Adorno e Jürgen Habermas são alguns dos expoentes.

147 HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio*. Madrid: Trotta, 2011, p. 89.

Pondera, também, que o mercado não é um espaço neutro, de interesses autorregulados, mas sim uma dimensão da vida social que tem elementos morais internos¹⁴⁸.

Numa perspectiva sociológica, o trabalho é visto como fonte de relações sociais¹⁴⁹. Em Hegel, há a afirmação de que o trabalho é uma forma de se obter reconhecimento: no universo das relações de troca, mediado pelo mercado, os sujeitos se reconhecem reciprocamente como seres privados e autônomos, que estão ativos uns para os outros, mantendo suas vidas por meio de suas contribuições sociais no trabalho¹⁵⁰. A atividade laboral do indivíduo se transforma em uma espécie de atividade social, a qual não mais servirá concretamente às suas próprias carências apenas, mas abstratamente às carências alheias¹⁵¹. O incentivo que faz o sujeito empenhar os seus próprios meios de trabalho em favor da sociedade é o pressuposto de que haverá uma contrapartida correspondente¹⁵². O foco é no trabalho como relação com o outro, e não apenas como relação com a natureza¹⁵³. Em sentido semelhante, Durkheim¹⁵⁴ observa que a solidariedade entre os membros da sociedade não deve ser buscada na tradição moral ou

148 HONNETH, Axel. Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. Porto Alegre, v.8, n.1, pp. 46-67, jan/abr.2008.

149 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho: Parte I – Dogmática Geral*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 17.

150 HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 167-185.

151 “§ 192 – As carências e os meios tornam-se, como existência real, um ser para outrem, e, pelas carências e pelo trabalho desse outrem, a satisfação é reciprocamente condicionada. A abstração, que veio a ser uma característica das carências e dos meios, vem também a ser uma determinação das relações recíprocas dos indivíduos. A universalidade, que é aqui o reconhecimento de uns pelos outros, reside naquele momento em que o universal faz das carências, dos meios e dos modos de satisfação, em seu isolamento em sua abstração, algo de concreto enquanto social” (HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175).

152 Axel Honneth interpreta Hegel afirmando que este tinha convicção de que pertenceria aos próprios postulados morais da organização capitalista que as realizações dos sujeitos não fossem apenas remuneradas com salário capaz de assegurar sua subsistência, mas que se mantivessem mecanismos eficientes que permitissem ao indivíduo ser reconhecido em suas habilidades dirigidas ao bem geral (HONNETH, Axel. Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. Porto Alegre, v.8, n.1, pp. 46-67, jan/abr.2008).

153 HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 178-179.

154 Josué Pereira da Silva sinala que Durkheim surgiu como uma alternativa às posições dos liberais e dos socialistas extremados, servindo a sua teoria de base para o pacto social que vigeu até a atual crise do capitalismo (SILVA, Josué Pereira da. *Trabalho, Cidadania e Reconhecimento*. 1. ed. São Paulo: Annablume, 2008. p. 86).

religiosa, mas na própria realidade econômica: com a divisão do trabalho mediada pelo mercado, cada membro da sociedade desenvolve uma solidariedade “orgânica” na medida em que, reconhecendo reciprocamente as contribuições dos demais para o bem-estar geral, todos se sabem interdependentes¹⁵⁵. Sinala que, tomando consciência de seu estado de dependência para com a sociedade, o homem supera o seu egoísmo¹⁵⁶.

Sob a ótica econômica, cabe mencionar inicialmente os autores clássicos. John Locke, por exemplo, encara o trabalho como fonte legitimadora da propriedade¹⁵⁷. Adam Smith, por sua vez, coloca o trabalho, juntamente com o “produto anual da terra”, como a “riqueza de uma nação”. Toma o trabalho como origem de valor, concebendo a renda e o lucro como deduções do valor que o trabalho acrescenta às matérias-primas¹⁵⁸. Thomas Malthus, a seu turno, adjetiva o trabalho como a “melhor aproximação do valor real de

155 DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 105-109.

156 DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 423.

157 “Ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela. Podemos dizer que o trabalho do seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens. Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou. (...) A superfície da terra que um homem trabalha, planta, melhora, cultiva e da qual pode utilizar os produtos, pode ser considerada sua propriedade. Por meio do seu trabalho, ele a limita e a separa do bem comum” (LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, pp. 98 e 100-101).

158 “No momento em que a terra se torna propriedade privada, o dono da terra exige uma parte de quase toda a produção que o trabalhador pode cultivar ou colher da terra. Sua renda é a primeira dedução do produto do trabalho empregado na terra. Raramente a pessoa que cultiva a terra tem recursos para manter-se até o momento da colheita. Sua manutenção geralmente é adiantada do capital de um patrão, ou seja, do arrendatário que lhe dá emprego – o qual, aliás, não teria interesse em empregá-la a menos que pudesse ter parte do produto do seu trabalho, ou a menos que seu capital tivesse de lhe ser restituído com lucro. Esse lucro representa uma segunda dedução do produto do trabalho empregado na terra. O produto de quase todos os trabalhos está sujeito à mesma dedução do lucro. (...) O patrão partilha do produto do trabalho dos empregados, ou seja, do valor que o trabalho acrescenta aos materiais trabalhados pelo empregado; é nessa participação que consiste o lucro do patrão. Às vezes, ocorre realmente que um trabalhador independente tenha capital suficiente tanto para comprar os materiais para o seu trabalho, como para manter-se até completá-lo. Nesse caso, ele é ao mesmo tempo patrão e operário, desfrutando sozinho do produto integral do seu trabalho, ou seja, do valor integral que o seu trabalho acrescenta aos materiais por ele processados” (SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Volume I. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 63).

troca”¹⁵⁹. Em sentido semelhante é a narrativa de David Ricardo, ao observar que o valor de um bem depende da quantidade de trabalho necessária para produzi-lo¹⁶⁰. Marx vai ainda mais além ao dizer que o valor de uma mercadoria *corresponde* à quantidade de trabalho social nela cristalizado¹⁶¹.

Ditos pensadores convergem, também, ao apontar o conflito de classes inerente às relações de trabalho assalariado. Adam Smith já identificava o conflito que opunha os trabalhadores e os detentores dos meios de produção como característico de sua

¹⁵⁹ “Quando consideramos o trabalho como medida de valor no sentido mais frequentemente usado por Adam Smith, isto é, quando o valor de um objeto é estimado pela quantidade de trabalho de determinado tipo (um dia de trabalho comum, por exemplo) que ele pode obter, esse trabalho se nos afigura, sem nenhuma dúvida, como a melhor de todas as mercadorias, unindo, com aproximação maior que qualquer outra, as características de medida real e nominal do valor de troca” (MALTHUS, Thomas Robert. *Princípios de economia política e considerações sobre sua aplicação prática*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 72).

¹⁶⁰ “De longe, a maior parte dos bens procurados são obtidos por meio de trabalho e podem ser multiplicados quase ilimitadamente não só num país mas em muitos, se estivermos dispostos a utilizar o trabalho necessário para os obter. Por isso, ao escrever sobre os bens, o seu valor de troca e as leis que regulam os seus preços relativos, referimo-nos sempre aos bens cuja quantidade pode ser aumentada pela actividade humana e em cuja produção a concorrência actua sem restrições” (RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e de Tributação*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 32).

¹⁶¹ “Chegamos, portanto, a esta conclusão. Uma mercadoria tem *um valor* por ser uma *cristalização de um trabalho social*. A *grandeza* de seu valor, ou seu valor *relativo*, depende da maior ou menor quantidade dessa substância social que ela encerra, quer dizer, da quantidade relativa de trabalho necessário à sua produção. Portanto, os *valores relativos das mercadorias* se determinam pelas *correspondentes quantidades ou somas de trabalho invertidas, realizadas, plasmadas nelas*. As quantidades *correspondentes* de mercadorias que foram produzidas no *mesmo tempo de trabalho são iguais*. Ou, dito de outro modo, o valor de uma mercadoria está para o valor de outra assim como a quantidade de trabalho plasmada numa está para a quantidade de trabalho plasmada na outra” (MARX, Karl. *Salário, preço e lucro*. In NETTO, José Paulo (Org). *O leitor de Marx*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 279).

época¹⁶². Thomas Malthus¹⁶³ e David Ricardo¹⁶⁴ também chamam a atenção para o conflito entre salário e lucro e para a divergência entre os interesses dos trabalhadores e dos donos das terras e capitalistas. Karl Marx sustenta que a história das sociedades havia sido, até então, a história das lutas de classes¹⁶⁵. Defende, contudo, que o conflito entre trabalhadores assalariados e burgueses não é um dado imutável e perene, mas um momento, algo a ser superado, partindo-se, então, para um novo estágio de desenvolvimento da sociedade, no qual não mais existiriam classes, tampouco trabalho assalariado¹⁶⁶.

162 "Os trabalhadores desejam ganhar o máximo possível, os patrões pagar o mínimo possível. Os primeiros procuraram associar-se entre si para levantar os salários do trabalho, os patrões fazem o mesmo para baixá-los. Não é difícil prever qual das duas partes, normalmente, leva vantagem na disputa e no poder de forçar a outra a concordar com as suas próprias cláusulas" (SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Volume I. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 63).

163 "Acontece muito raramente que cai o preço nominal do trabalho geral, mas bem sabemos que ele frequentemente permanece o mesmo, enquanto o preço nominal das provisões vai gradativamente aumentando. Essa é, com efeito, uma queda real do preço do trabalho, e durante esse período a situação das classes mais baixas da comunidade deve gradualmente piorar cada vez mais. Mas os agricultores e os capitalistas se tornam mais ricos por causa do aviltamento real do trabalho. Seus capitais aumentados os tornam capazes de empregar o maior número de pessoas. Por esse motivo o trabalho poderia ser abundante e o seu preço, conseqüentemente, se elevaria. Mas a falta de liberdade no mercado de trabalho, o que ocorre mais ou menos em todas as comunidades, seja por causa das leis dos pobres, seja pela causa mais geral – a facilidade de associação entre os ricos e a sua dificuldade entre os pobres – atua de modo a impedir a elevação do preço do trabalho no período normal e o mantém baixo por um tempo mais longo – talvez até por um ano de escassez, quando os protestos são bastante fortes e a necessidade por demais acentuada para ser suportada" (MALTHUS, Thomas Robert. *Ensaio sobre a população*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, pp. 253-254).

164 "O facto de o trabalhador necessitar de pagar um preço mais elevado por esses bens de primeira necessidade obriga-lo-ia a exigir salários mais elevados; e tudo o que aumenta os salários necessariamente reduz os lucros" (RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e de Tributação*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 131).

165 "Homem livre e escravo, patricio e plebeu, senhor feudal e servo, mestre de corporação e companheiro, em suma, opressores e oprimidos, estiveram em constante antagonismo entre si, travando luta ininterrupta, umas vezes oculta, outras aberta – uma guerra que sempre terminou com uma transformação revolucionária de toda a sociedade ou com a destruição das classes em luta (MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. In NETTO, José Paulo (Org). *O leitor de Marx*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, pp. 185-186).

166 A missão histórica do proletariado seria, justamente, a abolição de todas as classes, rumo ao comunismo: "O desenvolvimento histórico peculiar da sociedade alemã impossibilitava qualquer contribuição original para a economia burguesa, embora não impedisse a sua crítica. E se esta crítica representava a voz de uma classe, só pode ser da classe cuja missão histórica é derrubar o modo de produção capitalista e abolir, finalmente, todas as classes: o proletariado" (MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. Volume I. In NETTO, José Paulo (Org). *O leitor de Marx*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 316).

Pode-se dizer, ainda, que o trabalho é economicamente compreendido tanto como "ato", quanto como "fato". Enquanto "fato econômico", figura como conteúdo da norma de todos os institutos de Direito Econômico. Conforme as lições de Washington Peluso Albino de Souza,

na Produção, o trabalho entra na formação do custo, figurando ao mesmo tempo como o primeiro indicador do preço, que se concretiza na Circulação, passando a receber avaliação na Repartição pelo ganho (salário), para encerrar o ciclo no Consumo, a partir da relação entre as necessidades a serem satisfeitas e os recursos para fazê-lo, definindo a qualidade de vida¹⁶⁷.

Enquanto "ato econômico", o trabalho "está ligado à ideia de ação e, portanto, à de um agente, ou sujeito. Este pode figurar como "ativo" ou "passivo" na prática da política econômica e na respectiva ação jurídica"¹⁶⁸.

Ingressando especificamente no tema do presente estudo, tem-se que a política econômica referente às etapas produtivas acima citadas corporifica-se em instrumentos jurídicos que antecedem e, por vezes, até se sobrepõem ao contrato de trabalho. Alguns desses instrumentos, por sua relevância, são dotados de hierarquia constitucional¹⁶⁹. As negociações coletivas certamente são um desses instrumentos jurídicos pelos quais se corporifica a política econômica, sendo reconhecidas constitucionalmente. No que tange às associações coletivas de trabalhadores, se destacam como sujeitos econômicos – tanto passivos (enquanto destinatários da política econômica), como ativos (enquanto agentes de política econômica).

Particularmente no que respeita à Constituição de 1988, foi a Carta brasileira que mais insistiu na significação do trabalho, o que permite identificar melhor o sentido da política econômica a seu respeito¹⁷⁰. O valor social do trabalho humano, ao lado da livre iniciativa, é um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso IV). Nesse sentido, o art. 170 deixa explícito que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os

167 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, n. 54, pp. 121-133, julho/1994-junho/1995.

168 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, n. 54, pp. 121-133, julho/1994-junho/1995.

169 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, n. 54, pp. 121-133, julho/1994-junho/1995.

170 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, n. 54, pp. 121-133, julho/1994-junho/1995.

ditames da justiça social¹⁷¹. Constituir uma sociedade livre justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos são objetivos da República (art. 3º e incisos). O livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, bem como a plena liberdade de associação para fins lícitos são colocados como direitos e garantias fundamentais (art. 5º, incisos XIII e XVII). No art. 6º, o trabalho é alçado à categoria de direito social. No art. 7º, são definidos diversos direitos dos trabalhadores, dentre eles o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho (inciso XXVI). O art. 8º assegura a liberdade de associação profissional ou sindical, embora com certas restrições constantes do próprio texto constitucional (incisos II e IV).

É nesse último ponto que se concentra mais especificamente o estudo que segue. O objetivo é empreender uma análise de como os desdobramentos materiais – ou seja, as concretizações, os efeitos práticos – dos princípios da liberdade sindical e da autonomia coletiva podem fortalecer as organizações coletivas de trabalhadores e colocar as negociações coletivas como instrumentos de efetiva promoção do trabalho decente¹⁷² e da melhoria das condições sociais do trabalhador no Brasil contemporâneo.

1. AS CONFIGURAÇÕES CONTEMPORÂNEAS DA ESFERA DO TRABALHO

1.1 A ESFERA DO TRABALHO E SUAS RECENTES TRANSFORMAÇÕES

Com a consolidação do modo de produção capitalista, o trabalho tornou-se o organizador principal das relações sociais, através do qual os indivíduos adquirem existência e identidade social por meio de uma profissão. A sociedade industrial erigida a partir do século XVIII definiu-se como uma sociedade de trabalhadores. Houve uma ruptura com a concepção de vida plena relacionada à guerra, à honra aristocrática e à vida contemplativa. As pessoas comuns foram tomadas pela ideia de que uma vida boa teria como referencial o engajamento em atividades que contribuíssem para a própria vida – privada e social. Nesse contexto,

o trabalho adquire o seu sentido moderno: a instância, por excelência, onde cada sujeito encontra uma via de realização na

¹⁷¹ “Valorização do trabalho humano e reconhecimento do valor social do trabalho consubstanciam cláusulas principiológicas que (...) portam em si evidentes potencialidades transformadoras. Em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam a prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 199).

¹⁷² Para a OIT, trabalho decente é aquele adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, livre de quaisquer formas de discriminação e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu próprio trabalho.

medida em que coopera na reprodução e na consecução desse padrão de vida boa. Com a passagem da noção de honra para a noção de “realização”, a reprodução vital da sociedade passa a estar ligada não mais a um conjunto restrito de atividades atribuídas a uma pequena elite, mas sim a todo o leque de realizações inscritas na própria vida cotidiana¹⁷³.

Desde a sua generalização a partir da Revolução Industrial, porém, o vínculo de trabalho subordinado foi um desafio à dogmática jurídica, na medida em que os seus elementos mais característicos (dificuldade de separar a atividade prestada da pessoa do prestador e posição desigual das partes na relação, esta última evidenciada na dependência do trabalhador e nos amplos poderes do empregador) pareciam incompatíveis com os valores de liberdade e de igualdade entre todos os cidadãos, pilares axiológicos do Direito Privado moderno. A proeza jurídica de conciliar formalmente essa configuração não paritária do vínculo laboral com os princípios da liberdade e da igualdade foi conseguida aproveitando a figura romana da *locatio conductio operarum*¹⁷⁴, o que possibilitou o enquadramento do fenômeno do trabalho industrial como negócio jurídico e alterou a forma de ver o objeto do vínculo, facilitando a justificação da dependência do trabalhador e dos poderes do empregador. Dita qualificação negocial permitia conceber a relação de trabalho como um vínculo entre sujeitos iguais que perseguem livremente os seus interesses privados por meio de um acordo. São destacadas a origem voluntária da vinculação do trabalhador e a sua liberdade de desvinculação, o que tem um significado ético importante considerando que a origem histórica do trabalho subordinado é o trabalho servil¹⁷⁵.

Com base nesses pressupostos, o vínculo de trabalho é entendido como um vínculo de escambo entre duas prestações de valor patrimonial equivalente (trabalho e retribuição), encontrando um lugar natural no universo dos contratos civis, como

173 MACIEL, Fabrício. TORRES, Roberto. *Trabalho, reconhecimento e democracia: aplicando teorias de vanguarda ao contexto periférico*. In: SOUZA, Jessé. MATTOS, Patrícia (Org.). *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007, pp. 198-199.

174 A figura romana na *locatio conductio* apresentava uma estrutura tripartida: *locatio conductio rei* (equivalente ao atual contrato de locação, tendo por objeto uma coisa corpórea), *locatio conductio operis faciendo* (antecedente do atual contrato de empreitada, cujo objeto é a realização de uma obra mediante pagamento de um preço) e *locatio conductio operarum* (cuja especificidade está na natureza do bem locado – atividade ou serviço).

175 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de Direito do Trabalho*. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 125-128.

modalidade do contrato de locação ou de prestação de serviços¹⁷⁶. Imperando a noção de que a sociedade era formada por sujeitos juridicamente livres e iguais (igualdade formal), não havia espaço para reconhecimento da desigualdade material de classes. Havia ampla liberdade negocial e o Estado limitava-se a assegurar a constituição e o cumprimento dos contratos, bem como a reprimir qualquer conflito que ameaçasse a paz social¹⁷⁷.

Foi apenas entre o fim do século XIX e o início do século XX que se delinearão as condições sociais, políticas e econômicas necessárias ao nascimento e à consolidação do Direito do Trabalho, tais como: a) o desenvolvimento dos modos de produção taylorista¹⁷⁸ e fordista¹⁷⁹, baseados na fragmentação e na especialização das tarefas, com um incremento inédito da produtividade; b) a incorporação de cada vez mais trabalhadores ao processo produtivo, normalmente exercendo suas atividades em contextos precários de lesão permanente à sua dignidade; c) a organização do movimento sindical em busca de melhores condições de vida e de trabalho; d) o surgimento de partidos políticos simpatizantes às reivindicações dos trabalhadores, os quais, com o alargamento do sufrágio universal, passaram a se fazer representar¹⁸⁰.

Com a agudização da chamada “questão social” e as péssimas condições de vida dos operários, o Estado foi forçado reestruturar a sua mentalidade jurídica, reconhecendo a desigualdade de classes e abandonando progressivamente a sua postura de abstenção legislativa, passando a intervir mais ativamente na proteção dos trabalhadores, inclusive

176 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de Direito do Trabalho*. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2003, p. 130.

177 DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 21.

178 Sistema de produção baseado na otimização da exploração do trabalho, com foco na redução do tempo livre do trabalhador no decorrer da jornada. Intensificação da verticalização da estrutura empresarial (com hierarquização completa desse corpo social), da vigilância do trabalhador e da cisão entre o trabalho manual e o intelectual. Taylor utilizava um cronômetro para marcar o menor tempo necessário para a realização de uma tarefa e o colocava como meta aos trabalhadores.

179 Acoplamento da racionalização da produção taylorista à mecanização. Sistema produtivo em massa que se estruturava a partir de uma produção mais homogeneizada e enormemente verticalizada, baseada na rígida divisão do trabalho, que era repetitivo, especializado, intensificado e extensivo. Traz um novo conceito à exploração do trabalho humano: em vez de o trabalhador ir às ferramentas, estas vêm ao trabalhador, reduzindo o tempo gasto entre uma tarefa e outra.

180 DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, pp. 21-22.

com a positivação de direitos sociais¹⁸¹. É de se destacar, aliás, que o Direito do Trabalho é um ramo jurídico tipicamente capitalista, cuja lógica protetiva foi decorrência do contexto socioeconômico de dado momento histórico, constituindo-se como fator essencial ao desenvolvimento do próprio capitalismo¹⁸². O contrato de trabalho e a sua regulação pelo Estado são formas de legitimação da condição de subordinação do trabalhador.

Naquele cenário, podia-se visualizar um grande pacto entre o capital (que cedia às reivindicações da classe operária por melhor distribuição de riqueza, em forma de condições de trabalho mais adequadas), os trabalhadores (que renunciavam a parte de suas reivindicações consideradas perturbadoras do sistema capitalista, integrando-se a ele de forma mais estável) e o Estado¹⁸³ (que assumia o papel de gerenciador do pacto social, com participação ativa visando ao crescimento econômico, à complementação da renda social e ao pleno emprego). É o que se pode chamar de “capitalismo organizado”¹⁸⁴, conforme termo empregado por Claus Offe.

181 A necessidade dessas medidas de proteção ao trabalhador revelou tanto a incongruência e o simplismo do enquadramento do vínculo laboral em moldes puramente obrigacionais e patrimoniais, como o caráter ilusório e os efeitos perversos da aplicação dos axiomas da igualdade e da liberdade a sujeitos com poder econômico totalmente díspar (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de Direito do Trabalho*. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 130-131).

182 DORNELES, Leandro do Amaral D. de. O direito do trabalho na sociedade pós-industrial: da regulação do “mercado” de trabalho à instrumentalização do trabalho digno. *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, n. 293, pp. 57-81, maio/2008

183 Nesse sentido, é pertinente a observação de Eros Roberto Grau: “A própria Constituição do modo de produção capitalista dependeu da ação estatal. Em outros termos, não existiria o capitalismo sem que o Estado cumprisse a sua parte, desenvolvendo vigorosa atividade econômica, no campo dos serviços públicos (...) A ampliação do Estado-aparato e do Estado-ordenamento germina nesse clima, no qual se reafirma a vocação do direito para a defesa da propriedade (...) Manifesta-se então um certo capitalismo assistencial, que sobrevive graças à crescente transferência de custos das empresas ao conjunto da coletividade – isto é, à classe trabalhadora – e através da inversão financeira massiva em títulos públicos de crédito. Os custos empresariais, assim, são “bancados” pelo Estado e, nos mais desenvolvidos, o imperialismo os exporta aos de capitalismo mais frágil. Esse movimento cede nos últimos anos do século XX, em decorrência da crise fiscal dos Estados, mas tudo indica que, em movimento pendular, tende a recrudescer. Cumpre enfatizar, de toda sorte, a circunstância de que, embora o capitalismo reclame a estatização da economia, o faz tendo em vista a sua própria integração e renovação (modernização). Essa estatização jamais configurou qualquer passo no sentido de socialização/coletivização; pelo contrário, o Estado, no exercício de função de acumulação, sempre se voltou à promoção da renovação do capitalismo” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 26-29).

184 OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política*. São Paulo: Brasiliense, 1989).

Dita estrutura, porém, passou a dar sinais de saturação já em meados dos anos 1960, o que se intensificou a partir da crise globalmente instaurada a partir da década de 1970. O momento era de queda da taxa de lucro, de esgotamento do modo de produção taylorista/fordista, de aumento do desemprego, de hiperdimensionamento do capital financeiro, de um número muito significativo de trabalhadores na dependência do Estado, de repúdio ao trabalho massificado e alienante das fábricas (somado às exigências democráticas e libertárias do final dos anos 1960 – revoltas operárias e estudantis), de aumento das privatizações, de alta inflacionária, de crise do petróleo¹⁸⁵. O padrão de desenvolvimento industrial típico do modo de produção taylorista/fordista ingressava em um quadro de crise estrutural¹⁸⁶. O Estado intervencionista e regulador dos planos sociais e econômico¹⁸⁷ agora era estigmatizado como ineficaz e incapaz de lidar com os novos desafios.

Em resposta à própria crise, bem como em face do advento de novas tecnologias e da globalização, o capitalismo necessitou se reformular e criar mecanismos de reconstrução¹⁸⁸. Quanto a isso, deve-se ter em mente que o fenômeno de desenvolvimento e de manutenção do capitalismo é cíclico, dinâmico, alternando períodos de expansão e de retração. Trata-se de um processo inerentemente evolutivo e transformador, que tem como característica ser autofágico – se alimenta de suas próprias crises para se reconstruir e sobreviver. É o que Joseph Schumpeter chamava de “destruição criadora”¹⁸⁹.

185 1979 – Segundo “Choque do Petróleo”, com a paralisação da produção iraniana após a “revolução islâmica” de Khomeini.

186 NASCIMENTO, Yuri Pinheiro do. *A crise da sociedade salarial e a proteção social dos trabalhadores: a propriedade social como condição de cidadania*. In: HORN, Carlos Henrique. COTANDA, Fernando Coutinho (Org.). *Relações de trabalho no mundo contemporâneo: ensaios multidisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011, pp. 78-80.

187 “A fórmula geral do Estado Social é no sentido de que uma democracia somente funciona quando seja assegurada a igualdade de oportunidades a quantos estejam envolvidos no processo econômico” (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Economia Política para o Curso de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012, p. 190).

188 MELLO. Régis Trindade de. CAMARGO, Luís Henrique Kohl. *O desenvolvimento autofágico do capitalismo como obstáculo à realização do direito do trabalho: uma análise da exploração do trabalho imaterial*. In: KÜLZER, José Carlos, et al (Coord.). *Direito do Trabalho Efetivo*. São Paulo: LTr, 2013, pp. 121-122.

189 Esse, aliás, é um dos grandes trunfos do capitalismo em relação aos modos de produção anteriores, conforme destacado por Karl Marx: “A burguesia não pode existir sem revolucionar permanentemente os instrumentos de produção – por conseguinte, as relações de produção e, com isso, todas as relações sociais. A conservação inalterada do antigo modo de produção era, pelo contrário, a condição primeira de existência de todas as anteriores classes industriais. A contínua subversão da produção, o ininterrupto

A flexibilização dos direitos do trabalho e a redução dos gastos sociais dos governos (ambos vistos como entraves à competitividade e à livre concorrência) passam a ser sustentadas, e a reestruturação do modelo de produção é implementada, tendo como paradigma de maior destaque o toyotismo¹⁹⁰. Por flexibilização do Direito do Trabalho entende-se a diretriz política segundo a qual os imperativos econômicos podem justificar a postergação ou a atenuação dos direitos sociais trabalhistas como meio necessário para propiciar o desenvolvimento econômico. Em suma, seus partidários advogam no sentido de que o garantismo laboral clássico deve ceder à lógica do economicamente possível para

abalo de todas as condições sociais, a permanente incerteza e a constante agitação distinguem a época da burguesia de todas as épocas precedentes. Dissolvem-se todas as relações sociais antigas e cristalizadas, com o seu cortejo de representações e concepções secularmente veneradas; todas as relações que as substituem envelhecem antes de se consolidarem” (MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. In NETTO, José Paulo (Org). *O leitor de Marx*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 188).

Analisa Schumpeter: “O ponto essencial que se deve ter em conta é que, ao tratar do capitalismo, tratamos também de um processo evolutivo. Parece estranho que alguém possa deixar de reconhecer fato tão evidente, que, além disso, há muito tempo foi salientado por Karl Marx (...) O capitalismo é, por natureza, uma forma ou método de transformação econômica e não, apenas, reveste caráter estacionário, pois jamais poderia tê-lo. Não se deve êsse caráter evolutivo do processo capitalista apenas ao fato de que a vida econômica transcorre em um meio natural e social que se modifica e que, em virtude dessa mesma transformação, altera a situação econômica. (...) O impulso fundamental que põe e mantém em funcionamento a máquina capitalista procede dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados e das novas formas de organização industrial criadas pela empresa capitalista. (...) A abertura de novos mercados, estrangeiros e domésticos, e a organização da produção, da oficina do artesão a firmas, como a U.S. Steel, servem de exemplo do mesmo processo de mutação industrial – se é que podemos usar êsse termo biológico – que revoluciona incessantemente a estrutura econômica a partir de *dentro*, destruindo incessantemente o antigo e criando elementos novos. Êste processo de destruição criadora é básico para se entender o capitalismo. É dêle que se constitui o capitalismo e a êle deve se adaptar toda a empresa capitalista para sobreviver” (SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, pp. 105-106).

Referindo-se a Schumpeter, Ricardo Antônio Lucas Camargo confirma que é de se ter presente “a característica básica do capitalismo, segundo um dos seus mais autorizados teóricos, que é a da incessante destruição criativa, em que tipos de mercadorias, métodos de produção, transporte e comunicações, tipos de organização empresarial vão sendo criados e substituídos” (*O Direito Exaurido. A hermenêutica da Constituição Econômica no coração das trevas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011, p. 134).

¹⁹⁰ Por toyotismo entende-se o modelo de produção inserido no contexto da globalização/mundialização do capital e da sociedade pós-industrial. A produção deixa de ser massificada e restringe-se à demanda, procurando responder com rapidez e eficiência às necessidades do mercado – sistema de estoque mínimo, “*just in time*”. Fundamenta-se na flexibilidade do processo produtivo, baseado em uma estrutura horizontalizada e na desconcentração das tarefas, divididas entre diversas empresas.

o bem da própria preservação dos empregos¹⁹¹. A premissa da corrente flexibilizadora e os efeitos por ela propagandeados, porém, são bastante questionáveis.

Como consequência lógica do surgimento do que se pode chamar de “sociedade pós-industrial”, a esfera do trabalho também ingressa em um processo global de mudanças muito intensas. Em síntese: alto nível de desemprego; intensificação do trabalho informal e precarizado – subcontratação, terceirização, trabalho em regime de tempo parcial, trabalho intermediado por plataformas digitais, “uberização”; surgimento de espécies alternativas de trabalho, com a consagração de novas formas de subordinação – teletrabalho, por exemplo; intelectualização do trabalho (trabalho imaterial); polarização entre trabalhadores altamente qualificados e com inserção relativamente estável no “mercado” de trabalho¹⁹² e trabalhadores desqualificados em situação de exclusão ou instabilidade; incremento do setor de serviços em detrimento do setor industrial tradicional; heterogeneização da classe trabalhadora e emergência de pautas identitárias e antidiscriminatórias; crescente preocupação com o meio ambiente laboral, inclusive em questão de saúde mental no trabalho; transnacionalização das atividades empresárias, o que relativiza as fronteiras e mitiga a capacidade de regulação nacional da economia.

Em torno desse quadro de transformações generalizadas, os atores sociais anteriormente responsáveis pelo grande pacto sociopolítico e econômico têm a sua relação de forças alterada: o capital se vê fortalecido como dirigente do processo de reorganização social em curso, o trabalhador mostra-se enfraquecido e incapaz de agregar forças suficientes para se contrapor ao fenômeno em andamento, e o Estado mantém-se “passivo”¹⁹³ frente ao novo contexto¹⁹⁴. É o que se pode denominar “capitalismo

191 FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

192 Aqui, mostra-se relevante esclarecer que o uso da expressão “mercado de trabalho” justifica-se pelo contexto histórico em que formulado. Nesse sentido, coloca-se a palavra “mercado” entre aspas, como uma ressalva de que o trabalho não é algo que possa ser considerado mercadoria. Pelo contrário, “é requisito para uma existência digna, é alimento, é a forma como as pessoas se realizam. Os indivíduos criam a sua identidade pelo trabalho, e são identificados na sociedade através do trabalho que desenvolvem. É acesso à cidadania, elemento inafastável para a realização do valor dignidade da pessoa humana. O trabalho não é meramente um bem econômico, mas um valor em si mesmo, um dos valores máximos que devem ser preservados pelo direito” (DORNELES. Leandro Amaral D. de. *Teoria geral da relação de emprego na sociedade pós-industrial: algumas reflexões*. In: OLIVEIRA. Cíntia Machado de. DORNELES. Leandro Amaral D. de. (Org). *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Vol. I. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. pp. 25-58).

193 Passivo no sentido de não acompanhar as mudanças em andamento, reduzindo a sua intervenção comparativamente ao momento histórico anterior. Sinala-se, todavia, que a “passividade”, muitas vezes, é uma tática de ação.

194 DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *A Transformação do Direito do Trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002. p. 110.

desorganizado” – conforme termo empregado por Claus Offe¹⁹⁵ – no qual as condições de vida dos trabalhadores retornam¹⁹⁶ a um cenário de forte precarização¹⁹⁷, num ambiente de grandes inseguranças e incertezas, em que a regulação preservacionista do Direito do Trabalho é relativizada.

1.2 O CASO ESPECÍFICO BRASILEIRO

Especificamente com relação ao Brasil, inseriu-se com atraso no cenário capitalista, em um processo iniciado a partir da Proclamação da República (1889) e intensificado a partir da Revolução de 1930 (industrialização e forte participação do Estado na economia), sob considerável influência do momento internacional vivenciado pelos países desenvolvidos (“capitalismo organizado”). É de se ressaltar, entretanto, que no Brasil o mercado não atingiu o mesmo padrão que nos países desenvolvidos. Da mesma forma, o regime de proteção social universal que lá vigorou no auge do “capitalismo organizado” jamais chegou próximo de ser alcançado aqui.

Igualmente, o desenvolvimento do Direito do Trabalho pátrio foi tardio. Como importante causa interna para tanto, pode-se apontar, por exemplo, o fato de o Brasil ter sido um dos últimos países do mundo a abolir o regime institucionalizado da escravidão (1888), retardando o surgimento das relações salariais modernas. As leis de proteção ao trabalhador começaram a ser editadas na passagem do século XIX para o século XX, momento em que também se formaram as primeiras entidades de matiz sindical – como a Liga Operária de 1870, a União Operária de 1880 e a União dos Estivadores de 1903¹⁹⁸.

O Direito do Trabalho firmou-se como ramo jurídico autônomo somente com a sistematização promovida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, baseada nos comandos da Constituição de 1937, marcada pelo forte intervencionismo estatal (inspirado no corporativismo italiano), pelo sindicato único (imposto por lei e vinculado ao

¹⁹⁵ OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 07.

¹⁹⁶ É de se ter em mente que o fenômeno da precarização das relações de trabalho não é, de forma alguma, algo novo. Basta lembrar os momentos de escravidão, de servidão e o início da era industrial.

¹⁹⁷ “O tema da precarização das relações de trabalho, em que o ser humano é reduzido à condição de ferramenta explorado até o limite das suas forças físicas (...) está mais do que evidente. (...) Está refletida ali uma visão do lucro da Companhia como um fim em si mesmo, autojustificado, e o trabalho subordinado, qualquer que sejam as respectivas condições, como o mínimo preço a ser pago” (CARMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *O Direito Exaurido: A hermenêutica da Constituição Econômica no coração das trevas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011, p. 121).

¹⁹⁸ FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 81.

Estado, apto a exercer funções delegadas pelo poder público), pela criação do imposto sindical e pela declaração do caráter antissocial da greve.

A CLT foi elaborada com o forte propósito de “conciliar” as classes sociais, neutralizando quaisquer resíduos do conflito capital/trabalho, tido como nocivo, ameaçador da paz social e prejudicial ao processo de desenvolvimento do capitalismo¹⁹⁹. Em função desse panorama institucional corporativo, fora de um contexto de democracia sindical, a negociação coletiva foi relegada a um segundo plano, prevalecendo no Direito do Trabalho brasileiro o destaque ao Direito Individual em detrimento do Direito Coletivo²⁰⁰, a limitação estatal em detrimento da autonomia coletiva privada²⁰¹, o receio da plena liberdade sindical e a repressão à ação coletiva²⁰².

Somente no final da década de 1970 e ao longo da década de 1980 o sindicalismo brasileiro ganhou ares de dinamismo, afirmando-se como importante ator político no processo de redemocratização do país. Nesse período, as negociações coletivas se disseminaram como espaços de regulação e de democratização das relações de trabalho, atribuindo aos sindicatos o papel da efetiva representação de interesses. O momento

199 É relevante esclarecer que o conflito de classes é muito anterior ao capitalismo, e não algo inventado ou provocado por seus adversários (CARMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *O Direito Exaurido: A hermenêutica da Constituição Econômica no coração das trevas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011, p. 124), tendo perpassado toda a história da humanidade até o presente momento. Como mencionado na introdução, a luta de classes foi tema do qual se preocupou não apenas a linha teórica aprofundada por Marx, mas também a anterior literatura liberal clássica.

200 Há autores que preferem o termo “Direito Sindical”, tais como Amauri Mascaro Nascimento (*Compêndio de Direito Sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009. pp. 23-33) e José Cláudio Monteiro de Brito Filho (*Direito Sindical*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. pp. 19-22). Outras expressões também são adotadas, como “Direito das Relações Coletivas de Trabalho” (SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações Coletivas de Trabalho: Configurações Institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008). No caso, opta-se pelo termo Direito Coletivo, realçando o conteúdo do segmento jurídico em questão: “complexo de institutos, princípios e regras jurídicas que regulam as relações laborais de empregados e empregadores e outros grupos jurídicos normativamente especificados, considerada a sua ação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas entidades” (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. pp. 1282-1284).

201 “No exercício da função de legitimação o Estado, promovendo a mediação de conflitos de classe, dá sustentação à hegemonia do capital. Atuando como agente unificador de uma sociedade economicamente dividida e, ademais, fragmentada em grupos de interesses adversos, promove – e o direito positivo é o instrumento primordial dessa promoção – o que tenho referido como a transformação da luta social em jogo” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 26-29).

202 DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *A Transformação do Direito do Trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002. p. 39.

histórico de redescoberta da autonomia da sociedade civil em relação ao Estado reforçou o papel autônomo das negociações coletivas frente à heteronomia estatal legal²⁰³.

Durante o período constituinte, os diversos segmentos representantes do mundo do trabalho optaram por atuar conjuntamente em prol da constitucionalização de direitos individuais e em torno de pontos unívocos (jornada de trabalho, por exemplo), de maneira que a “reforma sindical” – ponto polêmico – não esteve entre as demandas prioritárias. Foi nesse panorama que a liberdade sindical e a autonomia coletiva foram consagradas como direitos fundamentais das coletividades e dos trabalhadores, embora com certas restrições inseridas no próprio texto da Constituição – a unicidade sindical (art. 8º, II, da CF), a noção de categoria como base da representatividade sindical (art. 8º, III, da CF), o poder normativo do Judiciário Trabalhista (art. 114, § 2º, da CF) e a permissão para a contribuição sindical compulsória prevista em lei (art. 8º, IV, da CF)

Esse hibridismo remonta justamente às origens corporativistas do sistema sindical brasileiro, que em relevantes aspectos colidem-se frontalmente com os ideais de liberdade e de autodeterminação coletivas, com a ideia de estruturação das representações com base na vontade do coletivo de trabalhadores²⁰⁴. No corporativismo sindical, a relação jurídica tem natureza institucional, a “instituição” empresa prevalece sobre os interesses dos seus integrantes e se confunde com o interesse público (hipodimensionamento dos interesses privados), a lógica relacional é de natureza colaborativa (capital e trabalho funcionam como elementos subordinados a um interesse maior, a empresa) e há negação da luta de classes, entendida como algo nocivo ao interesse público.

De outro lado, num ambiente de liberdade sindical, a relação jurídica é de natureza contratual/obligacional, os sujeitos e seus interesses passam a ser protagonistas, a lógica relacional é baseada na luta de classes (os interesses, ambos legítimos, são contrapostos), as instituições tendem a canalizar o conflito social em prol do desenvolvimento social. Isto é, o conflito não é sufocado, sendo definidos apenas os seus limites e o espaço para o seu desenvolvimento²⁰⁵.

203 “E, assim, o ideário sindical se reencontrava com a história das origens do sindicalismo e da formação do Direito do Trabalho, em que a idéia de direitos a serem adquiridos na atuação operária concreta constituía e fora constituída pela autonomia coletiva em movimento” (SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações Coletivas de Trabalho: Configurações Institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008. pp. 26-27).

204 DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 385.

205 Mais do que algo “positivo” ou “negativo”, o conflito de classes pode ser compreendido como uma situação administrável. Pode ser, inclusive, ser considerado um dos principais motores do desenvolvimento

De fato, o padrão das relações trabalhistas no Brasil está culturalmente bastante enraizado e tem-se mostrado resistente a mudanças, sendo marcado por uma relação de grande ambiguidade e de forte dependência em relação ao Estado²⁰⁶.

1.3 AS ASSOCIAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHADORES E AS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS NO FENÔMENO DA PRECARIZAÇÃO

Iniciada a década de 1990, que prometia ser de consolidação e de cumprimento dos anunciados avanços democráticos e sociais insculpidos na chamada “Constituição cidadã” de 1988, verifica-se uma reviravolta no mundo do trabalho brasileiro, a reboque das anteriormente citadas transformações desencadeadas em âmbito global a partir da década de 1970 – globalização, modos de produção flexíveis, pós-industrialismo, relativização da regulação preservacionista do Direito do Trabalho, precarização das condições de trabalho.

Tal conjuntura, evidentemente, gerou reflexos nas organizações coletivas como um todo, aí incluído o caso brasileiro. A heterogeneização, a fragmentação e a complexificação da classe trabalhadora, assim como as mudanças na estrutura produtiva e o surgimento de novos grupos sociais no cenário político, com reivindicações pós-materialistas (questões identitárias e ambientais, por exemplo), causaram um enfraquecimento do sentimento de classe, o que acarretou uma diminuição no índice de sindicalizações e uma conseqüente queda nos níveis de representatividade. O alto nível de desemprego²⁰⁷ e a precariedade das relações de trabalho instalaram uma atmosfera de insegurança, que reduziu consideravelmente a propensão dos trabalhadores à verdadeira ação coletiva²⁰⁸.

Deste modo, as organizações coletivas perderam o espaço social que vinham ocupando no período pré-constitucional brasileiro, viram reduzida a sua influência política e o seu poder de negociação e, assim, têm encontrado sérias dificuldades em efetivamente representar uma força de trabalho – cada vez mais heterogênea e fragmentada – na

social. Quanto a esse desenvolvimento, as lições de Axel Honneth são bastante elucidativas (HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009).

206 PESSANHA, Eliana G. da Fonte. MOREL, Regina L. de Moraes. *Reforma sindical e conflitos trabalhistas: negociação coletiva e Justiça do Trabalho*. In: HORN, Carlos Henrique. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da (Org.). *Ensaio sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009, p. 110.

207 “O desemprego não é meramente uma deficiência de renda (...); é também uma fonte de efeitos debilitadores muito abrangentes sobre a liberdade, a iniciativa e as habilidades dos indivíduos” (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia de Letras, 2000. p. 35).

208 DORNELES, Leandro Amaral D. de. *Teoria geral da relação de emprego na sociedade pós-industrial: algumas reflexões*. In: OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro Amaral D. de. (Org). *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Vol. I. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. pp. 25-58.

tentativa de amenizar os impactos da precarização que vêm sofrendo as relações laborais²⁰⁹. É nesse campo que a negociação coletiva, inicialmente vista com reservas pelo empresariado, passou a ser a principal ferramenta defendida por este mesmo grupo no processo de flexibilização das normas trabalhistas.

Especialmente na década de 1990, a flexibilização no sentido de desregulamentação (ou desregramento) das relações de trabalho foi defendida como fundamental ao êxito das políticas econômicas em curso. O incentivo à livre negociação se tornou estratégia de governo²¹⁰ e teve três focos principais – contratação, remuneração e jornada de trabalho – inclusive diante dos permissivos trazidos pela própria Constituição com relação a estes dois últimos. A título de exemplo, podem ser citadas a Lei nº 8.542/92 (política nacional de salários tendo por fundamento a livre negociação coletiva), a Lei nº 8.949/94 (cooperativas), a Lei nº 9.601/98 (nova modalidade de contrato a prazo determinado e banco de horas) e a Lei nº 9.958/00 (comissões de conciliação prévia).

Além de ter se tornado mais fácil contratar com entidades pouco representativas e sem força de embate²¹¹, medidas flexibilizatórias adotadas sob a forma negocial gozam de aparente legitimidade, ainda que, na prática, a negociação seja realizada por sujeitos coletivos em assimetria de condições²¹².

Salvo algumas exceções (bancários e metalúrgicos do ABC paulista, por exemplo), as organizações de trabalhadores não vinham conseguindo se valer das negociações coletivas para dar melhor conformação aos direitos insculpidos na Constituição, ampliar seus sentidos e definir favoravelmente aqueles pendentes de regulamentação. Pelo contrário, mantiveram uma atuação geralmente defensiva, muitas vezes cedendo a

²⁰⁹ PAESE, Raquel. *A Constituição brasileira de 1988 e a atuação dos sindicatos nos espaços de regulação do trabalho*. In: HORN, Carlos Henrique. COTANDA, Fernando Coutinho (Org.). *Relações de trabalho no mundo contemporâneo: ensaios multidisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011, p. 253.

²¹⁰ COUTINHO, Grijalbo Fernandes Coutinho. *O Direito do Trabalho Flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr, 2009.

²¹¹ "Fala-se na flexibilização de princípios e na desregulamentação do aparato de tutela estatal e abre-se campo propício à autocomposição, à prevalência do negociado sobre o legislado, através de contratos coletivos, em momento de extrema fragilidade da classe trabalhadora e, portanto, de perda de negociação" (CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 37).

²¹² PARISENTI, André Sessim. *A dignidade humana como limite à precarização das relações de trabalho*. In: HORN, Carlos Henrique. COTANDA, Fernando Coutinho (Org.). *Relações de trabalho no mundo contemporâneo: ensaios multidisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011, p. 132.

cláusulas reconhecidamente reducionistas²¹³, o que dá fortes indícios de que o enfraquecimento de tais organizações, pouco representativas e em desvantagem no processo negocial, acabou acarretando um modelo de flexibilização desfavorável aos trabalhadores no Brasil²¹⁴.

2. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E OS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE SINDICAL E DA AUTONOMIA COLETIVA

2.1. O PAPEL DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA FRENTE ÀS INÉDITAS E DINÂMICAS CONFIGURAÇÕES DA ESFERA DO TRABALHO ATUALMENTE

As configurações e metamorfoses do mundo contemporâneo trazem crescentes desafios à esfera do trabalho, seus atores e instrumentos de regulação. Tais desafios são tão complexos que alguns chegaram ao ponto de cogitar que estávamos diante do “fim da sociedade do trabalho”²¹⁵. Ditas teses, porém, não encontram correspondência no mundo real, vivido. A imensa maioria das pessoas continua derivando do trabalho não apenas a sua sobrevivência, mas a formação de parte de sua identidade. Milhões de pessoas ao redor do mundo sofrem as consequências negativas do trabalho precarizado, instável, temporário, terceirizado e informal, ou têm seu cotidiano marcado pelo desemprego estrutural. Dessa forma, os esforços para garantir um conceito emancipatório e humano de trabalho jamais perderam a sua relevância – muito pelo contrário. Os anseios por dignidade, justiça, isonomia, democracia e reconhecimento permanecem diante das inéditas relações sociais e demandas de nosso tempo.

Na busca pela concreção dos citados anseios, as negociações coletivas, fundamentadas na participação direta de atores sociais com força representativa suficiente que permita a regulação do trabalho, ocupam papel determinante, especialmente quando se admite que o Estado, sozinho, não é capaz de dar conta da diversificação e da complexificação dos fenômenos que ocorrem na sociedade, cada vez mais dinâmica e plural. É de se ter em mente, aliás, que a sociedade não se resume às noções de Estado e

213 PAESE, Raquel. *A Constituição brasileira de 1988 e a atuação dos sindicatos nos espaços de regulação do trabalho*. In: HORN, Carlos Henrique. COTANDA, Fernando Coutinho (Org.). *Relações de trabalho no mundo contemporâneo: ensaios multidisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011, pp. 241-245.

214 PARISENTI, André Sessim. *A dignidade humana como limite à precarização das relações de trabalho*. In: HORN, Carlos Henrique. COTANDA, Fernando Coutinho (Org.). *Relações de trabalho no mundo contemporâneo: ensaios multidisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011, p. 138.

215 Por exemplo, GORZ, Andre. *Adeus ao proletariado: para além do socialismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

de mercado. Pelo contrário, transcende essas noções²¹⁶, o que reforça o papel das organizações coletivas de trabalhadores e das negociações coletivas.

Conforme o art. 2º da Convenção nº 154²¹⁷ da OIT,

a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: fixar as condições de trabalho e emprego; ou regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

Trata-se de meio autocompositivo de solução de conflitos, que busca o consenso entre as partes por meio do diálogo social, sem intervenção de terceiros. Tem como principal propósito o estabelecimento de novas condições abstratas de trabalho, considerando as demandas das partes negociantes, suas possibilidades e os direitos mínimos estabelecidos pelas normas estatais. É idealmente instrumento de promoção da melhoria das condições dos trabalhadores (art. 7º, *caput*, da Constituição Federal; art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica), de modernização das relações socioeconômicas, de geração de normas jurídicas, de pacificação dos conflitos de natureza sociocoletiva, de democratização do poder e de adequação às particularidades econômicas.

Todavia, dentre as diversas formas de insegurança atualmente relacionadas ao trabalho, está justamente a que diz respeito à representatividade coletiva dos direitos e dos interesses dos trabalhadores. Conforme as lições de Amauri Mascaro Nascimento, representação é uma questão de legalidade, enquanto representatividade é uma questão de legitimidade, razão pela qual um sindicato, por exemplo, pode deter a representação legal, mas não a real e efetiva representatividade²¹⁸. Em sentido semelhante é a noção trazida por Túlio de Oliveira Massoni, para quem a representatividade expressa uma qualidade necessária ao exercício das funções e dos poderes instituídos pela

²¹⁶ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito, Globalização e Humanidade: o jurídico reduzido ao econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 192.

²¹⁷ Sobre o Fomento à Negociação Coletiva.

²¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 242.

representação²¹⁹. Segundo as Recomendações Internacionais do Trabalho nº 143220 e 163221, a negociação coletiva deve ser impulsionada por agentes livremente estabelecidos, legítimos e representativos.

Para que, nesse processo de transformações vivenciado atualmente, não se percam de vista os ideais protetivos basilares do Direito do Trabalho²²², é necessário que as organizações sindicais estejam fortalecidas. Caso contrário, a negociação coletiva torna-se mero instrumento de precarização das condições de trabalho e de regresso social.

Partindo-se das configurações contemporâneas apresentadas e do pressuposto de que o trabalho é um direito fundamental e, como tal, deve proporcionar dignidade ao ser humano trabalhador que o exerce, surge a necessidade de investigar como fortalecer as organizações sindicais. Isso para que a negociação coletiva atue, efetivamente, como instrumento promovedor do trabalho decente e da melhoria das condições sociais²²³, superando sua utilização em favor da institucionalização de inseguranças e da precarização do Direito do Trabalho.

A doutrina que se dedica ao estudo da matéria aponta no sentido de que medidas concretizadoras dos princípios da liberdade sindical e da autonomia coletiva são capazes de gerar resultados positivos no fortalecimento das organizações sindicais e, conseqüentemente, na qualidade do conteúdo das negociações coletivas. Nesse sentido, também, é o posicionamento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cujo art. 2º da Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho classifica, dentre outros, a liberdade de associação, a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva como garantias fundamentais ao trabalho decente²²⁴. Some-se a isso o objetivo global de promoção do crescimento econômico sustentado,

219 MASSONI, Túlio de Oliveira. *Representatividade Sindical*. São Paulo: LTr, 2007. p. 108.

220 Sobre Proteção e Facilidades a serem Dispensadas a Representantes de Trabalhadores na Empresa.

221 Sobre a Promoção da Negociação Coletiva.

222 "Ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, [o Direito do Trabalho] responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador" (RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 5 ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 28).

223 Funções basilares do Direito do Trabalho.

224 "O trabalho decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil); a promoção do emprego produtivo e de qualidade; a ampliação da proteção social; e o fortalecimento do diálogo social". ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho decente*. Disponível em:

<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em 04/12/2023.

inclusivo e sustentável, com emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos (Agenda 2030 – ODS 8)²²⁵.

2.2. A LIBERDADE SINDICAL

O princípio da liberdade sindical diz respeito à constituição e à organização dos sujeitos coletivos, sem imposições externas de caráter territorial ou material, privilegiando-se a pluralidade representativa. É amplamente reconhecido pela comunidade internacional²²⁶ e fundamenta-se na ideia da autonomia coletiva privada, no reconhecimento da legitimidade e da suficiência dos grupos sociais organizados para a defesa de seus próprios interesses. Pressupõe pluralismo social, “situando os grupos organizados em uma zona intermediária entre o interesse privado e o público, tendo nestes seus principais limites, embora atue de forma autônoma em relação ao poder público”²²⁷. Manifesta-se em diversos aspectos:

A) Liberdade individual de associação, com autonomia do sujeito para se associar e participar, ou não, das entidades coletivas constituídas, inclusive em mais de uma entidade ao mesmo tempo, se assim for do seu interesse. Conseqüentemente, práticas como a *closed shop* (obrigatoriedade de contratação de trabalhadores sindicalizados), a *union shop* (manutenção do vínculo, após determinado prazo, somente de empregados sindicalizados) e a *preferencial shop* (preferência na contratação de empregados sindicalizados) são incompatíveis com o princípio da liberdade sindical²²⁸.

B) Liberdade organizacional, com autonomia dos trabalhadores para se agruparem e constituírem associações para a defesa dos interesses de seus integrantes, em caráter efêmero ou permanente, conforme a demanda. Pelo sistema pluralista, defendido pelos principais documentos internacionais, especialmente pela Convenção nº 87 da OIT (ainda não ratificada pelo Brasil), uma mesma categoria deveria poder ser representada por mais

²²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>. Acesso em 04/12/2023.

²²⁶ Por exemplo: 1) Art. 20 e item 4 do art. 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão; 2) art. 8º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 3) Constituição da OIT; 4) Declaração de Filadélfia, que complementa os fundamentos de atuação da OIT; 5) art. 2º da Declaração da OIT Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho; 6) Convenção nº 87 da OIT, sobre Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização.

²²⁷ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, pp. 376-377.

²²⁸ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 377.

de uma entidade, sem restrições materiais ou territoriais²²⁹ impostas pelo Estado²³⁰. Portanto, a existência de um sindicato não deveria constituir óbice para a criação de outro.

A OIT reconhece que disposições constitucionais limitativas à criação dos sindicatos – como ocorre no Brasil – não estão em conformidade com o princípio da liberdade sindical²³¹. A unicidade sindical obrigatória aqui vigente, que acarretou o monopólio da representação, juntamente com a contribuição sindical compulsória vigente até a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17)²³², levaram à perpetuação dos chamados “sindicatos de carimbo” ou “sindicatos fantasma”, que não possuem qualquer representatividade²³³. O que se visualiza, aqui, é um pluralismo distorcido²³⁴, com extrema pulverização da estrutura coletiva, fragmentada em inúmeros sindicatos sem poder real de negociação.

O ideal proposto pela OIT é que as entidades que se revelem mais aptas absorvam as demais, num processo de aglomeração livremente desencadeado pelos próprios trabalhadores, sem limitação externa por via legislativa. Com a experiência, a tendência é que os trabalhadores voluntariamente passem a atuar de forma unitária, lembrando que unidade não se confunde com a unicidade do monopólio aqui encontrada. No tópico, é interessante a transcrição da Ementa nº 319 do Comitê de Liberdade Sindical (CLS):

Apesar de que os trabalhadores possam ter interesse em evitar que se multipliquem as organizações sindicais, a unidade do movimento

²²⁹ Art. 2º da Convenção nº 87 da OIT; Ementas nº 313, 314, 315, 316 e 319 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT (CLS).

²³⁰ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 377.

²³¹ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 378.

²³² Arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT, por exemplo, que passaram a exigir prévia e expressa autorização para o desconto da contribuição sindical.

²³³ NETO, Antonio Carvalho. *A reforma da estrutura sindical brasileira*: pressupostos mais do que necessários. *In*: HORN, Carlos Henrique. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da (Org.). *Ensaio sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009, pp. 130-132.

²³⁴ “Ainda no campo do nosso pluralismo distorcido, o sindicalismo dos trabalhadores vive o paradoxo de ser “unitário” na base (unicidade obrigatória) e pluralista na cúpula, onde convivem desde centrais sindicais mais atuantes e mais representativas como a CUT (a maior do país) e a Força sindical (a segunda maior), seguidas em menor escala pelas CGTs e, mais recentemente, pela pequena SDS – Social Democracia Sindical” (NETO, Antonio Carvalho. *A reforma da estrutura sindical brasileira*: pressupostos mais do que necessários. *In*: HORN, Carlos Henrique. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da (Org.). *Ensaio sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009, p. 132).

sindical não deve ser imposta mediante intervenção do Estado por via legislativa, pois dita intervenção é contrária ao princípio enunciado nos artigos 2 e 11 da Convenção 87. A Comissão de Espertos em Aplicação de Convênios e Recomendações da OIT têm assinalado que “existe uma diferença fundamental quanto às garantias estabelecidas para a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização entre uma situação, de um lado, em que o monopólio sindical é introduzido ou mantido por lei e, de outro, as situações de fato, que existem em certos países, em que todas as organizações sindicais se agrupam voluntariamente em uma só federação ou confederação, sem que isso resulte direta ou indiretamente das disposições legislativas aplicáveis aos sindicatos e à criação de associações profissionais. O fato de que os trabalhadores e os empregadores obtenham, em geral, vantagens ao evitar uma multiplicação do número das organizações competidoras não parece suficiente, a efeito, para justificar uma intervenção direta ou indireta do Estado, sobretudo a intervenção deste por via legislativa”. Ainda que apreciando em todo o sentido o desejo de um governo de fomentar um movimento sindical forte, evitando os efeitos de uma multiplicação indevida de pequenos sindicatos competidores entre si e cuja independência poderia ver-se comprometida por sua debilidade, o Comitê tem assinalado que é preferível em tais casos que o governo procure alentar os sindicatos para que se associem voluntariamente e formem organizações fortes e unidas, e não que imponha por via legislativa uma unificação obrigatória que priva os trabalhadores do livre exercício de seus direitos sindicais e viola os princípios incorporados nas Convenções Internacionais do Trabalho relativas à liberdade sindical.

C) Diversidade representativa²³⁵, com afastamento do monopólio de um modelo representativo único. Os interesses dos trabalhadores devem poder ser representados por sindicatos, associações, coalizões efêmeras, organizações por locais de trabalho, ou quaisquer outras representações não sindicais, desde que livremente constituídas pelos próprios trabalhadores.

²³⁵ Art. 3º da Convenção nº 135 da OIT, sobre Proteção de Representantes de Trabalhadores; Convenções nº 144 (Sobre Consultas Tripartites sobre Normas Internacionais do Trabalho) e 150 (Sobre a Administração do Trabalho) da OIT; art. 3º da Convenção nº 154 da OIT, sobre Fomento à Negociação Coletiva; Recomendações nº 94 (Sobre a Colaboração no Âmbito da Empresa) e 113 (Sobre a Consulta) da OIT.

A diversidade representativa afina-se à ideia de estímulo à “concertação social”, tão presente na atuação da OIT, ainda mais se considerarmos o pluralismo tão característico das sociedades atuais. Por concertação social pode-se entender um sistema de permanente diálogo social entre o poder público e as legítimas representações sociais, visando democratizar o poder, dar maior legitimidade às políticas públicas de administração das relações de trabalho, além de proporcionar que os próprios atores sociais envolvidos participem diretamente no processo de transformação das suas pretensões em direitos. Conforme se observa a partir da leitura da Ementa 1076 do CLS, trata-se de um necessário processo de responsabilização dos atores sociais “na busca do bem estar e da prosperidade da comunidade em geral”, ainda mais tendo em conta a “complexidade crescente dos problemas que se colocam nas sociedades”²³⁶.

D) Possibilidade de um grupo de trabalhadores, representado por determinada entidade, poder se dividir conforme interesses mais específicos venham à tona e não se revelem suficientemente representados pela entidade já existente²³⁷. Garantia jurídico-administrativa de que os grupos minoritários também tenham o direito e a liberdade de coalizão própria, se assim entenderem conveniente. Há um reconhecimento da diversidade das relações. Consagra-se a ideia de que não deve haver base material ou territorial mínima a ser obrigatoriamente observada – ao contrário do que ocorre no Brasil com as noções de categoria e de município. O ideal é de coordenação²³⁸: organizações de representação

236 DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, pp. 378- 379.

237 Art. 2º da Convenção nº 87 da OIT; Ementas nº 209, 217, 255, 256, 267 e 360 do CLS da OIT.

238 “O sindicalismo começa a dar algumas respostas no plano internacional. Para representar a heterogênea categoria de trabalhadores subcontratados e/ou temporários, a dificuldade é grande para os sindicatos, que têm de lidar com divergências de interesses e a pulverização da força de trabalho por pequenas empresas. Em lugar da defesa intransigente da igualdade de condições contratuais para todos, o sindicalismo está passando a incorporar as reivindicações dessa categoria. Isso não quer dizer que os sindicatos devam abandonar a busca de uma alternativa macroeconômica para fazer frente ao atual quadro de exclusão social, mas sim articular essa luta mais geral com a defesa dos interesses imediatos desses trabalhadores” (NETO, Antonio Carvalho. *A reforma da estrutura sindical brasileira*. pressupostos mais do que necessários. In: HORN, Carlos Henrique. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da (Org.). *Ensaios sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009, p. 127).

mais geral agindo de forma harmônica e coordenada com as organizações de representação mais específica, sem exclusão, mas complementaridade²³⁹.

E) Unidade fundamental dos interesses representados²⁴⁰, abarcando-se a ideia de que, por mais que atualmente se identifique um processo de particularização das condições e das demandas, os trabalhadores ainda são uma classe social com interesses básicos comuns. Prerrogativa de agrupamento de diversas organizações em uma associação maior – tanto com relação aos limites territoriais, como com relação aos limites materiais²⁴¹. No plano internacional, a tendência de fusão das entidades coletivas tem sido uma alternativa de sucesso para fazer frente à heterogeneização da classe trabalhadora e à diminuição dos recursos decorrente da queda de taxa de associação²⁴².

2.3. A AUTONOMIA COLETIVA

O princípio da autonomia coletiva – também denominado autodeterminação das vontades coletivas ou liberdade coletiva exógena ou externa – refere-se à gestão e à atuação das organizações livremente estabelecidas²⁴³, com a garantia de condições suficientes para a formação de um contrapoder concreto. Podem ser identificados os seguintes desdobramentos:

A) Autonomia administrativa das organizações para estabelecerem seus estatutos e regras de funcionamento, sendo vedadas intervenções externas, sejam estas oriundas do poder público, ou de outras entidades. Essa autonomia “se subordina aos preceitos ideais exigíveis de um modelo democrático, representativo e participativo de gestão e de organização” das associações. Dessa forma, modelos administrativos discriminatórios ou restritivos podem ser alvos de questionamento²⁴⁴.

239 DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, pp. 380-381.

240 Arts. 2º, 5º e 10º da Convenção nº 87 da OIT; Ementas nº 335, 714, 716 e 719 do CLS da OIT.

241 DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 382.

242 NETO, Antonio Carvalho. *A reforma da estrutura sindical brasileira*: pressupostos mais do que necessários. In: HORN, Carlos Henrique. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da (Org.). *Ensaios sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009, p. 131.

243 DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, pp. 382-383.

244 DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 383.

B) Autonomia para decidir e praticar as estratégias de atuação mais adequadas à tutela dos interesses representados. Ditas práticas, além de pacíficas, devem respeitar os limites genéricos do interesse público, da própria autodeterminação coletiva (ou seja, as estratégias de atuação democraticamente eleitas) e da legalidade. No aspecto, a negociação coletiva e a greve se destacam como relevantes prerrogativas da atuação coletiva. Outros instrumentos legítimos de atuação são a conciliação, a mediação e a arbitragem. Deve ser assegurada, ainda, a possibilidade de atuação dos representantes sindicais dentro da empresa. Ademais,

inerente ao princípio da autodeterminação está a autonomia de atuação por intermédio de seus legítimos representantes, o que se reflete em um necessário instrumental jurídico de combate às práticas anti-sindicais²⁴⁵.

C) Estímulo à negociação coletiva como o principal mecanismo de composição de conflitos e de autotutela de interesses. Dito estímulo pode ser observado na predeterminação de vigência dos instrumentos coletivos, na previsão de que determinadas matérias sejam exclusiva ou preferencialmente reguladas mediante negociação coletiva, na prevalência dos ajustes coletivos em relação aos ajustes individuais²⁴⁶ e na colocação da tentativa negocial como requisito prévio à adoção de outros mecanismos de composição de conflitos²⁴⁷.

Neste ponto, cabe salientar que, com as mudanças inseridas na CLT pela chamada “Reforma Trabalhista” (Lei nº 13.467/17), o espaço negocial coletivo (arts. 611 a 625) foi alargado, em especial pela consagração da intervenção mínima (art. 8º, § 3º) e das prevalências do acordo sobre a convenção coletiva (art. 620) e do negociado sobre o legislado (arts. 611-A e 611-B). Tais dispositivos são objeto de forte crítica, notadamente em face dos princípios da proteção, da norma mais favorável e da melhoria progressiva da condição social dos trabalhadores (arts. 7º, *caput*, da Constituição Federal; art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica; art. 5.2 do PIDESC).

245 DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 383.

246 Nesse sentido, aliás, é o art. 619 da CLT: “Nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito”. Ressalvam-se, evidentemente, disposições ajustadas no contrato individual de trabalho que se revelem mais benéficas ao trabalhador.

247 DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, pp. 383-384.

Ademais, a prevalência do “negociado sobre o legislado” veio concomitantemente ao esvaziamento econômico dos sindicatos profissionais, ante o fim da contribuição sindical compulsória (art. 578 e ss, CLT), chancelada pelo STF em controle concentrado. Embora a compulsoriedade da contribuição sindical realmente não se coadune com o sistema de liberdade preconizado pela OIT na Convenção nº 87 e virtualmente pelo próprio art. 8º da Constituição Federal, foi extinta a despeito da manutenção da unicidade e da representação por categoria (art. 8º, CF), o que se mostra incoerente. Ademais, a alteração se deu abruptamente, sem um regime de transição que possibilitasse a reorganização das entidades. Como resultado, temos sindicatos frágeis e sem efetivo poder de negociação.

A par disso, frisa-se que o poder de criar normas jurídicas via negociação coletiva (art. 7º, XXVI, da Constituição Federal). não é ilimitado. No Tema 1046 da repercussão geral, o STF fixou a tese de que “são constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”. Permanece em aberto, contudo, quais seriam os “direitos absolutamente indisponíveis”, o que está sendo objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios da liberdade sindical e da autonomia coletiva estão previstos formalmente na Constituição Federal como direitos fundamentais das coletividades e dos trabalhadores, bem como presentes com grande destaque na agenda da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ambos, indissociáveis e complementares entre si, alicerçam o projeto de construção democrática de um Direito Coletivo promocional do trabalho decente, especialmente diante dos novos desafios que se apresentam e demandam adaptações que não percam de vista os valores protetivos basilares do Direito do Trabalho.

Especificamente com relação à Constituição Federal de 1988, a imposição do monopólio de representação, com as noções de categoria e de base territorial mínima, vai de encontro à ideia de organização coletiva a partir das vontades dos trabalhadores. Há violação dos princípios em exame, prejudicando o exercício efetivo da autonormação por meio da negociação coletiva, o que representa uma séria ameaça aos direitos laborais.

As organizações de trabalhadores devem ter ampla liberdade e autonomia para se estruturarem, em observância às peculiaridades da realidade nacional. A voluntariedade no processo de constituição e organização dos sujeitos coletivos e a existência de recursos garantidores do efetivo exercício da autonomia favorecem o diálogo social, a democratização das relações de trabalho e a salutar concorrência entre ditas entidades.

Tais aspectos, bastante abrangentes e complexos, levam à formação de sujeitos coletivos autênticos, fortalecidos, independentes e faticamente (não apenas formalmente) representativos, estruturados de forma a dar conta da diversificação dos fenômenos que ocorrem na sociedade atual, cada vez mais dinâmica e plural.

O fortalecimento das organizações de trabalhadores a partir dos desdobramentos materiais dos princípios da liberdade sindical e da autonomia coletiva possibilita a elaboração de negociações coletivas concretamente capazes de promover o trabalho decente e a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, superando a sua utilização em favor da mera institucionalização de inseguranças e da precarização do Direito do Trabalho.

O que se propõe é que o Estado adequue a estrutura sindical à realidade de uma sociedade democrática e plural, garantindo, por meio da efetivação dos princípios da liberdade sindical e da autonomia coletiva, a formação de entes qualificados e representativos – não para que as negociações coletivas se sobreponham ao patamar mínimo civilizatório garantia pelo ordenamento heterônomo pátrio e internacional, mas para que, dentro do seu espaço de atuação, sejam faticamente capazes de promover o trabalho decente e a melhoria das condições sociais do trabalhador²⁴⁸.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito, Globalização e Humanidade: o jurídico reduzido ao econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

_____. *O Direito Exaurido: A hermenêutica da Constituição Econômica no coração das trevas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

_____. *Economia Política para o Curso de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

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

²⁴⁸ Guilherme Guimarães Feliciano menciona que, ao final do século XXI, provavelmente o Direito do Trabalho terá, como uma de suas características, “a revisão da função social dos sindicatos, por fim despregados de seus vínculos históricos com o poder público estatal e a seguir redesenhados em ambientes de plena liberdade sindical, com a ampliação dos contextos espaço-temporais de negociação (i.e., capacitação para negociações coletivas transnacionais e até transcontinentais) e uma participação mais relevante nas zonas orbitais da relação de emprego (como nos processos de acesso ao trabalho e nas fases pós-contratuais” (*Curso crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149).

COUTINHO, Grijalbo Fernandes Coutinho. *O Direito do Trabalho Flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *A Transformação do Direito do Trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. O direito do trabalho na sociedade pós-industrial: da regulação do "mercado" de trabalho à instrumentalização do trabalho digno. *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, n. 293, pp. 57-81, maio/2008.

_____. *Teoria geral da relação de emprego na sociedade pós-industrial: algumas reflexões*. In: OLIVEIRA, Cíntia Machado de. DORNELES, Leandro Amaral D. de. (Org). *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Vol. I. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. pp. 25-58.

_____. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FILHO, José Cláudio Monteiro de Brito. *Direito Sindical*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

GORZ, Andre. *Adeus ao proletariado: para além do socialismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

_____. Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. Porto Alegre, v.8, n.1, pp. 46-67, jan/abr.2008.

_____. *La sociedad del desprecio*. Madrid: Trotta, 2011.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MALTHUS, Thomas Robert. *Princípios de economia política e considerações sobre sua aplicação prática – Ensaio sobre a população*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. Volume I. In NETTO, José Paulo (Org). *O leitor de Marx*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____. *Manuscritos Econômicos-Filosóficos de 1844*. In NETTO, José Paulo (Org). *O leitor de Marx*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____. *Salário, preço e lucro*. In NETTO, José Paulo (Org). *O leitor de Marx*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____. ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. In NETTO, José Paulo (Org). *O leitor de Marx*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

MASSONI, Túlio de Oliveira. *Representatividade Sindical*. São Paulo: LTr, 2007.

MELLO, Régis Trindade de. CAMARGO, Luís Henrique Kohl. *O desenvolvimento autofágico do capitalismo como obstáculo à realização do Direito do Trabalho: uma análise da exploração do trabalho imaterial*. In: KÜLZER, José Carlos, et al (Coord.). *Direito do Trabalho Efetivo*. São Paulo: LTr, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NASCIMENTO, Yuri Pinheiro do. *A crise da sociedade salarial e a proteção social dos trabalhadores: a propriedade social como condição de cidadania*. In: HORN, Carlos Henrique. COTANDA, Fernando Coutinho (Org.). *Relações de trabalho no mundo contemporâneo: ensaios multidisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011.

NETO, Antonio Carvalho. *A reforma da estrutura sindical brasileira: pressupostos mais do que necessários*. In: HORN, Carlos Henrique. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da (Org.). *Ensaio sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009.

OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>. Acesso em 04/12/2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia). Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>, acesso em 19-05-2014.

_____. *La libertad sindical*. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5. ed. Ginebra: Oficina Internacional Del Trabajo, 2006. Disponível em <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf>, acesso em 19-05-2014.

_____. *Trabalho decente*. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em 04/12/2023.

PAESE, Raquel. *A Constituição brasileira de 1988 e a atuação dos sindicatos nos espaços de regulação do trabalho*. In: HORN, Carlos Henrique. COTANDA, Fernando Coutinho (Org.). *Relações de trabalho no mundo contemporâneo: ensaios multidisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011.

PARISENTI, André Sessim. *A dignidade humana como limite à precarização das relações de trabalho*. In: HORN, Carlos Henrique. COTANDA, Fernando Coutinho (Org.). *Relações de trabalho no mundo contemporâneo: ensaios multidisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011.

PESSANHA, Eliana G. da Fonte. MOREL, Regina L. de Moraes. *Reforma sindical e conflitos trabalhistas: negociação coletiva e Justiça do Trabalho*. In: HORN, Carlos Henrique. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da (Org.). *Ensaio sobre sindicatos e reforma sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2009.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de Direito do Trabalho*. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Tratado de Direito do Trabalho*: Parte I – Dogmática Geral. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2012.

RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e de Tributação*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 5 ed. São Paulo: LTr, 1997.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia de Letras, 2000.

SILVA, Josué Pereira da. *Trabalho, Cidadania e Reconhecimento*. 1. ed. São Paulo: Annablume, 2008.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações Coletivas de Trabalho: Configurações Institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Volume I. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, n. 54, p. 121-133, julho/1994-junho/1995.