



● REVISTA JURÍDICA DA UFRN

inverbis

46^a EDIÇÃO

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte
46ª EDIÇÃO

Reitor: José Daniel Diniz Melo

Vice-reitor: Henio Ferreira de Miranda

Diretora: Maria Lussieu Silva

Vice-Diretora: Pâmela de Medeiros Brandão

Coordenador do Curso de Direito: Paulo Roberto Dantas de Souza Leão

Chefe do Departamento de Direito Público: Mariana de Siqueira

Chefe do Departamento de Direito Privado: Anderson Souza da Silva Lanzillo

Chefe do Departamento de Direito Processual e Propedêutica: José Orlando Ribeiro Rosário

Coordenador da In Verbis: Xisto Tiago de Medeiros Neto

Diagramação: Aline Raposo Pereira (aline_r_p@hotmail.com)

Revisor: Samuel Max Gabbay

Tiragem: 300 Exemplares

Presidência e Elaboração: Mariana Hemilly Pereira Rosário

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

Indexada à base Sumários.org

**Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos
Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Norte - Ano 24, n. 46 (Jul/Dez. 2019).**

Semestral

ISSN 1413-2605

15cm x 21cm

**1. Direito - Periódicos, I. Universidade Federal do Rio
Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas
- CCSA/UFRN**

CDU-34

Conselho Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br / E-mail: contato.inverbis@gmail.com

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores.
É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.

Ana Beatriz de Azevedo Gomes (UFRN)
Ana Luiza de Moraes Rodrigues (USP)
Ana Karolina Gameleira da Costa (UFRN)
Andressa de Figueiredo Farias (UFC)
Anne Felinto Ramos (UFRN)
Anny Karinine de Azevedo (UFRN)
Antônio Uemerson de Carvalho (UFRN)
Caroline Coelho Lima (UFRJ)
Cibelly Freire de Miranda (UFRN)
Érica Milena de Souza Lima (UFPE)
Francisco Gomes dos Passos Junior (UnB)
Fernanda Gomes Ferreira Teixeira (UFRN)
Louise Serrano Bezerra (UFRN)
Maria Eduarda Silveira Melo (UFRN)
Mariana Fernandes Martins de Lima (UFRN)
Mariana Hemilly Pereira Rosário (UFRN)

Abraão Luiz Filgueira Lopes
 Adamo Perrucci
 Américo Braga Júnior (MG)
 Ana Cláudia da Costa Aguiar
 Ana Mônica Medeiros Ferreira
 Anderson Souza da Silva Lanzillo
 André Carneiro Leão (PE)
 André de Souza Dantas Elali
 Andrea de Andrade Fernandes
 Andreo Aleksandro Nobre Marques
 Ângelo José Menezes Silvino
 Anna Emanuella Nelson dos
 Santos Cavalcanti da Rocha
 Artur Cortez Bonifácio
 Carla de Moraes Coutinho
 Carolina Pereira Lins Mesquita
 (UFRJ)
 Cleanto Fortunato da Silva
 Daniel Monteiro da Silva
 Daniel Leib Zugman (FGV/SP)
 Diogo Pignataro de Oliveira
 Edinaldo Benício de Sá Júnior
 Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras
 Fabiana Dantas Soares Alves da Mota
 Fabiano André de Souza Mendonça
 Fabrício Germano Alves
 Felipe Maciel Pinheiro Barros
 Fernanda Priscilla Ferreira Dantas
 Gustavo Barbosa de Mesquita
 Batista (UFPB)
 Heitor Eduardo Cabral Bezerra
 Henrique Batista de Araújo Neto
 Ivan Lira de Carvalho
 João Emílio Assis Reis (RJ)
 João Paulo dos Santos Melo
 José Evandro Lacerda Zaranza
 José Serafim da Costa Neto
 Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva
 Karlos Alves Barbosa (UFU)
 Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira
 Lívio Coêlho Cavalcanti
 Liliana Bastos Pereira Santo de
 Azevedo Rodrigues

Luiz Felipe Pinheiro Neto
 Marco Bruno Miranda Clementino
 Marcus Aurélio de Freitas Barros
 Marise Costa de Souza Duarte
 Matusalém Jobson Bezerra Dantas
 Meyre Elizabeth Carvalho
 Naide Maria Pinheiro
 Otacílio dos Santos Silveira Neto
 Rafaella Mayana Alves Almeida
 Cardins
 Ricardo César Ferreira Duarte
 Júnior
 Roberta Eggert Poll (RS)
 Rogério Araújo Lima
 Sandresson de Menezes Lopes
 Sheila Sampaio Gonçalves Barreto
 Úrsula Bezerra Silva e Lira
 Victor Rafael Fernandes Alves
 (UFPB)
 Vladimir da Rocha França
 Walber Cunha Lima
 Walter Nunes da Silva Júnior
 Xisto Tiago de Medeiros Neto
 Yara Maria Pereira Gurgel
 Zéu Palmeira Sobrinho

Abraão Luiz Filgueira Lopes
Adamo Perrucci
Aldemar Monteiro da Silva Neto (CE)
Américo Braga Júnior (MG)
Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave
Ana Cláudia da Costa Aguiar
Ana Luisa de Moraes Campos
Ana Mônica Medeiros Ferreira
Anderson Souza da Silva Lanzillo
André Alves Portella (BA)
André Carneiro Leão (PE)
André de Souza Dantas Elali
Andrea de Andrade Fernandes
Andreo Aleksandro Nobre Marques
Ângelo José Menezes Silvino
Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Bento Herculano Duarte Neto
Caetano Dias Corrêa (SC)
Caio Vitor Ribeiro Barbosa
Camila Miranda de Moraes (CE)
Cândido Bittencourt de Albuquerque (UFC)
Carla de Moraes Coutinho
Carlos Martins Neto (UERJ)
Carlos Wagner Dias Ferreira
Carolina Pereira Lins Mesquita (UFRJ)
Chiavelli Fazenda Falavigno
Clarindo Epaminondas de Sá Neto (UFSC)
Claudia Vechi Torres
Cleanto Fortunato da Silva
Cristina Foroni Consani
Daniel Gaio (UFMG)
Daniel Leib Zugman (FGV/SP)
Daniel Monteiro da Silva
Denise Fonseca Félix de Sousa (UFG)
Dimas Macedo (UFC)
Diogo Pignataro de Oliveira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Edinaldo Benício de Sá Júnior
Eduardo Biacchi Gomes
Eduardo Pragmácio de Lavor Telles Filho (CE)
Elke Mendes Cunha
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras

Everton da Silva Rocha	Lívio Coêlho Cavalcanti
Fabiana Dantas Soares Alves da Mota	Lorena Cordeiro de Oliveira (UFPB)
Fabiano André de Souza Mendonça	Lorena Neves Macedo
Fábio Wellington Ataíde Alves	Lucas Duarte de Medeiros
Fabício Germano Alves	Luciano Athayde Chaves
Felipe Arady Miranda	Luiz Alberto Gurgel de Faria
Felipe Maciel Pinheiro Barros	Luiz Felipe Pinheiro Neto
Fernanda Priscilla Ferreira Dantas	Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Fernando Antonio de Vasconcelos (UFPB)	Marcelo da Rocha Ribeiro Dantas (SP)
Filipe Azevedo Rodrigues	Marcelo de Barros Dantas
Francisco Barros Dias	Marcelo Maurício da Silva
Francisco de Assis Noberto Galdino de Araújo	Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Francisco De Sales Matos	Marco Bruno Miranda Clementino
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (UFPB)	Marconi Antas Falcone de Melo
Heitor Eduardo Cabral Bezerra	Marconi Neves Macedo
Helena Telino Neves (FDUL)	Marcus Aurélio de Freitas Barros
Henrique Batista de Araújo Neto	Margarida de Oliveira Cantarelli (UFPE)
Humberto Lima de Lucena Filho	Maria Marconiete Fernandes Pereira (PB)
Igor Alexandre Felipe de Macêdo	Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
Ingrid Zanella Andrade Campos	Marise Costa de Souza Duarte
Ivan Lira de Carvalho	Matusalém Jobson Bezerra Dantas
Izabela Walderez Dutra Patriota (UnB)	Meyre Elizabeth Carvalho
Jahyr-Philippe Bichara	Morton Luiz Faria de Medeiros
Jeison Batista de Almeida (UNEMAT)	Murilo Oliveira de Souza (UNEMAT)
João Emílio Assis Reis (RJ)	Naide Maria Pinheiro
João Paulo dos Santos Melo	Nathânia de Medeiros Oliveira
Jorge Duarte Pinheiro (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)	Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade
José Araújo da Silva	Otacílio dos Santos Silveira Neto
José Evandro Lacerda Zaranza	Patrícia Borba Villar Guimarães
Jose Miqueias Antas De Gouveia	Patrícia Costa Anache (Universidade de Coimbra)
José Orlando Ribeiro Rosário	Paulo de Souza Coutinho Filho
José Serafim da Costa Neto	Paulo Renato Guedes Bezerra
Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva	Paulo Roberto Dantas de Souza Leão
Karla Viviane de Sousa Rêgo	Pedro Barachisio Lisboa (BA)
Karlos Alves Barbosa (UFU)	Rabah Belaidi (UFG)
Karoline Lins Câmara Marinho	Rafaella Mayana Alves Almeida Cardins
Keity Mara de Souza e Saboya	Raphael Lima Ribeiro (CESG-MG)
Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira	Raoni Macedo Bielschowsky
Leonardo Martins	Rasland Costa de Luna Freire
Lídio Sânzio Gurgel Martiniano	Ricardo César Ferreira Duarte Júnior
Liliana Bastos Pereira Santo de Azevedo	Ricardo Rocha Viola (UFU)
Rodrigues	Ricardo Tinôco de Góes
	Ricardo Wagner de Souza Alcantara

Roberta Eggert Poll (RS)
Robson Maia Lins (PUC-SP)
Rogério Araújo Lima
Rômulo Lima Silva de Góis
Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Samuel Max Gabbay
Sandresson de Menezes Lopes
Sheila Sampaio Gonçalves Barreto
Thiago Oliveira Moreira
Úrsula Bezerra Silva e Lira
Valcir Gassen (UnB)
Victor Rafael Fernandes Alves (UFPB)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (USP)
Virgílio Fernandes de Macedo Junior
Vladimir da Rocha França
Walber Cunha Lima
Walter Nunes da Silva Júnior
William Paiva Marques Júnior (UFC)
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Yanko Marcus de Alencar Xavier
Yara Maria Pereira Gurgel
Yuri Marques de Melo Santiago
Zéu Palmeira Sobrinho

SUMÁRIO

- 11 **Editorial**
- 13 **Prefácio**
- 19 **Precedentes vinculantes e mudança jurisprudencial: um diálogo entre a segurança jurídica e o *overruling* sob a ótica do CPC/15**
Hércules Florentino Gabriel Filho
Nathália Fernandes Coelho
- 35 **A proteção dos direitos do nascituro no julgamento da ADI nº 5.938/DF**
Ana Carolina Luz Prodanov
Fabiana Dantas Soares Alves da Mota
- 55 **Democracia e eleições brasileiras no contexto das fake news**
Elias Cândido da Nóbrega Neto
- 79 **A banalização do processo de tipificação penal à luz do princípio da insignificância, da lei 11.343/06 e da crise do sistema penitenciário brasileiro**
Filipe Dantas de Gois
- 101 **As implicações da reforma trabalhista na natureza jurídico-tributária da contribuição sindical**
Gustavo Henrique de Araújo Oliveira
Luiza Fernandes de Abrantes Barbosa
- 121 **A evolução da função jurisdicional: das amarras da lei à liberdade (re)criativa**
Iandeyara Indra Souza Costa
Maria Clara Galvão
Melquiades Peixoto Soares Neto

- 145 O regime jurídico da tributação do ISSQN em relação às sociedades profissionais: uma análise crítica sobre o município do natal**
Aderdival Brito Cavalcanti Júnior
Matheus Pimentel Veras
- 163 Bandido bom é bandido morto (?): a ineficácia da aplicação da pena de morte para crimes de drogas pelo mundo**
Beatriz Pires Loreto
- 181 A criminologia feminista e o encarceramento: uma análise sobre o sistema prisional do Estado do Rio Grande do Norte**
Gabriela Holanda Bessa de Lima
Ingrid Nataly Fernandes de Sales
Gilmara Joane Macêdo de Medeiros
- 205 Reforma das alíquotas do imposto de renda da pessoa física: um instrumento de justiça fiscal?**
Isabela Araújo Barroso
Karoline Lins Câmara Marinho de Souza
- 227 A arbitragem como método de solução de conflitos pós-reforma trabalhista**
Dominick Luzolo Veloso Bongo
Suévylly Byanca Amorim Pereira
- 245 Ação de produção antecipada de provas: reflexões acerca do exercício do contraditório e do duplo grau de jurisdição nas demandas probatórias autônomas**
Evandro Silva de Souza
Flávia Pereira Hill
- 271 Algumas notas acerca da ocultação de documentos em autuações fiscais a partir do devido processo legal**
André Elali
- 285 A interface entre transjuridicidade, o ensino e a aprendizagem: uma análise dos modelos das nações unidas (MNUS)**
Ângelo José de Menezes Silvino
Maria Creusa de Araújo Borges

O HOMEM QUE SÓ TINHA CERTEZAS

O homem que só tinha certezas não era tão diferente dos outros. Exceto pela sua forma – que não parecia humana, mas alguma figura grotesca próxima a um quadrado perfeito.

Todas as manhãs, em um ritual pertinaz, levantava pelo mesmo lado da cama. Escovava os dentes na execução de movimentos exatos, quase coreografados: de cima para baixo, da esquerda para direita.

O homem que só tinha certezas contava com um vasto vocabulário. Adorava usar a palavra ‘vicissitudes’, embora não soubesse o que significava. Nunca leu Machado de Assis, mas cantarolava “Capitu traiu Bentinho” no ritmo de seu humor matinal.

Experimentava momentos de lucidez conturbada – certa vez chegou à conclusão que epifania é o tempo preciso que dura o instante anterior à percepção, em que todas as respirações travam e a boca quebra um pouco pro lado, quase como se a imagem não fizesse sentido.

Tinha a resposta de qualquer eventual pergunta que porventura caísse em forma de bigorna em cima da humanidade dos outros. Afinal, nunca experimentou a angústia de ser abraçado por hipóteses distintas.

Quando, decidido a se tornar eterno, pôs no papel as suas concretudes. Até que – talvez em uma quarta-feira, ele não lembra ao certo – diz ter visto uma mulher lhe tirar o papel, negando suas verdades.

A mulher rabiscou sobre elas novos momentos de respirações travadas e cantos de boca quebrados.

Assim, como se o protagonista quadrado nunca tivesse cruzado o seu caminho, ela seguiu, descobrindo mais um punhado de homens com epifanias – e verdades quebradas e ideias fagulhadas – que acreditavam saber mais. Acabou por dormir com uns e rasgar outros, transformou dois ou três em livros.

Pariu filhos, algumas teses, estudos científicos, quatro religiões e de vez em quando ainda tende a regurgitar algumas conspirações. Sua única certeza, porém, é a de não ter acumulado nenhuma.

O Conselho Editorial

PREFÁCIO

Dia desses recebo um carinhoso e-mail, em meio a tantos spans: “Professora Yara, nós da InVerbis gostaríamos de convidá-la para fazer o prefácio da revista que está prestes a completar 25 anos...” Que alegria! Não vou esconder a minha emoção! Um saudosismo muito especial tomou conta de mim. E fiz uma viagem pelo tempo... Publiquei meus primeiros artigos científicos (“Inconstitucionalidade da Lei de Greve” e “Abordagem crítica acerca da Terceirização”), respectivamente na 2a e 3a edição da Revista In Verbis, anos de 1995 e 1996.

Em meados do ano de 1994, por entre os corredores do setor 1 do CCSA, já havia a consciência de que, ser aluno universitário não se limitava a estudar, compreender o Direito e “decorar” códigos. Mais que isso. Era preciso debater sobre temas jurídicos, pesquisar e ter publicado nossos artigos científicos. Mas, enquanto alunos, não havia “espaço” para tal pretensão.

Assim, oito destemidos jovens - Eduardo Cavalcanti, Fabiano Mendonça, Fábio Barbalho Leite, Marcos Aurélio Barros, Emanuel Alcoforado, Francisco Glauber, Caio César Marques e Kelps Lima, trincaram os dentes (como diria nosso querido mestre, Paulo Lopo Saraiva), e apesar de todas as adversidades (a então editora da Casa alegou a impossibilidade de viabilizar o projeto justificando que a prioridade, naquela hora, eram os cartões de Natal a serem enviados pelo Reitor às várias autoridades!). Imaginem! Eles foram para “dentro” da Editora. De impressão das primeiras páginas à “colagem” das folhas, foi dado vida e alma à tão sonhada revista jurídica dos alunos da UFRN.

E assim eram eles. E assim são vocês: Donos de uma capacidade motora e inerente à juventude. E as dificuldades se tornam combustão para os desafios e cedem lugar para a bravura.

Em meio ao que chamam por aí de “balbúrdia”, e que para nós se apresenta como um desrespeito institucionalizado à educação

brasileira, vocês se projetam nacionalmente através do debate jurídico existente nas páginas da nossa revista.

Toda a minha admiração e bem querer a vocês que fazem este país. E que tenho a honra de falar: são meus alunos da UFRN! Super agradecida pela oportunidade. Mantenham sempre o entusiasmo *Avante In Verbis!*

Natal/RN, setembro/2019.

Yara Maria Pereira Gurgel

Professora Associada da UFRN. Advogada.

ARTIGOS





PRECEDENTES VINCULANTES E MUDANÇA JURISPRUDENCIAL: UM DIÁLOGO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E O *OVERRULING* SOB A ÓTICA DO CPC/15

Hércules Florentino Gabriel Filho¹
Nathália Fernandes Coelho²

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a nova ótica dada à jurisprudência com o CPC/15 no que diz respeito, principalmente, à vinculação das decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, fazendo um paralelo entre essa consolidação e a possibilidade de mudança desses precedentes, sem que, com isso, haja uma afetação da segurança jurídica. Portanto, inicialmente, proceder-se-á com a uma análise sobre a eficácia da vinculação de precedentes no contexto processual brasileiro. Posteriormente, adentrar-se-á ao exame das questões intrínsecas ao *overruling*, fazendo uma análise dos seus efeitos, e de sua aplicação prática, para que se possa, ao fim, concluir como essa superação total dialoga harmonicamente com a manutenção da segurança jurídica.

1 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Email: hfg_filho@hotmail.com

2 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Email: natfcoelho@hotmail.com

Palavras-chave: Precedentes Vinculantes. Jurisprudência. Segurança Jurídica. *Overruling*.

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 13.105/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil, fomentou, no universo jurídico brasileiro, diversas discussões acerca do sistema de precedentes vinculantes, objetivando melhorar o funcionamento do Poder Judiciário. Nesse enfoque, pode-se afirmar que a referida Lei, para além de contribuir com o acesso substancial à justiça, assim entendido como o acesso a uma tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva, teve como finalidade proporcionar maior segurança jurídica, isonomia e previsibilidade às decisões judiciais.

Diante da incessante busca pela uniformidade na aplicação do Direito, o legislador pátrio apostou em novos métodos inspirados na tradição jurídica do *common law*, construindo um complexo sistema de valorização de precedentes. Contudo, não obstante tenha se verificado a importância dos precedentes vinculantes na jurisprudência dos tribunais brasileiros, cumpre salientar que sua aplicação não poderá ocorrer de maneira desmedida, sob pena de estancar-se o processo de contínua evolução do Direito.

Dessa forma, no atual contexto de mudança jurisprudencial, o *overruling* constitui a resposta judicial ao desgaste - ou até ao evidente equívoco - de um precedente até então replicado em casos similares, situação na qual o tribunal se vê obrigado a abandoná-lo em julgamento futuro. Ressalte-se, por oportuno, que essa mudança de entendimento encontra respaldo na legislação processual civil, não representando violação ao princípio da segurança jurídica e ao dever de estabilidade da jurisprudência, porquanto se coaduna com o ideal de efetividade da justiça.

Assim, o objetivo do presente trabalho é promover uma análise sobre o sistema de precedentes vinculantes instituído pelo CPC/15, a partir das constantes alterações jurisprudenciais observadas nas Cortes de Justiça do país. Para tanto, o foco principal será evidenciar os principais aspectos do embate existente entre a segurança jurídica e o *overruling*, à luz do ordenamento jurídico pátrio.

2 A EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO CONTEXTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO

Conforme asseveram Didier, Braga e Oliveira (2017), diz-se que um precedente é vinculante (ou obrigatório) quando determinada decisão judicial tiver eficácia vinculativa em relação aos casos que, em situações similares, lhe forem supervenientes. Trata-se, portanto, de uma técnica verdadeiramente comprometida com a necessidade de uniformização da jurisprudência dos tribunais, bem como de mantê-la estável, íntegra e coerente, consoante dispõe o artigo 926, *caput*, do CPC.

Com efeito, impende destacar que a reprodução mecânica de precedentes e enunciados de súmulas para fundamentar decisões judiciais, não raras vezes descontextualizados, consiste numa prática já observada antes mesmo do CPC/15, intensificando-se após a sua promulgação. Tal fato justifica-se pela busca por uma prestação jurisdicional eficiente e célere, com foco na solução de casos repetitivos.

Nesse contexto, desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, responsável por modificar a forma de gestão do Poder Judiciário, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro a eficácia vinculante de alguns enunciados do Supremo Tribunal Federal e o requisito da repercussão geral da questão constitucional para admissibilidade do Recurso Extraordinário (THEODORO JR, 2005).

Macêdo (2015), por sua vez, sustenta que a adoção de precedentes obrigatórios decorre da preocupação com segurança jurídica e limitação à criação jurisprudencial do Direito.

Destarte, verifica-se que a fidelidade aos precedentes vinculantes consiste no respeito à *ratio decidendi*, ou seja, às razões necessárias e suficientes empregadas pelos tribunais superiores quando da fundamentação de suas decisões, visando a solução de determinada demanda. Esse respeito pressupõe, primeiramente, o seu reconhecimento pelo juiz encarregado de aplicá-lo e, em segundo lugar, a individualização dos pressupostos fático-jurídicos que tornam os casos idênticos ou similares, e que justificam sua replicabilidade.

2.1 A regra do *stare decisis* e o sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro

A regra do *stare decisis*, amplamente utilizada nos países que adotam o *common law*, preceitua que é imprescindível assegurar a estabilidade e a confiabilidade do precedente, devendo, inclusive, ser seguido pelo Tribunal que o criou. Assim, é possível afirmar que consiste na regra pela qual a segurança jurídica é promovida judicialmente em um sistema que respeita os precedentes.

Manter um entendimento jurisprudencial, além de estar diretamente relacionado à sistemática de vinculação de precedentes, acaba por gerar mais vigor na concretização do princípio da segurança jurídica. Seguindo os preceitos de Jeremy Waldron, essa manutenção de entendimento busca conferir aos jurisdicionados uma base cronológica para acostumar-se com a norma jurisprudencial e, a partir daí, tê-la como âmagô nas tomadas de decisão.

Apesar de garantir uma maior segurança quanto à aplicação da jurisprudência, o *stare decisis*, de modo algum, pode se vincular ao cerceamento do direito, mostrando-se necessária sua harmonização com as regras e princípios consagrados pelo ordenamento jurídico. Para tanto, a legislação brasileira prevê a adoção de técnicas que permitem uma maior fluidez na aplicação dos precedentes, de modo a reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao Direito, exemplifique-se o *overruling* (técnica de superação total de precedente).

Ademais, cumpre ressaltar que a teoria dos precedentes no Brasil possui certas peculiaridades que a diferencia do *stare decisis* inglês, principalmente quanto ao esforço da jurisprudência pátria em formular enunciados de súmulas e consolidar teses que encerram a discussão sobre determinado tema, não sendo possível, muitas vezes, realizar uma análise minuciosa acerca do caso submetido à julgamento. A respeito dessa temática, preleciona Panutto:

A grande distinção entre o *stare decisis* inglês e o sistema de precedentes implementado pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro, é que, na Inglaterra, as decisões não nascem como precedentes, sendo proferidas e futuramente podendo ser invocadas como tal. No Brasil, se a decisão proferida tipifica uma das hipóteses do art. 927 do NCPC, ela já nasce como precedente. Desta forma, a adoção do *stare decisis* na Inglaterra dificulta a futura aplicação da decisão como precedente, pela dificuldade de se identificar sua *ratio decidendi*; no Brasil, este modelo de decisão gera dificuldade tanto na criação (vez que a decisão já nasce como precedente, por disposição legal), como na sua futura aplicação (PANUTTO, 2017, p. 214).

Prescinde destacar, ainda, que o Ministro Edson Fachin, relator do Acórdão do RE 655.265, já se manifestou acerca da relevância do *stare decisis* no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Corte responsável pela fixação de teses jurídicas que passarão a ser seguidas por demais juízes e tribunais. Confira-se:

“[...] 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção - por nosso sistema - da regra do *stare decisis*, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que serve de uma perspectiva lógico argumentativa

da interpretação (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016) [...]” (RE 655265, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-164, DIVULG 04-08-2016, PUBLIC 05-08-2016).

Sendo assim, os precedentes serão aplicados sempre que forem detectados pontos de conformidade entre os aspectos fático-jurídicos, de modo que a distinção é o procedimento no qual são detectadas possíveis similitudes entre a *ratio decidendi* da “decisão precedente” e o caso concreto ora analisado, sendo o caso da aplicação do precedente para resolução da demanda (MELLO, 2016).

Caso não sejam detectadas semelhanças, por consequência, será determinada a divergência entre os fatos jurídicos, não havendo, portanto, a aplicação do precedente. Importa salientar que essa técnica é usada quando já houve a prolação de uma decisão seguindo perfeitamente o devido processo legal.

3 OS IMPACTOS DA TÉCNICA DE SUPERAÇÃO TOTAL DO PRECEDENTE VINCULANTE (*OVERRULING*)

A superação do precedente é procedimentalmente pautada na perda da força vinculante do precedente em virtude da ocorrência de fatos supervenientes que se sobrepuseram a ele, fazendo-o perder sua razão de existir.

É válido salientar que o crucial para a superação e/ou distinção de precedentes, como bem afirma Thiago Asfor Rocha Lima (2014, p. 203), é:

[...] Compreender de que maneira se modificam os princípios jurídicos encartados nas decisões judiciais sem que isso comprometa as bases do sistema, calcado em

princípios como da previsibilidade e da estabilidade da jurisprudência e na isonomia entre os jurisdicionados.

Em virtude disso, técnicas de superação como o *overruling*, em meio à atual conjuntura processual brasileira, afastaria o caráter de imprevisibilidade das decisões, atingindo segurança jurídica na medida em que promovem a celeridade no âmbito do Poder Judiciário, pois é uma sistemática que tem o condão de superar um precedente anteriormente firmado.

Consoante Marinoni (2011, p. 391 e 402), a falta de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica, bem como erros ou equívocos são justificativas extremamente plausíveis para a superação de um precedente.

Um precedente destoa aos moldes de harmonia social no momento em que se distancia das proposições morais, políticas e de experiência válidas à época. Deixa de ter consistência sistêmica quando não guarda coerência com outras decisões. E, por fim, é considerado errado somente na hipótese de um equívoco evidente, “[...] de modo a dar à Corte a nítida ideia de que a perpetuação do precedente constituirá uma ‘injustiça’.” (MARINONI, 2011, p. 392 e 402).

3.1 A aplicação prática do *Overruling*

O *overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. (DIDIER, BRAGA, OLIVEIRA, 2017).

Ainda segundo os preceitos de Didier, essa substituição pode ser expressa (*express overruling*), quando o tribunal abandona expressamente uma orientação anterior e passa a adotar uma nova, ou pode ser tácita, (*implied overruling*), quando uma orientação é tomada em detrimento de anterior, sem haver, porém, uma substituição expressa.

O artigo 927, do Código de Processo Civil, preceitua que:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores’.”

Da leitura do dispositivo acima transcrito, é possível sedimentar a prática da superação do precedente pela própria legislação infraconstitucional. É possível visualizar, ainda, que a mudança de orientação jurisprudencial necessita de uma fundamentação adequada e específica. Assim, mesmo havendo essa segunda possibilidade de *overruling*, ela não é uma hipótese permitida pelo ordenamento pátrio.

Essa superação de entendimento é intrínseca a um sistema jurisprudencial, mesmo havendo o dever de estabilização dos precedentes. Dessa forma, mesmo havendo a necessidade de consolidação do entendimento, a mudança é possível, desde que feita de maneira fundamentada, podendo, inclusive, mostrar-se como um imperativo de justiça.

Seguindo o preceito da valoração do cenário social para aplicação do precedente, Elpidio Donizetti aduz:

Através dessa técnica (*overruling*) o precedente é revogado, superado, em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação. Além de revogar o precedente, o órgão julgador terá que construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam (DONIZETTI, 2015).

Conclui-se, então, que o *overruling* deve ser feito, preponderantemente, pelo próprio tribunal que estabiliza o precedente, devendo este ter autonomia para analisar as conjecturas sociais e julgar a utilidade ou não desse precedente. Tal avaliação permite que essa técnica revigore a jurisprudência e a traga para mais perto da realidade social, garantindo, assim, a segurança jurídica nas decisões proferidas.

Ainda em virtude da preceituação normativa de fundamentação da superação do precedente, é imperioso destacar que deve haver um diálogo entre segurança jurídica e o *overruling*, recomendando-se, para

tanto, a prévia sinalização da superação pelo tribunal. Esse aviso é de suma importância para que o rompimento do entendimento pretérito não transgrida a confiança depositada aos Tribunais pelo jurisdicionado e pelos operadores do direito.

Para manutenção da segurança jurídica, faz-se necessário apontar também que o *overruling* deve determinar, em fase de discussão, a realização de audiências públicas e presença do *amicus curiae*, além de dar publicidade aos Tribunais para expor seus precedentes. Eles são fundamentais para promover o enriquecimento do debate por meio de documentos, experiências e estudos que agreguem ao caso a fim de deixar claro que a superação do precedente é a melhor escolha a ser adotada no contexto em que está inserido.

Por essa técnica argumentativa de sinalização da mudança, frise-se, “a Corte não distingue o caso nem revoga o precedente no todo ou em parte, mas manifesta sua preocupação com a justiça da solução nele expressa” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015) resguardando-se, portanto, a proteção da confiança do jurisdicionado em relação à jurisprudência do tribunal.

Em virtude disso, o enunciado n. 320 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, assegura que “os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros.”.

4 ANÁLISE DE CASO: O REsp 858.056/GO E A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DO *OVERRULING*

Com o objetivo de demonstrar a aplicação do instituto da superação total de precedente (*overruling*), faz-se relevante enfatizar a questão da legitimidade do Ministério Público para requerer indenização decorrente do seguro DPVAT (Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre) em sede de ação civil pública.

No caso, o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça era pacífico no sentido de que o Ministério Público não detinha legitimidade para propor esse tipo de demanda, orientação esta que serviu de fundamento para a edição da Súmula 470 (“*O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado*”).

Entretanto, em agosto de 2014, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 631.111/GO (representativo da controvérsia), decidiu em sentido diametralmente oposto ao STJ, sustentando que o Ministério Público é parte legítima para figurar no polo ativo em ações dessa natureza, sob o argumento de que há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações.

Influenciado pelo resultado desse julgamento, já em maio de 2015, a Segunda Seção do STJ, quando do julgamento do REsp 858.056/GO - julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos - aplicou a regra do *overruling* e, por conseguinte, alterou completamente a sua jurisprudência, harmonizando-a com o entendimento adotado pelo STF. A retratação efetuada conduziu o Superior Tribunal de Justiça ao cancelamento do supracitado verbete sumular, em razão da orientação jurisprudencial posterior firmada pela Suprema Corte.

Destarte, diante de fatos supervenientes que se sobrepuseram à jurisprudência consolidada do STJ, a referida Corte se viu obrigada a aplicar a técnica do *overruling*, visando conferir coerência jurídica e uniformidade na interpretação de demandas dessa natureza, adequando-se às necessidades atuais e reais da sociedade. Ademais, cumpre salientar que esta técnica, da maneira como foi realizada, mostra-se perfeitamente sintonizada com o processo de contínua evolução do Direito, não representando violação ao princípio da segurança jurídica e à necessária estabilidade da jurisprudência.

5 CONCLUSÕES

Conforme observado no decorrer do presente estudo, a uniformização da jurisprudência é de suma importância no ordenamento jurídico pátrio para gerar maior estabilidade nas decisões, por meio de uma fundamentação acertada e levando em consideração os fatos jurídicos de cada caso, de maneira individualizada. Em virtude disso, o CPC/15 trouxe artigos que garantem a vinculação das decisões à precedentes estabelecidos pelos Tribunais.

A regra de *stare decisis* vem como forma de ratificar essa segurança trazida pelos precedentes, fazendo o com que os magistrados assimilem a jurisprudência uniformizada e, a partir dela, desenvolva todo o seu raciocínio lógico para proferir decisões que sigam o entendimento pré estabelecido.

Tal regra, contudo, não pode representar um cerceamento do direito, devendo então ser aplicada quando há uma harmonização entre o precedente e o caso concreto. Caso contrário, o Código de Processo Civil prevê métodos de superação do precedente. Essa superação deve ser realizada na medida em que um precedente antigo perde relação com o atual contexto sociocultural em que a sociedade está inserida.

Diante do exposto, fazendo uma análise conjunta com o caso prático apresentado, conclui-se que o *overruling* serve como forma de garantir decisões justas, ao passo em que supera um antigo precedente em virtude da inadequação do mesmo à realidade fática. Destaque-se ainda que, por mais que uma mudança de entendimento à primeira vista possa parecer uma ameaça à segurança jurídica, serve, na verdade, como uma garantia a ela, pois deve ser feita de modo que permita a participação da sociedade para fortalecer a tomada de uma nova vertente de pensamento, bem como haver a devida fundamentação ao justificar a mudança.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília-DF, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Bahia: Juspodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes do Novo Código de Processo Civil**. Publicado no JUSBRASIL. Disponível em: <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-deprocesso-civil>. Acesso em 25 mai. 2019.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civil no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 876.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Como se opera com precedentes segundo o novo CPC**. Publicado em 22 de março 2016. Disponível em: <http://jota.info/comose-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc>. Acesso em 25 mai. 2019.

PANUTTO, Peter. **A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo código de processo civil.** *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Vitória, v. 18, n. 2, p. 205-226, maio/ago. 2017.

THEODORO JR., Humberto. Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004 sobre processo civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, v. 6, n. 35, p. 17-29, maio/jun 2005. ISSN Eletrônico: 1984-1841. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/89133>>. Acesso em 25 de mai. 2019.

BINDING PRECEDENTS AND JURISPRUDENTIAL CHANGE: A DIALOGUE BETWEEN LEGAL CERTAINTY AND OVERRULING FROM THE PERSPECTIVE OF THE CPC/15

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the new approach to jurisprudence with CPC/15 regarding, in particular, the binding of decisions of the binding courts, making a parallel between this consolidation and the possibility of changing those precedents, without thereby, there is an effect on legal certainty. Therefore, initially, an analysis will be made on the effectiveness of the linkage of precedents in the Brazilian procedural context. Subsequently, it will examine the issues intrinsic to *overruling*, analyzing their effects, and their practical application, so that, in the end, it is possible to

conclude how this total overruns harmoniously with the maintenance of legal security.

Keywords: Binding Precedents. Jurisprudence. Legal Security. *Overruling*.



A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO NO JULGAMENTO DA ADI Nº 5.938/DF

Ana Carolina Luz Prodanov¹

Fabiana Dantas Soares Alves da Mota²

RESUMO

Como advento da Lei nº 13.467/2017, ocorreram algumas mudanças na legislação celetista, dentre as quais merece destaque aquela que atingiu de maneira negativa os nascituros. Pois bem, o presente trabalho tem por objetivo investigar o tratamento dado ao nascituro, enquanto seres dotados de personalidade jurídica e direitos da personalidade, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF, promovida em face de expressão constante no artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho. Como

1 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Email: carolluzprodanov@hotmail.com

2 Professora Orientadora. Mestra em Direito Constitucional (UFRN). Possui pós-graduação em Direito, MBA e graduação, esta pela Universidade Federal do Acre (2007). Advogada, atualmente é Analista Administrativo - INCRA e Professora do Magistério Superior (classe Auxiliar) na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, onde leciona as disciplinas de Direito Civil I, Comissões de Conciliação e Análises de Casos Concretos. Membro do GESTO/UFRN (Grupo de pesquisa direitos sociais contemporâneos), Coordenadora do NETIN (Núcleo de estudos sobre trabalho infantil). Avaliadora em diversos periódicos e Coordenadora da Revista Fides/UFRN. Membro da Comissão do Direito da Moda (OAB/RN), atuando na Comissão interna de Direito do Trabalho.

objetivo específico, tem-se o de entender de que forma os direitos do nascituro foram mitigados pela referida Reforma Trabalhista, bem como demonstrar que o tratamento dado pelos Ministros do STF aos direitos do nascituro foi insuficiente para o reconhecimento deste enquanto sujeito de direitos.

Palavras-chave: Insalubridade. Direito à vida e à saúde. Proteção do nascituro. Sujeito de direitos.

“Se o homem se faz indiferente à vida, não há nenhuma esperança de que possa fazer o bem”. (Erich Fromm)

1 INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei nº 6.787/2016 passou a tramitar perante a Comissão Especial da Câmara dos Deputados ao final do ano de 2016, versando sobre a denominada “reforma trabalhista”, ganhando expressiva notoriedade por ser eleita como meta prioritária do governo, bem como por ser considerada providência essencial para a recuperação econômica do país em face da recessão econômica que estava vivenciando nos últimos anos.

A aprovação da dita “reforma trabalhista” deu ensejo à Lei nº 13.467/2017, promulgada pela Presidência da República em 13 de julho de 2017, com vigência prevista para cento e vinte dias a serem contados a partir de sua publicação oficial, que se deu em 14 de julho de 2017.

Nesse contexto, algumas alterações trazidas pela Reforma na redação da CLT (BRASIL, 1943) provocaram intensos debates no ambiente jurídico. Neste cenário, destaca-se o artigo 394-A, o qual dispunha que as empregadas gestantes poderiam trabalhar em atividades

consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, exceto quando apresentassem atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomendasse o afastamento durante a gestação. Atribuiu-se, pois, à própria mulher gestante, o ônus de comprovar a sua condição de vulnerabilidade em razão das atividades laborativas que exerce.

Diante disso, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, em abril de 2018, propôs a ADI 5.938/DF em face do referido artigo 394-A, incisos II e III, da CLT, discutindo acerca da subversão do valor constitucional da proteção da saúde da mulher, do nascituro e do lactente. Assim, em maio de 2019, ocorreu o julgamento da ADI pelo Plenário do STF, sendo declarada inconstitucional a expressão “*quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento*”, presente na referida norma celetista.

Entretanto, a problemática surge quando, no julgamento pela Suprema Corte, os Ministros, ao proferirem seus votos, destacam tão somente a mitigação dos direitos das gestantes e lactantes, não realizando uma abordagem da violação dos direitos do nascituro, os quais também tiveram seus direitos fundamentais atingidos, como sua saúde e dignidade.

A presente pesquisa justifica-se pela relevância social e jurídica do tema, tendo em vista que o nascituro é dotado de personalidade jurídica e direitos desde o momento da concepção, portanto deve ser tratado e reconhecido pelos operadores do direito como sujeito de direitos, considerando o prejuízo que à exposição às atividades insalubres poderia acarretar ao mesmo.

Em um primeiro momento, portanto, se procurará esclarecer a proteção que goza o nascituro no ordenamento jurídico. Adiante, busca-se delinear o caminho percorrido desde a promulgação da CLT, destacando-se o artigo 394-A, até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF. Em seguida, pretende-se realizar uma análise crítica acerca da violação dos direitos do nascituro pela redação inconstitucional do referido artigo, e qual o tratamento dado a esse no Julgamento da ADI.

Destarte, o presente trabalho vem trazer à baila uma análise crítica acerca da abordagem dos Ministros aos direitos do nascituro no Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF, considerando os direitos que lhe são reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro e a importância de ter seus direitos apreciados e considerados em um julgamento de tamanha relevância à sociedade.

2 A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para que seja possível analisar a abordagem dada aos direitos do nascituro no julgamento da ADI 5938, é essencial, de início, que se perceba qual é o amparo jurídico dado a este pela legislação brasileira, isto é, se é dotado ou não de personalidade jurídica, de forma que se possa verificar se é sujeito de direitos.

Essa personalidade jurídica, sob a perspectiva objetiva, refere-se à aptidão genérica que permite ao indivíduo titularizar direitos e contrair obrigações, isto é, trata-se de um pré-requisito para ser considerado titular de direitos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016).

Entretanto, ainda, deve-se mencionar que, sob o prisma subjetivo do conceito de personalidade jurídica, esta é mais do que a capacidade de ser sujeito de direitos, mas também possuir uma tutela jurídica especial, que possibilita a reclamação de direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna. (FARIAS; ROSENVALD, 2015)

Assim, conforme disciplinam Nelson Rosendal e Cristiano Chaves (2015), na perspectiva civil-constitucional, a personalidade jurídica envolve conceitos como cidadania e dignidade humana, fazendo com que a personalidade seja compreendida como lastro fundamental da ordem jurídica.

De início, deve-se esclarecer que, em consonância com o doutrinador Flávio Tartuce, o nascituro é “aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu” (p. 75, 2016). Relevante destacar que a palavra

deriva do latim *nasciturum* e significa “*que deverá nascer*”, isto é, o feto gerado, mas ainda não nascido.

Ainda, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “nascituro é o fruto da concepção humana que se acha vivendo no ventre materno, vivendo, ainda, em subordinação umbilical” (p. 379, 2010).

Nesse contexto, o artigo 2º do Código Civil (BRASIL, 2002) prescreve que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. A referida redação legal ensejou diversos questionamentos a respeito do *status* do nascituro no ordenamento jurídico, ou seja, se aquele poderia ou não ser caracterizado como sujeito de direitos.

Destacam-se, pois, três teorias defendidas pelos doutrinadores brasileiros para dirimir a controvérsia, sendo elas: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.

Segundo a teoria natalista, o nascituro não teria direitos, possuindo tão somente expectativa destes. Dessa forma, seria um ser humano por nascer, que careceria de personalidade (VASCONCELOS, 2010). Os doutrinadores que sustentam essa corrente, tais como Sílvio Rodrigues e Caio Mário da Silva, defendem que o art. 2º do Código Civil, em uma interpretação literal e simplificada, exige o nascimento com vida para que se adquira a personalidade jurídica. Entretanto, a teoria natalista é criticada em diversos aspectos. Nas palavras de Flávio Tartuce:

A teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até a imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. (TARTUCE, 2016, p. 76)

Por outro lado, tem-se a teoria da personalidade condicional, a qual sustenta que os direitos do nascituro encontram-se em uma condição suspensiva, pois somente adquire personalidade jurídica a partir do

nascimento com vida, como sustentam Washington de Barros Monteiro e Fabio Ulhoa Coelho. Nesse sentido, a referida corrente reconhece a personalidade do nascituro somente para efeitos patrimoniais, mas não garante direitos pessoais ou de personalidade, tratando-se, pois de uma teoria essencialmente patrimonialista (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016).

Por fim, a escola concepcionista defende que o nascituro é sim pessoa humana, tendo, portanto, seus direitos resguardados pela lei (TARTUCE, 2016). Dessa forma, tanto os direitos patrimoniais, quanto os direitos da personalidade, não dependem do nascimento com vida, haja vista que o nascituro já possui, inclusive, o direito de ser adotado ou de ser reconhecido.

Conforme o doutrinador Flávio Tartuce, a teoria concepcionista é, pois, aquela que prevalece em parcela considerável dos doutrinadores do Direito Civil Brasileiro contemporâneo, a qual reconhece ao nascituro os seus direitos desde a concepção (TARTUCE, 2016). Esta também tem evoluído na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do julgado em que foi reconhecido o direito de indenização por danos morais ao nascituro. Veja-se:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - *O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.* III

- Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional.³

À vista disso, resta claro que a teoria concepcionista é a que reconhece a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, de forma que somente por meio desta escola pode-se falar da garantia do direito à vida ou à saúde do nascituro, bem como do direito à integridade física e à gestação saudável.

Desse modo, deve-se ter esclarecido que o nascituro possui composição genética própria e independente de sua mãe, assim como um indivíduo nascido. Filia-se, pois, o presente trabalho, à teoria concepcionista, por entender que esta protege efetivamente o nascituro, por considerá-lo como pessoa, atribuindo-lhe personalidade jurídica, e, portanto, reconhecendo-o como sujeito de direitos.

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5938 E ARTIGO 394-A DA CLT

É imprescindível, ainda, analisar o percurso das modificações trazidas pelo legislador com a referida reforma trabalhista, em especial, fazendo-se o recorte temático sobre a questão do trabalho da gestante em locais insalubres.

O artigo 394-A da CLT (BRASIL, 1943), anteriormente à mudança introduzida pela reforma trabalhista, determinava que:

Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de

3 STJ, REsp 399.028/SP, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, Data de Julgamento: 26/02/2002)

quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre. (Incluído pela Lei nº 13.287, de 2016)

Por outro lado, a reforma trabalhista, a partir da redação dada pela Lei 13.467/2017, trouxe modificações que limitaram os direitos das gestantes, e, consequentemente, do nascituro. Veja-se:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
[...]

Nesta senda, com a reforma, em observância ao inciso II do referido dispositivo legal, a gestante somente seria afastada automaticamente das atividades insalubres caso estas fossem de grau máximo. Isto é, ao serem expostas ao grau mínimo ou médio de insalubridade, para que fossem afastadas, deveriam apresentar um atestado de saúde recomendando o seu afastamento, emitido por médico particular da mesma, constituindo, pois, um ônus em desfavor da gestante. Portanto, embora permitisse o afastamento, este era condicionado e diferido.

Entretanto, em novembro de 2017 foi publicada a Medida Provisória (MP) 808/2017, a qual trouxe diversas alterações à Lei da Reforma Trabalhista, dentre elas, alterou o artigo 394-A:

Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 2º O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação. (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

Dessa forma, o dispositivo legal inverteu a lógica utilizada pela redação da Lei 13.467/2017, ou seja, em atividades insalubres de grau mínimo e médio, a gestante seria afastada do exercício, podendo tão somente ser restabelecida na atividade, caso, voluntariamente, apresentasse atestado médico que a autorizasse.

Isto é, enquanto a Lei da Reforma Trabalhista fez recair um ônus sobre a gestante de apresentar a recomendação médica para que se afaste do exercício das atividades, a MP 808/2017 considerou presumido o risco de exposição da gestante e do nascituro ao ambiente insalubre, afastando-a automaticamente da atividade laboral.

Entretanto, em virtude da previsão do art. 62, §3º e §7º, do texto Constitucional (BRASIL, 1988), as medidas provisórias devem ser

submetidas à aprovação pelo Congresso Nacional no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, sob pena de perderem sua validade. Assim, a MP 808/2017, não sendo submetida ao Congresso Nacional, perdeu sua validade em Abril de 2018, fazendo com que a redação da Lei 13.467/2017 voltasse a vigorar.

A partir disso, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, em abril de 2018, propôs uma ADI em face do referido artigo 394-A, incisos II e III, da CLT⁴. Assim, foi proposta a discussão a respeito da subversão do valor constitucional da proteção da saúde da mulher, do nascituro e do lactente, tendo em vista que o dispositivo estabelecia como regra a exposição da empregada à situação de insalubridade.

A Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, ao se manifestar a despeito da referida ADI, emitiu parecer favorável pela procedência do pedido, aduzindo que:

O art. 394-A-II e III da CLT, embora admita o afastamento de gestantes e lactantes de ambientes laborais insalubres, o faz de maneira condicionada e diferida, o que, sob vários aspectos, impede a efetivação dos direitos fundamentais envolvidos, como revelado. A (suposta) proteção – ou melhor, desproteção – que encerra não atende à urgência reclamada pela situação de vulnerabilidade da trabalhadora gestante ou lactante, nem condiz com a relevância dos bens jurídicos em questão (vida, saúde, maternidade, infância e trabalho digno e seguro).⁵

Ainda, em maio de 2019, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Alexandre de Moraes, concedeu a medida cautelar na referida

4 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF

5 Parecer nº 324/2018 –SFCONST/PGR

ADI 5.938/DF⁶, determinando a suspensão da eficácia da expressão “*quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento*”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017.⁷

Por fim, a controvérsia restou pacificada em 29 de maio de 2019, quando, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938 para declarar a inconstitucionalidade da expressão “*quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento*”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, nos termos do voto do Relator, Alexandre de Moraes, e vencido o Ministro Marco Aurélio.

4 ANÁLISE CRÍTICA DA ABORDAGEM DADA AOS DIREITOS DO NASCITURO NA ADI 5938

A partir de tudo que até aqui foi exposto, deve-se analisar de que forma a redação do artigo 394-A, declarada inconstitucional, mitigava os direitos do nascituro, e até que ponto o Supremo Tribunal Federal se

6 Decisão do Relator, datada de 30 de abril de 2019, para concessão de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.938/DF

7 O Ministro entendeu que estava presente o *fumus boni iuris*, na medida em que a redação da norma impugnada na ADI expõe as empregadas a atividades insalubres de grau médio e mínimo, pois impõe a elas o ônus de apresentar atestado de saúde. Ainda, discorreu que a norma não está em consonância com os dispositivos constitucionais da proteção à maternidade e proteção integral à criança. No que tange ao *periculum in mora*, sustentou que enquanto pendesse o julgamento da ADI, as empregadas, os recém-nascidos e os nascituros continuariam sendo afetados pela redação normativa, devendo tais danos serem obstados.

pautou na defesa e consideração de tais direitos para o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

4.1 A violação dos direitos do nascituro pela redação inconstitucional do Art. 394-A da CLT

O Direito do Trabalho, seguindo o modelo do ordenamento jurídico como um todo, possui diversos princípios que o norteiam, dentre os quais destaca-se o princípio da proteção, sendo este o de maior amplitude e importância na legislação trabalhista, pois atua como um direcionador dos demais princípios.

Nas palavras de Renato Saraiva e Rafael Souto (SARAIVA; SOUTO, 2018), o princípio da proteção consiste na superioridade jurídica que é conferida ao polo mais fraco da relação laboral, por meio de mecanismos capazes de conferir efetiva tutela aos direitos mínimos da legislação laboral. Isto é, estabelece uma rede protetiva que favorece a parte hipossuficiente na relação jurídica de emprego, qual seja, o empregado.

Entretanto, diante da Lei da Reforma Trabalhista o que se verificou foi uma mitigação do referido princípio trabalhista, haja vista o caráter precarizante do dispositivo celetista, o qual, pode-se dizer, que estimulava o trabalho insalubre das gestantes, vulnerabilizando a saúde do nascituro.

Isso porque a Lei 13.467/2017 provocou uma inversão do modelo adotado pela redação legislativa anterior, retirando o caráter protetivo da norma ao, em um primeiro momento, autorizar o trabalho da gestante em atividades insalubres em graus médios e mínimo.

Assim, face ao desamparo legal, caso a empregada não conseguisse obter o referido atestado médico – condição *sine qua non* para o afastamento – encontraria-se diante de uma das duas opções: demitir-se para buscar proteger a vida humana que está sendo gerada, ou submeter-se à situação de insalubridade, colocando em risco a saúde e o bom desenvolvimento do nascituro.

Fato é, o condicionamento do afastamento da gestante mediante apresentação de atestado médico era medida que obstaculizava a ampla proteção garantida pela Constituição Federal, superestimando o trabalho inseguro sobre a saúde, dignidade e bem-estar do nascituro.

Por tudo que já foi explicitado, percebe-se que foi acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal ao afastar o dispositivo celetista, pois a saúde e a proteção da infância devem ser consideradas como elementos que exigem relevante proteção, inclusive no âmbito das relações trabalhistas, ainda que indiretamente por meio das gestantes.

Nesse sentido, o artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) afirma que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem direito à vida e à saúde, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência. Insta destacar que a única passagem em que o texto Constitucional fala em um direito de forma absoluta é quando versa sobre a proteção que deve ser dada a criança e ao adolescente, ensejando o princípio da absoluta prioridade destes.

Além disso, o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) garante que: *“A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”*.

Dessa forma, os riscos que eram trazidos aos nascituros pela sua exposição aos ambientes insalubres feriam, diretamente, o seu direito à vida, à saúde e a proteção, bem como mitigava o dever atribuído ao Estado e à sociedade de garantir ao ser humano em formação condições dignas para que possa se desenvolver de forma sadia. Nessa linha são as ponderações do professor Raimundo Simão de Melo:

Em segundo lugar, o trabalho de grávidas e lactantes em ambientes insalubres poderá afetar não apenas a trabalhadora, mas os recém-nascidos e mesmo os futuros seres humanos, promovendo-se com isso padrão predatório da força de trabalho já antes do nascimento dos futuros trabalhadores, quando começarão a ser

atingidos por agentes contaminantes de adoecimento.
(MELO, 2017)

Estabelecer a permanência no trabalho insalubre e o afastamento da gestante como exceção – condicionando à apresentação de atestado médico – fere a saúde do nascituro, bem jurídico de natureza extrapatrimonial, mitigando, também, os seus direitos da personalidade.

Nesse contexto, em seu trabalho publicado na Revista Brasileira de Medicina do Trabalho, o médico Marcelo Pustiglione, discorre que os referidos ambientes insalubres aos quais são expostos o nascituro, por meio da gestante, podem causar abortos espontâneos, estresse fetal, parto prematuro, restrição do crescimento intrauterino, malformações e alterações genéticas (PUSTIGLIONE, 2017).

Ainda nesse cenário, a OIT, em sua Convenção 182, que trata sobre a *Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação*, em seu artigo 3º, inciso I, alínea d, estabelece que “as piores formas de trabalho infantil” abrangem “*o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças*”.

Ato contínuo, a Resolução 190 da referida Organização do Trabalho, visando determinar e localizar onde se praticam os tipos de trabalho a que se refere o artigo 3º, d da Convenção supracitada, identifica que, dentre outros, são “*os trabalhos realizados em um meio insalubre, no qual as crianças estiverem expostas, por exemplo, a substâncias, agentes ou processos perigosos ou a temperaturas, níveis de ruído ou de vibrações prejudiciais à saúde*”.

Ora, é evidente, portanto, que os riscos trazidos às crianças pela exposição aos ambientes insalubres são inquestionáveis, reconhecido, inclusive, pela OIT como uma das piores formas de trabalho infantil. Imagine-se, pois, quando se trata da vida ainda em desenvolvimento. Se no caso das crianças, estas são afastadas, sem titubear, de ambiente insalubres, por que quando se trata dos nascituros a regra se tornava a exposição a agentes nocivos à sua vida e saúde?

Por fim, a Convenção 183, versando sobre a proteção da maternidade, a qual foi aprovada em 2000 – mas até então não ratificada pelo Brasil – em seu artigo 3º, determina que os Estados-Membros devem adotar as medidas adequadas para assegurar que as mulheres gestantes ou lactantes não sejam obrigadas a realizarem trabalhos prejudiciais à sua saúde ou de seu filho.

Nesse sentido, evidencia-se que o nascituro, diante de sua situação de vulnerabilidade, inerente ao seu estado de desenvolvimento, possui proteção equiparada àquela dada às crianças e adolescentes pelo ordenamento jurídico brasileiro e Convenções da OIT, tendo em vista que são dotados de personalidade jurídica e, consequentemente, titulares de direitos da personalidade.

4.2. O julgamento da ADI 5938 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal

Ao se manifestar a respeito do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5938, o Ministro Relator, Alexandre de Moraes, em seu voto, afirmou ser inconstitucional a norma impugnada, por impor às gestantes o lactantes o ônus de apresentar atestado médico para que possa se afastar de atividades insalubres de grau mínimo e médio durante o período de gestação e amamentação.

Asseverou que a redação do artigo 394-A da CLT ofende os artigos 6º e 7º da Constituição Federal, por atentar contra a maternidade e proteção do mercado de trabalho da mulher. Ressalte-se que, ao longo de seu voto, o Ministro manteve-se direcionado em dar destaque, principalmente, ao direito à saúde da trabalhadora, assim como os demais Ministros da Corte.

Destaque-se que, foi breve o momento em que foram citados e levados em consideração os direitos do nascituro, tendo afirmado o Ministro Alexandre que a norma, em princípio, iria de encontro à Jurisprudência da Corte que tutela os direitos da empregada gestante

e lactante, do nascituro e do recém-nascido lactente, em quaisquer situações de risco ou gravame à sua saúde e bem-estar⁸.

Os demais Ministros acompanharam o Relator em seu voto, com exceção do Ministro Marco Aurélio, o qual sustentou que a declaração de inconstitucionalidade do trecho impugnado iria ferir o princípio do tratamento igualitário entre sexos, pois a proteção alargada ao gênero feminino acaba por prejudicar o próprio gênero, considerando o excesso de mão de obra disponível aos tomadores de serviços.

Em seus votos, os Ministros destacaram, em sua maioria, a necessidade de proteção da dignidade e saúde feminina, bem como a proteção da maternidade, considerando o princípio da vedação ao retrocesso social, conforme destacado pelo Ministro Celso de Melo.

Este destacou, ainda, que o direito não pode ser um instrumento de opressão, mas sim de libertação, destacando que a trajetória feminina de conquistas sociais e econômicas, as quais não podem ser subjugadas pelo difícil exercício das múltiplas funções que a mulher exerce na sociedade.

A Ministra Rosa Weber, em um voto extenso e crítico, trouxe à baila uma perspectiva histórica das Constituições Brasileiras e a assistência à gestante e ao trabalho feminino, destacando que a Constituições de 1946 e 1967 vedavam o trabalho feminino em atividade insalubre. Destacou, ainda, que é necessária a proteção da mulher, considerando suas necessidades específicas em seus diferentes ciclos de vida, e que a proteção da mulher trabalhadora se trata de uma concretização da igualdade material de gênero, pois leva em conta um momento em que está voltada para um projeto de vida familiar.

Todavia, no que tange aos direitos do nascituro, observa-se que não foi realizada uma análise nem se quer superficial de como estes são afetados pela redação do dispositivo celetista, que gravava a exposição da

8 Voto do Ministro Alexandre de Moraes no julgamento da ADI 5938 no Pleno do Superior Tribunal Federal, no dia 29 de maio de 2019.

gestante ao trabalho insalubre e, conseqüentemente, expunha o nascituro a situações que mitigavam seus direitos. Isto é, o elemento central da discussão pautou-se unicamente nos direitos das trabalhadoras, bem como os valores constitucionais do trabalho e da família.

Entretanto, não foi levantada pelos Ministros a violação dos direitos do nascituro, sendo este sujeito de direitos que também deve ser considerado. É evidente que é de suma importância o destaque da situação fragilizada na relação empregado e empregador, gerada pela redação normativa inconstitucional. Todavia, não dar o enfoque aos direitos do nascituro nessa questão, é desconsiderar a luta e o avanço doutrinário e jurisprudencial que os reconhece como sujeitos de direitos, e que, nesse caso, eram os maiores prejudicados com a redação legal, tendo em vista que tinham afetados os seus direitos mais basilares, como o direito à vida e à saúde.

5 CONCLUSÃO

É possível concluir, ante o exposto, que apesar de acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal – ao julgar inconstitucional o trecho do artigo 394-A da CLT que impunha à gestante e à lactante o ônus de apresentar atestado médico para que pudesse ser afastada de atividades insalubres em grau mínimo e médio –, não foi dado devido destaque e consideração aos direitos do nascituro.

Válido ressaltar que a decisão da Corte proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF, não fez jus ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritários, que vem reconhecendo ao nascituro a posição de sujeito de direitos, sendo, portanto, dotado de direitos da personalidade que devem ser reconhecidos.

Por meio da análise do caso, percebeu-se que, a despeito do aprofundado estudo doutrinário acerca da temática dos direitos do nascituro – mesmo diante de uma questão em que estes tinham seus

direitos fundamentais mitigados –, ainda há uma resistência no debate e apreciação pelos órgãos do Poder Judiciário a respeito da proteção jurídica concedidas aos nascituros no ordenamento jurídico brasileiro.

Enfim, surge a partir deste estudo, a certeza de que há vida humana a partir da concepção e que, em razão disso, o nascituro tem o direito de ser tratado pelos operadores do direito como sujeito de direitos, fundado em uma personalidade jurídica existente desde a concepção.

Portanto, na discussão proposta pela ADI, deveria ter sido trazido ao debate a magna questão referente ao nascituro como sujeito de direitos, pois este era o maior afetado pela exposição da gestante à insalubridade, por tratar-se de um dano reflexo à saúde e dignidade da vida humana em formação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Brasília, DF.

_____. Decreto Lei nº 5452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ.

_____. Lei nº 8069, de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF

_____. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF.

_____. Medida Provisória nº 808, de 2017. Brasília, DF.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** Parte Geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, Raimundo Simão de. **Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 180-181, jul./ago. 2017.

PUSTIGLIONE, Marcelo. **Trabalhadoras gestantes e lactantes: impacto de agentes de risco ocupacional (ARO) no processo de gestação, no conceito e no lactente**. Revista Brasileira de Medicina do Trabalho. Disponível em: <<http://www.rbmt.org.br/details/260/pt-BR/trabalhadoras-gestantes-e-lactantes--impacto-deagentes-de-risco-ocupacional--aro--no-processo-de-gestacao--no-concepto-e-no-lactente>>. Acesso em: 27 jan. 2019.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do Trabalho**. 21. ed. Salvador: Juspodium, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 6. ed. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2010.

THE UNBORN CHILD RIGHTS PROTECTION ON THE DIRECT UNCONSTITUTIONALITY ACTION Nº 5.938/DF

ABSTRACT

With the advent of Law no. 13467/2017, there have been some changes in the legislation, such as those that have negatively affected

women, especially in relation to unborn child. The purpose of this essay is to investigate the treatment given to the unborn child, as beings endowed with legal personality and personality rights, on the direct unconstitutionality action nº 5.938/DF, looking to an expression in the article 394-A of the Consolidation of Labor Laws. As specific objective, we must understand how the rights of the unborn child to life and health were mitigated by the aforementioned Labor Reform, as well as to demonstrate that the treatment that was given by the Supreme Court Ministers to the unborn child's rights was not enough to demonstrate the acceptance of them as subject of human rights.

Keywords: Unhealthy. Right to life and health. Protection of the unborn child.

DEMOCRACIA E ELEIÇÕES BRASILEIRAS NO CONTEXTO DAS FAKE NEWS

Elias Cândido da Nóbrega Neto¹

RESUMO

Diante da dinâmica social contemporânea, caracterizada, em grande parte, pela intensificação do uso da internet e da tecnologia nos mais variados campos da vida humana, este trabalho se propôs a analisar uma das consequências mais peculiares derivadas dessa nova ordem: a explosão das *fake news*. De forma mais específica, procurou-se esmiuçar o complexo fenômeno em voga, estabelecendo suas nuances e discutindo suas implicações para com as eleições livres na vigência do Estado de Direito e da democracia. É dada especial atenção à disputa presidencial brasileira de 2018, cujo debate fora severamente marcado pelas *fake news*. Para tanto, foi feita análise da legislação que disciplina – ou deveria disciplinar a matéria – de julgamento do Tribunal Superior Eleitoral e, também, revisão bibliográfica da literatura que permeia o tema. Como resultado, foi possível identificar que a legislação é marcada por

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) em mobilidade acadêmica no Instituto Brasiliense de Direito Público (EDB/IDP). Email: eliascnn2@ufrn.edu.br

lacunas, apesar de ser capaz de anular eleições comprovadamente viciadas pelas *fake news*. Por fim, se conclui que essas representam perigo iminente à democracia.

Palavras chave: Eleições. Fake News. Democracia.

1 INTRODUÇÃO

Malgrado a polissemia impregnada ao termo “direito”, mesmo quando se limita o estudo da pauta à perspectiva jurídica que esse enseja, não parece equivocada a genérica e universalizante ideia de que aquele representa um sistema cujo objetivo é disciplinar a vida em sociedade.

Assim surge, por encadeamento lógico, o pressuposto de que para que cumpra com seu objetivo precípua, o direito tem de se imiscuir nos aspectos mais caros ao grupo social que deseja regular. Com fulcro neste ponto e em uma data que não podemos precisar – e cuja busca poderia alterar os rumos deste projeto – as eleições passaram a ser interessantes ao direito. Então, a partir daí, nas sociedades que se diziam democráticas, o direito eleitoral esteve presente, de maneira mais ou menos atuante, bem verdade, a depender de cada contexto.

No Brasil a Justiça Eleitoral é criada no ano de 1932, período subsequente à proclamação da República. Tal fato representa, de maneira clara, a necessidade que se tinha de regular as eleições, visto que, no regime de Estado escolhido, era por meio delas que se elegia os representantes do povo.

A esta altura é, pois, imprescindível que nos remetamos ao primeiro apontamento aqui realizado: o direito guarda íntima relação com o contexto em que está inserido. Logo, em se falando de direito eleitoral brasileiro, parece evidente o fato de que esse não traz consigo, em 2019, as mesmas preocupações – de todo – daquele direito eleitoral

incipiente do começo do século XX. Naquela época o rádio era pouco difundido. Não havia televisão. A internet era fenômeno inimaginável.

Em que pese o contexto, é esse cenário que há cem anos não se poderia supor que centraliza o debate do direito eleitoral hodierno, uma vez que o mundo digital passou a ser extremamente relevante nas sociedades ocidentais contemporâneas. Cabe, portanto, ao ramo do direito aqui apontado, julgar os conflitos que venham a surgir relacionados às eleições no mundo virtual. Apresenta-se, então, um dos maiores problemas: as *fake news*.

A eleição presidencial norte-americana de 2016, travada, de maneira definitiva, entre a Democrata Hilary Clinton e o Republicano Donald Trump – que saiu vitorioso – foi paradigmática e abriu os olhos não apenas dos Estados Unidos, mas de todo o mundo democrático, acerca do perigo das mentiras relativas a pleitos eletivos no plano cibernético.

Não que práticas que contrariem a verdade em sua perspectiva literal sejam novidade no jogo político. Muito pelo contrário. Todavia, a forma com a qual informações manifestamente incondizentes com a realidade passaram a ser reproduzidas de forma massiva e deliberada por indivíduos interessados no resultado das disputas representa não apenas fato novo, mas assustador.

É bem verdade que já há algum tempo as redes sociais vinham exercendo um papel bastante relevante no tocante à ampliação da participação política da sociedade – vide movimento Vem pra Rua ocorrido no Brasil, em 2013 – porém, como bem se disse, no que tange às eleições, as mídias digitais ainda não tinham apresentado poder de influência tão grande. Influência essa, diga-se, extremamente difícil de controlar. É com a disputa entre Clinton e Trump que se percebe isso.

Portanto, com base nessa perspectiva, este trabalho se propõe a analisar a repercussão do instituto das *fake news* no ordenamento jurídico brasileiro, respondendo aos seguintes questionamentos: o que são, de fato, as fake news? Em que medida elas são ou consistem em um fenômeno novo? Estão disciplinadas na legislação nacional? São capazes

de interferir nas eleições? Caso comprovadas, pode-se anular o pleito? São, pois, uma ameaça real à democracia?

2 O FENÔMENO DAS FAKE NEWS E A ESTABILIDADE DEMOCRÁTICA

Não é novidade alguma o fato de que a democracia brasileira é uma instituição instável. Os números não mentem. Em quase duzentos anos de nação independente houve ao menos três rupturas do regime, quais sejam a Proclamação da República por parte dos militares no ano de 1889; a instauração do Estado Novo por ação do autoritário Getúlio Vargas no ano de 1937 e; finalmente, a Ditadura Militar iniciada no ano de 1964, pondo fim ao governo de João Goulart.

Todavia, com a promulgação da Constituição de 1988, carta essa que receberia o nome de “Constituição Cidadã” e apregoaria o Estado Democrático de Direito, pensou-se que finalmente estariam sendo fincadas bases em fundações seguras.

Malgrado a construção de um ordenamento jurídico e instituições sólidas, a estabilidade segue ameaçada. Não apenas a brasileira e de seus vizinhos latino-americanos de histórico igualmente conturbado. Até mesmo exemplo inimaginável, como os norte-americanos, temem pelo fim do governo da maioria (LEVITSKY et al., 2018).

Apesar da mudança dos tempos, o conceito *latu* de democracia permaneceu intacto, coadunando no sentido de “governo do povo em contraposição ao governo de um ou de poucos” (BOBBIO, 2017). Bobbio diz, ainda, que o que sofreu alteração foi a valoração que se lhe deu, bem como a forma de se lhe pragmatizar: direta ou representativamente. Rais et al. (2018) assinala que o substrato da democracia reside na existência de vínculo entre o povo e o poder.

Nesse sentido, Silveira (2019, apud DAHL, 2006) pontua que são elementos imprescindíveis para que haja consolidação democrática a existência de representantes escolhidos em eleições livres, justas e

frequentes: “a liberdade de expressão; a existência de fontes alternativas de informação; a autonomia para se associarem os cidadãos na busca pelo exercício do Poder Político e a inclusão de todos os membros adultos do corpo político no processo”.

À vista do contexto em pauta, Levitsky et al. (2018) disserta acerca da sofisticação de que os ataques à democracia no mundo contemporâneo globalizado se revestiram. Não é mais necessário a execução de um líder em praça pública ou o desfile dos carros militares no centro de Brasília para tanto:

É assim que tendemos a pensar na morte de democracias: nas mãos de homens armados. (...) Porém, há outra maneira de arruinar uma democracia. É menos dramática, mas igualmente destrutiva. Democracias podem morrer não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos – presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder. (LEVITSKY et al., 2018).

Não por acaso, as discussões relacionadas com a divulgação das chamadas *fake news* foram o cerne do debate das eleições de 2018, nos mais diferentes meios: na mídia, na academia e nas rodas informais de conversa. Diante disso foram criados diversos modelos de *Fact-checking*², tais como a ferramenta *Fato ou Fake*, do portal G1, cujo trabalho verificava as informações fornecidas pelos candidatos em entrevistas e debates durante as eleições de 2018; o projeto *Eleições sem Fake*, na Universidade Federal de Minas Gerais, que, por sua vez, avaliou a veracidade das postagens realizadas em redes sociais, notadamente no *Twitter*, no *Facebook* e no *WhatsApp*; e, também, as agências *Lupa*,

2 Pode-se definir *Fact-checking* como a verificação da autenticidade/ veracidade de informações.

Aos Fatos e Pública, essas três últimas filiadas à *International Fact-checking Network*, segundo Rais et al. (2018).

O ex-presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Ministro Luiz Fux, ao término do exercício de seu mandato, afirmou que a corte seria ostensiva no combate às *fake news* (LELLIS, 2018). Em meio a tanta evidência é imprescindível, a priori, definir, ou ao menos tentar definir, tal expressão.

A professora Irene Nohara (2018) leciona no sentido de que até mesmo os animais emitem *fake news* (apud SAFINA, 2015), quando, por exemplo, macacos do leste africano, ao estarem sofrendo derrota em combate físico, passam a se comunicar com seus oponentes no sentido de “dizer” que estão chegando leopardos. Segundo Nohara teria sido, inclusive, na própria África que surgira a *fake news*, uma vez que, até onde se sabe, lá surgira a humanidade.

No meio jornalístico, onde a pauta em apreço é central, distingue-se, por exemplo, a “barriga”, que seria uma notícia meramente equivocada, das *fake news*. Aquelas (PAIERO et al., 2018) nascem de erros não premeditados, enquanto as últimas derivam da fabricação deliberada de informações. Isto é, é o caráter fraudulento o fator distintivo.

Mas as *fake news* vão além. Não são apenas notícias fraudulentas. São notícias fraudulentas revestidas de verdade (CAMILLO, 2018). São criadas não apenas com o dolo de mentir, mas com vistas a fazer com que aqueles que com elas se deparam, creiam. Camillo (2018) segue afirmando que a língua portuguesa ainda não encontrou um termo adequado capaz de definir o que seria uma *fake news*, na medida em que não é apenas uma mentira, mas uma mentira com o objetivo de prejudicar.

Mergulhão et al. (2018, p. 79), a seu turno, define as *fake news* “como a divulgação de notícias de duvidosa certeza e/ou veracidade como o ilícito de postura antidemocrática capaz de desequilibrar o pleito e interferir na lisura do processo eleitoral”.

Frente à tarefa hercúlea que é cumprir com o objetivo de conceituar de forma precisa, ou pelo menos tentar fazê-lo, as *fake news*,

parece mais adequada a lição do Professor Diogo Rais, de Direito Eleitoral da Universidade Mackenzie:

Partindo da premissa de que a mentira está no campo da ética, sendo que o mais perto que a mentira chega no campo jurídico é a fraude e, talvez uma boa tradução jurídica para fake news seria “notícias ou mensagens fraudulentas”. Enfim, talvez um conceito aproximado do direito, porém distante da polissemia empregada em seu uso comum, poderia ser identificada como uma mensagem propositadamente mentirosa capaz de gerar dano efetivo ou potencial em busca de uma vantagem. (RAIS, 2018, p. 107)

A jornalista Claire Wardle (2017) elenca uma série de modalidades de *fake news* que, por si só, demonstram o largo alcance e a versatilidade de que goza o instituto. Assim, resta claro que o objetivo das *fake news* é gerar desinformação àquele indivíduo que lhe recebe. Isso, de forma isolada, representa uma imoralidade – como bem coloca o professor Rais (2018, p. 106), ao afirmar que as mentiras não interessam ao campo de estudo do direito, mas da ética. Todavia, quando toma proporções alarmantes, transcende a relação de uma atividade apenas moralmente reprovável. Cria-se, portanto, um conflito que interessa ao direito, na medida em que ameaça a harmonia do grupo social que aquele – o direito – pretende regular.

No contexto eleitoral, a divulgação massiva de notícias reconhecidamente fraudulentas ameaça não apenas a legitimidade do pleito que se trava. Corre risco, como assevera Steven Levitsky et al. (2018), a vida da democracia do país. Passar-se-á, portanto, a se debruçar na legislação que disciplina a matéria.

3 A QUESTÃO NA LEGISLAÇÃO ELEITORAL

De início, imperioso destacar que no Código Eleitoral não há nenhuma menção expressa ao termo “*fake news*”. É que, como já fora abordado, quando da produção do texto normativo em voga, esse instituto sequer existia.

Há menção, entretanto, como pontua Rais (2018), no art. 323 do diploma em questão, à ilicitude da “divulgação de fatos que se sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado”. No mesmo sentido aprovou-se recentemente, apesar do veto do Presidente da República, Jair Bolsonaro, lei³ que impõe dura pena – dois a oito anos de reclusão – a quem dá “causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral”. A despeito disso, não é estabelecida, de maneira explícita, qualquer consequência ao pleito viciado pelas condutas mencionadas. É como se, apesar de se poder punir quem interferiu na disputa, essa, ainda assim, restaria preservada.

Muito embora tal contexto, a teoria do direito evoluiu ao ponto de prescindir da literalidade do texto para que se viesse a julgar algo. Não é para menos. Os textos normativos, visto a complexificação e o dinamismo do processo da linguagem, podem tomar, ao longo do tempo, diferentes interpretações.

Não se está afirmando, nem se poderia fazer, que se possa interpretar ao próprio gosto qualquer lei. De maneira alguma. O que se quer pontuar é o fato de que a linguagem é caminho e limite da interpretação. Bobbio (1995, p. 214) sustenta que a interpretação “nunca será antitextual, isto é, nunca se colocará contra a vontade que o legislador

3 O Congresso Nacional derrubou o veto do presidente da República em relação ao art. 326-A e sancionou a Lei nº 13.834, de 4 de junho de 2019.

expressou na lei”. Alguns dispositivos normativos, respeitando sempre a moldura do texto, estão aptos a se ajustarem a situações não pensadas pelo legislador quando da sua produção. Outras não. Um exemplo muito claro de conteúdo engessado é o art. 21, II, da Constituição Federal, que diz:

Art. 21. Compete à União:

II - declarar a guerra e celebrar a paz;

Desta leitura há margem para múltiplos entendimentos? Parece que não. A única conclusão possível é a de que não podem os Estados, tampouco os Municípios, muito menos instituições ou pessoas de direito privado declararem guerra ou celebrar a paz. Apenas a União é capaz de fazê-lo. Por outro lado, outras tantas normas não são dotadas de tamanha simplicidade semântica. Um bom exemplo disso é o art. 222 do Código eleitoral, que lida com a anulabilidade das votações:

Art. 222. É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o Art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei.

Tal dispositivo possui extrema dificuldade de aplicação, em função de critérios formais e materiais. Afirma-se que é, pois, passível de anulação, a eleição viciada por falsidade e fraude, além de outras várias causas⁴. Os termos, “falsidade” e “fraude”, como parece claro, não

4 Tome-se nota acerca da confusão que o legislador faz entre os institutos da “nulidade”, que tem efeitos *ex tunc*; e da “anulabilidade”, com implicações *ex nunc*. O capítulo em que o artigo em análise se encontra recebe a alcunha genérica de “das nulidades da votação”. Sobre a questão pontua Gomes (2018, p. 634): “Lamentavelmente, a atecnia do legislador tem refletido na jurisprudência e na doutrina. Não raro, leem-se arestos em que o adjetivo nulo e o substantivo nulidade são usados em lugar de anulável e anulabilidade, a expressão fator de nulidade em lugar de fator de anulabilidade”.

exaurem a possibilidade de interpretações a um rol limitado e previsível. Gomes (2018, p. 646) define a última como “frustração do sentido e da finalidade da norma jurídica pelo uso de artimanha, astúcia, artifício ou ardil”. Ante a vagueza e a amplitude evidenciadas, abre-se um infinito de hipóteses de anulação de pleitos eleitorais. Estariam as *fake news* presentes nesse elenco?

Pois bem. Ao se partir do pressuposto de que *fake news* consistem em notícias fraudulentas (RAIS, 2018), não resta dúvida alguma de que se encaixam no universo aberto pelo legislador. Malgrado o apontamento, ao se aceitar a premissa anterior é necessário cautela para que não se crie uma armadilha semântica, na qual qualquer mentira levantada em corridas eleitorais, visto a dificuldade de distinção entre mentiras e fraudes, esteja apta a se enquadrar no art. 222 e, consequentemente, anular o pleito.

A esta altura já é possível imaginar o estado de absoluto caos que se instalaria se qualquer mentira proferida em tempos de eleição fosse capaz de invalidar a disputa. Como já se reiterou, mentiras, em essência, não interessam ao direito. Constituem elemento pertencente à vida privada dos indivíduos, esfera essa na qual o Estado não deve se imiscuir, salvo se aquela reverberar em plano transcendente ao foro íntimo, gerando dano a outrem.

Assim, em se estando diante de uma mentira interessante ao direito, essa deixa de ser meramente uma inverdade. Constitui-se, então, em fraude. E fraude, como já se viu, é causa de anulação de eleição. O grande obstáculo, porém, é encontrar o ponto no qual determinado discurso deixa de ser apenas uma mentira para ser considerado fraude. É um problema cuja substância reside na dimensão da linguagem. O termo “fraude” é citado inúmeras vezes nas mais diferentes codificações do ordenamento pátrio: civil, penal, eleitoral etc., contudo em nenhuma delas há uma definição clara.

Miguel Reale (2002, p. 279) disse que o intérprete tem de estudar o dispositivo legal com vistas a encontrar seu respectivo sentido. Afirma que a lei é uma “declaração de vontade do legislador”, de modo que é

preciso questionar-se acerca da exata denotação apreendida ao termo. Pelo que pontuou Reale deve, portanto, o intérprete, tentar inferir o sentido que o legislador quis dar ao texto quando da sua propositura. Tal tarefa apresenta-se extremamente complexa, quase que como adivinhação. Destarte, parece mais adequada uma leitura sistemática – “que implica não só no pressuposto da racionalidade do legislador, como também no pressuposto de que a vontade do legislador seja unitária e coerente (BOBBIO, p. 214, 1995) – do enunciado, na medida em que os dispositivos não são unidades autônomas e dissociadas das demais, mas partes que compõem um todo, todo esse concebido como o ordenamento jurídico. Como já discutido, no todo encontra-se reiteradas vezes a expressão em voga, sem que dela seja possível extrair um significado objetivo. Assim, temos que deve ser atribuído ao julgador, quando da análise do caso, a tarefa de constatar ou não a incidência da notícia fraudulenta que, como já se disse, é mais que uma mera mentira.

Humberto Ávila (2009, p. 12) alerta acerca dos problemas do privilégio dado à justiça particular em relação à justiça geral, isto é, em se dar excessivo valor às normas individuais e concretas – fruto da aplicação do direito no caso concreto – em detrimento das prévias, gerais e abstratas. Diz, também, que tal cenário é fruto do privilégio à ponderação dos princípios sobre a subsunção às regras. Segundo o autor esse contexto apresenta, como consequências, (i) um antiescalonamento do ordenamento, em função da atribuição meramente aconselhatória à lei; (ii) uma ruptura da ordem democrática, uma vez que suprime a atividade legislativa e; (iii) a instalação de um ambiente de insegurança jurídica legitimada, fruto da ponderação indiscriminada.

Em que pese a lição, não se está privilegiando a ponderação. O legislador deixou muito claro que em se tratando de fraude que contaminou a eleição, deve-se proceder à sua anulação. O que se quer dizer é que recairá na subjetividade do magistrado à aferição da presença ou não da fraude. E, além disso, se essa eivou de vício a disputa.

Em função disso, mesmo sabendo do risco da atribuição de tamanho poder ao já superpoderoso judiciário, não pode ser delegada a

outra pessoa que não ao julgador a tarefa de, no caso concreto, constatar a existência ou não de fraude. Demonstrá-la é ônus de quem lhe acusa.

Vejamos. Em um cenário hipotético o candidato “A” afirma, perante seus eleitores, em um comício, que quando jovem fora capitão do time de futebol de seu colégio e levou sua equipe à conquista do torneio regional. Não houve repercussão alguma do referido discurso, nem na imprensa e nem nas redes sociais. O candidato “A” fora eleito.

Seu adversário, irresignado e pouco convencido da afirmação, foi aos arquivos da escola atestar a veracidade das informações, tendo chegado à constatação, por meio de registros objetivos e idôneos, de que aquilo era uma mentira. O candidato “A” era sim atleta da escola, mas de basquetebol. E reserva.

Consternado com a referida mentira, o candidato “B” acionou a Justiça Eleitoral, invocando o art. 222 do Código regulador, pugnando pela anulação do pleito. Dizia, apesar da falta de repercussão da notícia, que aquilo simbolizava uma fraude. Visto isso, percebe-se que a questão suplanta uma mera compreensão jurídica e se situa, de forma definitiva, no campo da linguagem. Deveria, pois, lograr êxito o pedido do candidato derrotado?

Para responder tal indagação faz-se necessário, antes, responder a duas outras: (i) pode a mentira em tela ser considerada fraude? Caso a resposta ao questionamento anterior seja positiva; (ii) a fraude em análise eivou a eleição? Isto é, influenciou o resultado da disputa?

Mesmo sabendo que o referido discurso é inverídico, a bem da verdade é que mais parece uma mentira extravagante do que uma fraude, algo como que uma brincadeira. Todavia, em se adotando uma definição *latu sensu* de “fraude”, de forma que essa passe a assemelhar-se de maneira intensa ao vocábulo “mentira”, dar-se-á resposta afirmativa ao item (i).

Agora, foi essa fraude capaz de influenciar os eleitores a mudarem seu voto em favor do candidato “A”, de maneira que ele, em decorrência disso, foi eleito? Aqui reside o entrave material do dispositivo. Silveira (2016) suscita a problemática em análise quando afirma que:

A vontade de um cidadão é formada por uma complexidade de fatores nem sempre racionais. É assim na vida privada, não seria diferente no momento em que encontra seu papel democrático. Quando se trata da liberdade do voto, a questão que se coloca é saber se a desinformação é capaz de impactar a autonomia da vontade. (SILVEIRA, 2016)

Mesmo supondo que se tratava de uma localidade cujos eleitores eram apaixonados pelo esporte em voga, representaria ônus argumentativo colossal provar que aquela notícia oportunizou vício concreto ao pleito. Deferir o pedido do candidato “B”, assim, representaria atentado ao razoável. É bem verdade que o advogado José Roberto de Castro Neves (2018), em sua irreverente e informativa obra *Como os Advogados Salvaram o Mundo*, disse que em uma sociedade impregnada pelo espírito do bom-senso, os profissionais do direito não teriam espaço. Felizmente para eles, essa não é a realidade vigente.

Após esse exemplo esdrúxulo é possível constatar uma premissa sólida: não é a fraude, por si só, que pode vir a anular uma eleição. É a relevância desta para o resultado da disputa que o fará. Dessa conclusão surge o questionamento: então não deve haver repercussão alguma às mentiras e às fraudes de menor repercussão?

A resposta é, simultaneamente, negativa e afirmativa.

Negativa na medida em que uma sociedade democrática, pautada no representativismo e na moralidade cívica, a verdade deve prevalecer. Falseamentos devem ser verificados, denunciados e punidos, nas esferas que lhe forem devidas. Apesar disso, juridicamente, nem toda mentira, como exaustivamente se colocou, possui valor. É que aquelas pertencem, em essência, ao campo da ética. Portanto, devem ser aplicadas sanções aos enganadores de diferentes naturezas, e não apenas por parte do poder judiciário.

A síntese à qual se é possível chegar, do estudo que se empreende, é que, sim, *fake news* podem vir a ser causa de anulação de

uma eleição. Contudo, não são quaisquer *fake news* capazes de tanto. Há de se comprovar de que elas foram essenciais para a concretização do resultado alcançado.

4 AS ELEIÇÕES DE 2018 SOB PERIGO?

No item anterior, discutiu-se acerca da possibilidade de se anular uma eleição cujo resultado fora alterado em função da divulgação de *fake news*. À vista da inteligência do art. 222, do Código Eleitoral, chegou-se à conclusão de que é sim possível fazê-lo. Agora, este trabalho irá se debruçar nas eleições presidenciais brasileiras de 2018, em busca de responder à pergunta de que se elas são passíveis ou não de anulação.

A exemplo da corrida norte-americana, da qual se falou nas linhas iniciais deste texto, o pleito nacional de 2018 foi extremamente polarizado e marcado pela disseminação de inverdades. O Jornal Folha de São Paulo (2018), por exemplo, divulgou matéria, com base em estudo do já citado projeto *Eleições sem Fake*, afirmando que das cinquenta imagens mais compartilhadas na plataforma WhatsApp no contexto das eleições, apenas quatro eram verdadeiras.

Tal informação decorre de ferramenta de verificação do projeto citado, que atuou em cerca de trezentos e cinquenta grupos de discussões políticas na plataforma em voga e filtrou 846.905 mensagens. Se quanto ao discurso do candidato “A” do exemplo fornecido nas linhas pretéritas havia dúvida se aquele se constituía de fraude, aqui esse questionamento não persiste. Houve pessoas que, deliberadamente, manipularam informações com vistas a propagar inverdades e, assim, influenciar o eleitor na escolha de seus candidatos.

É possível citar incontáveis *fake news* ligadas ao contexto desenhado, porém uma emblemática foi a do “kit gay”. Circulou de forma assustadora na internet a notícia de que o candidato ao Planalto Fernando Haddad, do Partido dos Trabalhadores, enquanto ministro da educação do governo Dilma Rousseff, teria aprovado a distribuição, na

rede pública de ensino para crianças, do livro *Aparelho Sexual e Cia - Um guia inusitado para crianças descoladas*, do suíço Phillipe Chappuis, publicado no Brasil pela Companhia das Letras.

Muito embora a repercussão, o referido material nunca foi distribuído em escolas, sequer recomendado. Tanto o Ministério da Educação quanto a editora da referida obra, que possui material sexual explícito, afirmaram tal fato.

Entretanto, o Presidente eleito Jair Bolsonaro, durante toda o período concorrencial e, até mesmo depois dele, propagou essa informação, comprovadamente inverídica. O episódio mais notável se deu em sua sabatina perante o programa Jornal Nacional, da Rede Globo, em que falou: “(...) eles tinham acabado o 9º Seminário LGBT Infantil. Repito, 9º Seminário LGBT Infantil. Estavam discutindo ali, comemorando o lançamento de um material para combater a homofobia, que passou a ser conhecido como ‘kit gay’” (G1, 2018).

A insistência do compartilhamento da *fake news* do “kit gay” levou a chapa “O povo feliz de novo” a ingressar com uma ação judicial em detrimento da chapa “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”, do *Twitter*, do *Facebook* e do *WhatsApp*. O pedido foi julgado procedente em parte, de forma que fora determinada a remoção do conteúdo de algumas páginas URL.

A decisão é muito clara ao afirmar que “a difusão de informação equivocada de que o livro teria sido distribuído pelo MEC no referido projeto, no PNLD [Plano Nacional do Livro Didático] ou no PNBE [Plano Nacional Biblioteca da Escola], gera desinformação no período eleitoral, com prejuízo ao debate político, o que recomenda a remoção dos conteúdos com tal teor”⁵.

Estamos, portanto, diante de uma decisão judicial que reconhece uma mentira que gerou repercussão no mundo jurídico, isto é, diante de

5 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – Representação Nº: 0601699-41.2018.6.00.0000. Min. Carlos Bastide Horbach, Data de julgamento: 16/10/2018.

uma fraude. Com fulcro no art. 222 do Código Eleitoral, fraude, desde que responsável por viciar o resultado de uma votação, é capaz de anulá-la. Está, então, a eleição de 2018 sob risco?

Um dos requisitos já está presente, qual seja a incidência de fraude. Resta, portanto, para responder à pergunta, saber se essa fraude foi determinante para a o produto das urnas. Não por acaso, essa indagação é muito mais difícil de responder. E o é na medida que é extremamente difícil precisar subjetivamente sua repercussão. Por mais que se chegue a um número objetivo da quantidade de pessoas que visualizaram e compartilharam a referida informação, afirmar que ela foi fundamental na motivação do voto de cada um que com ela teve contato é tarefa quase impossível.

Logo, com base nessa ideia, chega-se à conclusão de que o compartilhamento tão somente desta *fake news*, não é capaz de anular a eleição de 2018. Tanto que sequer pugnou-se portanto, de maneira que a matéria precluiu, vide art. 223⁶ do Código Eleitoral.

Porém, diante de atos abusivos (STOCO et al., 2016), notadamente do abuso do poder político ou econômico, o instituto parece estar apto a aplicação. O professor Sérgio Branco (2017), em um artigo que trata dos *filtros-bolha* na internet – “que são personificação dos conteúdos da rede, feita por determinadas empresas como o Google, através de seus mecanismos de busca, e redes sociais como o Facebook, entre diversas outras plataformas e provedores de conteúdo – alertou acerca da lucratividade do mercado das *fake news*, que rende altas quantias de dinheiro aos donos dos sites em que os anúncios são feitos.

Assim, se observa a interferência do poder econômico na propagação das *fake news*. Salgado (2009, apud SILVEIRA, 1998), lecionando acerca dos abusos dos poderes econômico e político, pontua:

6 O art. 223 do Código Eleitoral prescreve que a “nulidade” deve ser arguida quando da sua prática, ressalvados o motivo superveniente ou de ordem constitucional.

Ofendem a liberdade e a igualdade, essência da ordem democrática, pois são “[...] formas de aliciamento ilegítimo de eleitores, conspurcando-lhes a consciência, com evidente dano à plena liberdade do sufrágio, ou desprezando-se o princípio da igualdade no processo eleitoral, com quebra do equilíbrio a presidir a participação de partidos políticos e candidatos na competição legítima pela conquista do voto livre”.

A autora ainda faz referência ao voto do Ministro Fernando Neves, do TSE, no acórdão nº 4.410, no qual afirma “que a potencialidade é elemento intrínseco a qualquer forma de abuso, econômico ou político, isto é, práticas abusivas são aquelas que excedem o normal na utilização do poder econômico ou do poder de autoridade”.

Caso se constate que existiu uma força tarefa, por intermédio do poder econômico, com vistas a beneficiar determinado candidato, por meio da criação de uma rede de notícias falsas, não se estará diante de uma *fake news*. Mas de inúmeras notícias fraudulentas, deliberadamente construídas por particulares com vistas a interferir nas eleições. Parece, portanto, um caso passível de anulação de eleição com fundamento no art. 222 do Código Eleitoral.

Mesmo que não se consiga provar que determinado candidato teve culpa na formação e proliferação dessas notícias, vem-se entendendo que esse responde objetivamente. Como leciona o professor Victor Aguiar Jardim de Amorim (2017), “a imputação de responsabilidade eleitoral funda-se, ainda, “nos benefícios que elas proporcionaram (ou teriam proporcionado) a determinada candidatura” (apud GOMES). Da mesma maneira se posiciona Rui Stoco et al. (2016), quando diz que mandatos eletivos podem ser desconstituídos em função da mácula da vontade do eleitor, ainda que por ação de terceiros.

Válida a lição de Gomes, neste sentido (2018, p. 263):

Por outro lado, há casos em que o instituto da responsabilidade está comprometido essencialmente com a efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados, a

saber: lisura e normalidade do pleito, legitimidade dos resultados, sinceridade das eleições, representatividade do eleito. Como exemplo, cite-se o abuso de poder previsto nos artigos 19 e 22, XIV, da Lei de Inelegibilidades, e no artigo 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal. Pouco importa, aí, a perquirição de aspectos psicológicos dos infratores e beneficiários da conduta ilícita. (GOMES, 2018, p. 363).

Portanto, à vista do que fora elencado e uma vez o §1º do art. 223 do Código Eleitoral destacando que a anulação poderá ser pleiteada quando da descoberta de fato superveniente é possível, sim, afirmar que tanto as eleições brasileiras de 2018, quanto as de 2016 – que elegeram prefeitos e vereadores – podem vir a ser anuladas. Frise-se: possível descoberta de abuso do poder econômico no fomento de *fake news*, ainda que na ausência de culpa do beneficiado, caracterizaria fraude relevante no resultado do pleito, de forma que, com fundamento no art. 222 do Código Eleitoral, estaria passível de anulação a disputa.

5 CONCLUSÃO

Com base em todo o estudo empreendido podemos chegar a algumas conclusões.

A primeira é de que existe uma diferença entre uma simples mentira e uma *fake news*. Mentira é gênero, *fake news* espécie. Isto é, toda *fake news* é uma mentira, mas nem toda mentira é uma *fake news*. Essas são uma forma de representação daquela, porém sofisticadas, revestidas, por meio de ação deliberada, de veracidade.

A segunda é a de que nossa legislação eleitoral é genérica em demasia quando colocada à frente da questão das *fake news*. Como muito se discutiu, é por meio de processo hermenêutico, de interpretação extensiva, que se insere a pauta nas prescrições já existentes. A consequência prática disso é insegurança jurídica, uma vez que a falta de

clareza da lei gera impensáveis interpretações e dificuldade de aplicação.

A terceira é a de que as *fake news* podem sim vir a alterar o resultado de uma eleição. Ora, a propagação de informações inverídicas acerca de determinado candidato, se realizada de forma eficaz, pode muito bem fazer com que parcela do eleitorado venha a escolher outro candidato e, assim, interferir no pleito.

A quarta é a de que apesar do fato das *fake news* serem capazes de viciar uma disputa eleitoral, é extremamente difícil mensurar seu grau de interferência. Isso torna o art. 222 do Código Eleitoral, quando fala da fraude, um dispositivo praticamente inutilizável. Por mais que se prove que determinada notícia é fraudulenta e foi plantada propositalmente, afirmar que essa mudou a eleição é tarefa árdua. A hipótese que se apresenta como hábil a invocar aquele é a de que haja propagação planejada, massiva e com interferência do poder econômico, combinação que coadunaria em fraude incontestável.

A quinta e última é a de que em sendo nas democracias representativas as eleições a maneira dos cidadãos escolherem seus mandatários, e que essas são passíveis de serem viciadas – e anuladas – pelas *fake news*, a própria democracia passa a ser uma vítima em potencial da ação das últimas. Há de se pensar na hipótese de, mesmo havendo influência das *fake news* no resultado, não haver consequência alguma, fato que deslegitimam a eleição e, conseqüentemente, a democracia como um todo.

Em síntese, temos que as *fake news* se apresentam como elemento ameaçador das eleições, porquanto são capazes de enganar os eleitores e enviesar seu voto; e da ordem democrática representativa, que escolheu o processo eleitoral como meio apto a pragmatizar a escolha dos prepostos do povo.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Críticas à posição do TSE sobre a responsabilidade do candidato beneficiário**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-28/victor-amorim-criticas-posicao-tse-responsabilidade-beneficiario>>. Acesso em nov. de 2018.

ÁVILLA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em dez. de 2018.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.

_____. (compilados por Nello Morra). **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito, São Paulo: Ícone, 1995.

BRANCO, Sérgio. Fake news e os caminhos para fora da bolha. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 51-61, ago./out. 2017.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. O fenômeno do fake news e a sua repercussão na responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro. **Fake news a conexão entre a desinformação e o direito**. In: RAIS, Diogo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Só 4 das 50 imagens mais replicadas na eleição no WhatsApp são verdadeiras**. [S.l.]. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/so-4-das-50-imagens-mais-replicadas-na-eleicao-no-whatsapp-sao-verdadeiras.shtml>>. Acesso em: jun. de 2019.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

G1. **Jair Bolsonaro (PSL) é entrevistado no Jornal Nacional**. [S.l.]. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/08/28/jair-bolsonaro-psl-e-entrevistado-no-jornal-nacional.ghml>>. Acesso em: jun de 2019.

LELLIS, Leonardo. Luiz Fux: **Eleições podem até ser anuladas por causa de ‘fake news’**. Revista Veja. [S.l.]. 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/luiz-fux-eleicoes-podem-ser-anuladas-por-causa-de-fake-news/>>. Acesso em jun de 2019.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MERGULHÃO, Danilo Rafael da Silva; MERGULHÃO JÚNIOR, José Claudio Oliveira; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. Post-truth, fake news e processo eleitoral. **Revista de Estudos Eleitorais**, Recife, v. 2, n. 4, p. 76-87, dez. 2018.

NOAHARA, Irene Patrícia. Desafios da ciberdemocracia diante dos fenômenos das fake news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. **Fake news a conexão entre a desinformação e o direito**. In: RAIS, Diogo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

PAIERO, Denise; SANTORO, André C. T; SANTOS, Rafael F. As fake news e os paradigmas do relato jornalístico. **Fake news a conexão entre a desinformação e o direito**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RAIS, Diogo. Fake news e eleições. **Fake news a conexão entre a desinformação e o direito**. In: RAIS, Diogo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____ et al. **Direito digital eleitoral**. In: RAIS, Diogo. 1. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

SALGADO, Eneida Desiree. A influência do poder econômico nas eleições e a impugnação de mandato. **Estudos Eleitorais**, Brasília, DF, v. 4, n. especial, p. 43-56, 2009.

SILVEIRA, Marilda de Paula. As novas tecnologias no processo eleitoral: existe um dever estatal de combate à desinformação nas eleições?. **Fake news e regulação**. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. Fake news e regulação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. **Legislação eleitoral interpretada**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WARDLE, Claire. **Fake news. It's complicated**. Disponível em: <<https://firstdraftnews.org/fake-news-complicated/>>. Acesso em: jun. de 2019.

BRAZILIANS DEMOCRACY AND ELECTIONS IN FAKE NEWS CONTEXT

ABSTRACT

Facing the contemporary social dynamic, which is known by the intensification use of both internet and technology in uncountable matters of human life, this article presents itself as a way to analyze a peculiarity related to this new moment: the flood of fake news. More specifically, it was sought to understand the complex phenomenon in appreciation, establishing its nuances and discussing its implications for free elections under the Rule of Law and democracy. Special attention is given to the Brazilian presidential dispute of 2018, whose debate was strongly marked by fake news. For that was made an analysis of the legislation that disciplines – or should discipline – the matter, a study of a case judged by the Superior Electoral Tribunal and also a bibliographic review. As a result, it was possible to identify that legislation on the issue is marked by gaps, despite being able to void elections that are proven to be flawed by fake news. Finally, it is concluded that these represent an imminent danger to democracy.

Key words: Elections. Fake news. Democracy.



A BANALIZAÇÃO DO PROCESSO DE TIPIFICAÇÃO PENAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, DA LEI 11.343/06 E DA CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Filipe Dantas de Gois¹

RESUMO

O presente artigo tem o propósito de analisar a pretensão punitiva do Estado a partir do processo de tipificação penal mediante investigação de sua origem e suas consequências. Vislumbra-se, assim, através de árduo estudo da égide normativa histórica brasileira a equivalência da robustez do texto penal com as suas implicações na visão sociológica efetiva do Direito. Utilizou-se como referencial analítico a lei 11.343/06 em virtude de suas implicações à sociedade e ao sistema carcerário brasileiro. Desta forma, objetiva-se, com a leitura deste artigo, a compreensão de que a mera qualificação penal não se torna, necessariamente, um meio regulador do comportamento social, mas sim, um instrumento repreensivo quando se dado de maneira banal, impondo a agentes de condutas típicas insignificantes os mesmos tratamentos punitivos dados a crimes interpretados como mais “nocivos” à ordem social pela doutrina,

1 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Email: filipedantasg@gmail.com

inflando, ainda mais, o já superlotado sistema penitenciário do país.

Palavras-chave: Tipificação penal. Banalização da pretensão punitiva. Princípio da insignificância. Crise do sistema penitenciário.

1 INTRODUÇÃO

Um dos principais pensadores do Direito penal moderno, Cesare Beccaria, alertava, já no século XVIII que “quanto mais crimes forem criados, mais serão praticados” (BECCARIA, 2015). Nesse viés, tal ramo do Direito mostrou-se, em sua essência, como alternativa do controle social a ser praticado unicamente pelo Estado, sendo investido a si, também, o poder de taxação normativa do que é considerado deletério à manutenção do bem-estar social.

Nessa perspectiva, por séculos, o poder estatal de punir os infringentes à norma penal mostrou-se como digno de oferecer à sociedade um espelho de conduta a ser seguida, a fim de buscar um equilíbrio no sentimento de pacificação social. Contudo, a história mostrou que tal poder pode se dar de maneira desarmoniosa, cerceando o ideal de liberdade que o povo dispõe como direito fundamental na maioria dos países em detrimento do controle penal que o Estado possui, criando, cada vez mais, normas capazes de impedir condutas passíveis de questionamentos acerca de sua ilicitude.

Tal soberba punitiva mostrou-se, dessa forma, nociva ao princípio basilar da aplicação do Direito penal: a moldura da conduta social. Abusando do poder de taxar normas impeditivas sobre as condutas sociais, o Estado passou a utilizar-se do Direito penal máximo para tentar alcançar o ideal harmônico que toda sociedade deve ter.

Portanto, em um primeiro momento, tal artigo estudará as consequências históricas dos excessos normativos figurados pela

entidade máxima nacional no tocante à pretensão punitiva de conduta, analisando se, de fato, a criação de mais normas penais trazem efeitos legais positivos à sociedade analisando casos práticos da legislação nacional.

Por conseguinte, busca-se com essa análise um estudo dos riscos que qualquer nação enfrenta ao se defrontar com um texto legal conferido de rigidez, observando a sociologia jurídica como instrumento de análise da eficácia normativa. Além disso, devem ser observados os aspectos constituintes do encarceramento em massa como reflexos de tal conduta de austeridade penal apresentada pelo Estado.

Como consequência da taxação normativa desconexa à realidade social, faz-se necessário, também o estudo da implicação desse fenômeno à realidade carcerária brasileira. Utilizando como base os dados fornecidos pelas instituições nacionais e internacionais mais renomadas no estudo penitenciário, busca-se, assim, a análise da relação da problemática descrita com a crise vivenciada pelo sistema prisional do país.

Por fim, espera-se concluir que nem sempre a solução se dá através da criação de uma medida proibitiva, principalmente quando tal norma é proveniente de uma política criminal intransigente. A falta de diálogo do poder punitivo estatal com a realidade social e penitenciária deixa como legado à sociedade a repressão e a intolerância a atitudes que muitas vezes não necessitam de um olhar condenatório como tal.

2 O PODER PUNITIVO EXTENSIVO DO ESTADO COMO REFLEXO DO CONTROLE SOCIAL

O sistema penal tem em sua base a finalidade de proteger a sociedade de condutas que, se tornadas banais no cotidiano, possam conferir severos danos à estabilidade do bem-estar social. Entretanto, afirma Paulo César Busato (2017, p. 5) que o Direito penal deve ser visto como mecanismo de controle social que, por sua vez, não pode esquivar-

se de ser controlado e limitado. Tal afirmação é resposta à errônea ideia firmada de que seria delimitando todas as possíveis atitudes perigosas cometidas pelos indivíduos membros da comunidade que obter-se-ia o bem-estar social.

De início, cabe pontuar que, na prática, a história mostrou que o controle social se deu de forma distinta à proposta pela doutrina. Na teoria, aceita-se a ideia de que o Direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos essenciais à coexistência pacífica dos indivíduos (BIANCHINI, 2002, p. 141). Contudo, a política de encarceramento em massa vivenciada nas últimas décadas é reflexo de que o Estado não vem lidando de maneira adequada com a missão de tutela específica aos bens jurídicos essenciais à harmonia social adequada para o bom funcionamento de uma nação.

Assim, surge na contemporaneidade um princípio que se mostra como fundamental ao correto processo de taxação normativa penal no cotidiano: o princípio da insignificância. Fundado no brocardo romano de *minimus non curat praetor*², tal máxima foi incorporada ao Direito penal por volta da década de 1970, por Claus Roxin, tendo como conceituação a ideia de que o Estado deve ser impedido de agir na criação de leis criminais quando a conduta não é capaz de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo o bem jurídico protegido pela norma penal (MASSON, 2015, p. 28).

Dentro dessa perspectiva minimalista do Direito, contudo, observa-se que a atuação do Estado vai contra esse princípio. A legislação brasileira, por exemplo, incorporou entre 1940 e 2015 mais de 150 leis penais. Na prática, entretanto, a criminalidade (principal alvo da taxação normativa penal pelo Estado) só cresceu. De acordo com o Mapa da Violência de 2014, coordenado pelo sociólogo Júlio Jacobo Weiselfisz, a taxa de homicídios cresceu cerca de 43,5% entre 1980 e o ano da pesquisa.

2 Do latim, “o magistrado não deve se preocupar com questões insignificantes”.

Tal índice, dentre os demais que abrangem a temática da violência urbana, é prova de que somente uma atuação legislativa rigorosa quanto às condutas penais observadas no escopo da sociedade não é garantia de equilíbrio e harmonia social. Frise-se, porém, que não há sociedade minimamente desenvolvida que tenha vivido sem leis e castigos, mas somente o incremento de um número maior de penas nunca eliminou, nas sociedades complexas, a criminalidade (GOMES, 2015).

Dessa forma, o princípio da insignificância entra como regulador do poder punitivo exacerbado do Estado ao comportamento social. Não se busca criticar, aqui, o mero processo de formulação legislativa criminal, pois a existência de um conjunto normativo penal é imprescindível para a existência de qualquer nação, exercendo controle sobre as condutas que apresentem perigo à harmonia do bem-estar social. Todavia, a interpretação punitiva extensiva vai diretamente contra um dos principais bens jurídicos tutelados pelo Direito: a liberdade.

Com a finalidade de uma melhor explanação, toma-se como exemplo a Lei nº 11.343/06, comumente intitulada de “Lei das Drogas”.

2.1 Reflexos sociais da “Lei das Drogas”

Cabe pontuar, inicialmente, que tal dispositivo legal, promulgado em 2006, dotou de aspecto preventivo e punitivo, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), além de prescrever medidas para a prevenção do uso indevido e tipificar penalmente os crimes relacionados ao uso pela população geral.

Nos importa analisar em aspecto mais significativo, contudo, a incorporação normativa que a lei deu ao texto penal, criminalizando o uso, o tráfico, o transporte, assim como outras práticas relacionadas às substâncias alucinógenas. Dessa forma, faz-se necessário a leitura inicial dos principais artigos da referida legislação destinada à abordagem penal do conteúdo, *in verbis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal,

drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. [...]

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. [...]

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa (BRASIL, 2006).³

Passou-se a tratar como crime, portanto, desde o processo de preparação da droga ao seu consumo e sua venda, criminalizando a maioria das condutas que tivessem o seu envolvimento. Entretanto, em dados disponibilizados pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), estima-se que, em 2016, cerca de 5,6% da

3 Texto integral disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

população mundial entre 15 e 64 anos usou ao menos uma substância ilícita no mínimo uma vez no referido ano.

A perspectiva é de que tais dados (no contexto brasileiro) sigam a tendência observada nos últimos anos e continue crescendo, não sendo, portanto, um reflexo da política criminal do Estado na problemática.

Dessa forma, percebe-se, através da análise de tais dados, que a perspectiva apontada anteriormente por Luiz Flávio Gomes (2015) é, de fato, verídica. O Brasil permaneceu intrínseco à tese fundamentada na teoria punitiva como método único de controle e adequação social à conduta esperada pelo Estado.

2.2 A relação do princípio da insignificância com o encarceramento em massa proveniente da política de drogas

Analisados os efeitos da aplicação de uma lei penal altamente repressiva e abrangente no contexto social, cabe estudar sua aplicação no âmbito da execução penal, a fim de constatar as reais alegações de que uma lei altamente extensiva pode comprometer o equilíbrio do espectro de liberdade da população.

Assim, em pesquisa realizada no ano de 2012 pelo Núcleo de Estudo de Violência da Universidade de São Paulo (USP), constatou-se que em 62% dos casos de prisão em flagrante por tráfico na capital paulista, a quantidade observada era inferior a 100 gramas da droga. Além disso, 80,6% dos detidos eram réus primários.

É mister ressaltar, antes de uma análise conjunta aos dados expostos, que a teoria da insignificância é sustentada por uma estrutura tripartida do crime pela doutrina, em que, diante de um crime consumado, deve-se analisar três principais aspectos: o fato típico (composto, por sua vez, pela conduta, resultado, nexos causal e tipicidade), a ilicitude e a culpabilidade.

Em um caso similar aos dados trazidos anteriormente, em que um indivíduo é preso em flagrante portando quantidade inferior a 100 gramas de uma droga específica, há de se analisar a existência desses

três elementos constituintes do crime. A ilicitude, de fato, é existente, haja vista que, independente da aceitação popular e doutrinária, o fato foi descrito como crime pelo texto normativo, sendo sua infringência considerada ilícita. A culpabilidade é, também, existente, visto que o agente tinha vontade em praticar o ato, sendo as suas razões particulares inexpressivas para a constituição de uma contestação à existência do interesse na consumação do crime. A existência do fato típico, entretanto, é o que é visto como duvidoso pela doutrina, cabendo a alegação do princípio da insignificância ao caso.

Nessa perspectiva, sendo o fato típico constituído, entre outros elementos, pela existência da tipicidade, cabe a análise de sua existência em situações como a descrita. A tipicidade não se trata só da mera adequação do fato típico à norma, mas da observância do real dano ao bem jurídico que a lei penal específica busca tutelar (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 395).

Dessa forma, enxergar o porte irrisório de uma droga como sendo prejudicial ao bem jurídico tutelado pela Lei 11.343/06 (que, no caso, a doutrina entende como sendo a Saúde Pública), constitui não só uma interpretação extensiva, como uma desconexão com o conceito proposto pelo estudo da tipicidade.

Sendo a tipicidade não observada ao caso, o princípio da insignificância encontra respaldo para ser aplicado. Caso contrário, observar-se-ia como efeito de sua não aplicação o uso de uma política criminal altamente rígida e incoerente com a finalidade de tutelar somente o que é caracterizado como nocivo à existência do bem jurídico protegido pela norma penal.

Além disso, cabe pontuar como a jurisprudência brasileira vem se portando quanto a situações similares. De maneira contraditória, os Tribunais brasileiros não vêm procedendo de maneira uniforme quanto à temática, dando ainda mais respaldo à necessidade de sua discussão.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), de maneira geral, não sustenta a aplicabilidade do princípio ao crime descrito, em especial ao artigo 28 da referida lei. Como exemplo, cite-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA INERENTE À NATUREZA DO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena quantidade de entorpecente apreendida com o agravante ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 é crime de perigo abstrato e, além disso, o reduzido volume da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio.

2. Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes.

3. Acrescente-se que, no caso dos autos, houve concurso do crime de posse de substância entorpecente para uso próprio com crime mais grave (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), a demonstrar a maior reprovabilidade da conduta, reforçando a não incidência do princípio da insignificância.

4. Agravo regimental improvido (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

Entendeu o colendo Tribunal que a quantidade de droga não pode ser caracterizada como afastamento da tipicidade da conduta em virtude de sua natureza ser de crime de perigo abstrato.

No Supremo Tribunal Federal (STF), entretanto, o entendimento segue um viés oposto. Dessa forma:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. *WRIT* CONCEDIDO.

1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (I) mínima ofensividade da conduta do agente; (II) nenhuma periculosidade social da ação; (III) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (IV) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

3. Ordem concedida (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Contrariamente ao STJ, o STF, por sua vez, demonstra em suas jurisprudências recentes que a quantidade vistoriada no porte, mesmo que ilegal por sua essência, deva ser motivo para aplicabilidade do princípio da insignificância quando a situação não importar em “lesão significativa a bens jurídicos relevantes”. Tal entendimento, mais coerente ao panorama altamente sobrecarregado da justiça brasileira, implica a ideia de que o Direito penal deva se preocupar somente com o que realmente possa causar um eventual prejuízo à ordem social vigente.

Essa postura demonstrada pelo excelso Tribunal brasileiro é adepto da tese de que crimes como o mencionado se adequam não somente na abrangência do princípio da insignificância, como no princípio da subsidiariedade (YAROCHEWSKY, 2017).

Este prelúdio, no que lhe diz respeito, tenta garantir que o Direito penal deva atuar apenas quando os outros ramos do Direito se mostrarem indevidos ao caso em questão, conferindo-lhe caráter de *ultima ratio*⁴. Dessa forma, o ramo penalista deve ter característica subsidiária, isto é, somente ter respaldo para atuação em casos de fracasso de outras formas de punição para comportamentos desregrados (NUCCI, 2019, p. 81).

Assim, conclui-se que a justiça do país não adota, em sua totalidade, o fundamental entendimento da necessidade de comprovação da tipicidade em casos de perigo irrisório ao ordenamento social. Ainda se vivencia uma visão autoritária e regradora do Direito, buscando coibir fatos que se enquadrem minimamente nos textos penais brasileiros, ignorando a complexidade do momento de sua consumação para não depreciar o instituto da imposição da pena.

3 RELAÇÃO ENTRE O ADVENTO DA LEI 11.343/06 E A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

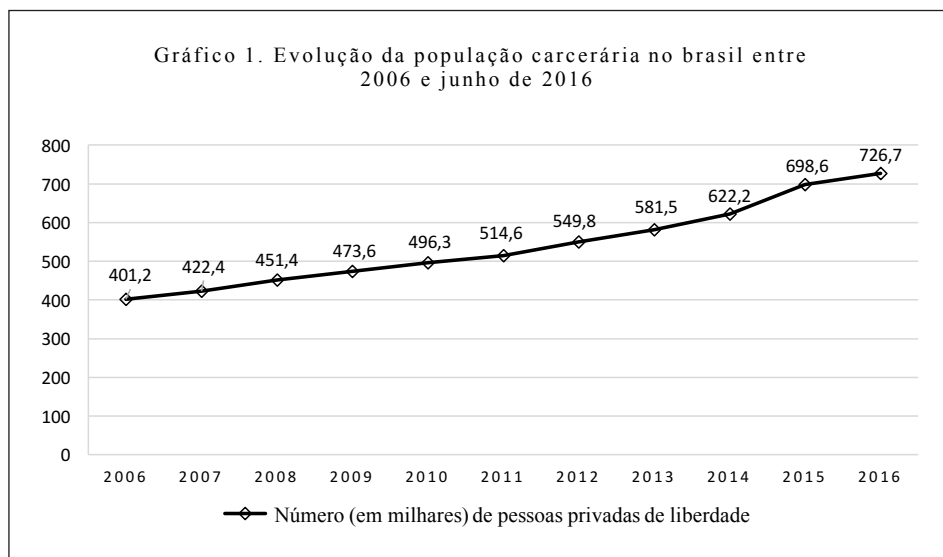
Nesse contexto de valoração do texto penal normativo como única medida cautelar de proteção dos bens jurídicos essenciais à sociedade, observou-se, no final do século XX e início do XXI, o agravamento da situação carcerária – já problemática à época.

Dessa forma, utilizando como método de análise a eficácia da “Lei das Drogas” e a sua correlação com o aumento exponencial da população carcerária, faz-se mister relatar os seguintes dados: de

4 Do latim, “último recurso”

acordo com o Levantamento Nacional de Informações de Penitenciárias (Infopen) de junho de 2016, mais de 175 mil pessoas estavam presas em virtude da aplicação da referida lei. Desses dados, ressalte-se que 26% dos homens privados de liberdade cumpriam pena em razão de tal legislação específica, enquanto que entre as mulheres tal número era de 62%.

É ainda mais alarmante, sob o ponto de vista dos limites ofertados pelas penitenciárias brasileiras, os dados acerca do crescimento da população carcerária desde 2006, ano de promulgação da “Lei das Drogas”. Para melhor entendimento do exposto, *vide* o gráfico seguinte, também formulado com base nos dados fornecidos pelos estudos do Infopen:



Após essa análise, constata-se que, no período de 10 anos após a promulgação da lei, houve um aumento da população carcerária do país em cerca de 81%, superando a média observada nos anos anteriores.

Além desse número preocupante, frise-se que a capacidade do sistema prisional brasileiro não acompanhou o ritmo de crescimento desenfreado que o incremento de um texto normativo penal mais robusto proporcionou.

De maneira mais clara, segundo os dados da mesma pesquisa utilizada como referencial argumentativo anterior, o sistema penitenciário brasileiro possuía, até junho de 2016, pouco mais de 367 mil vagas para as mais de 726 mil pessoas que o comportavam, totalizando um déficit de cerca de 360 mil vagas para os cárceres.

Outrossim, tais números fizeram o Brasil alcançar um triste patamar internacional no tocante à população privada de liberdade. Como expoente do fenômeno penitenciário atual, o país alcançou a 3ª posição na lista de países com maior população carcerária.⁵

Tal problemática pode ser explicada, entre uma combinação de fatores, pelo histórico descaso do poder executivo, não só na esfera federal, para com a manutenção do sistema carcerário. Além disso, a persistência de uma política de encarceramento em massa, aliado ao método seletivo do Direito penal – impondo as sanções da lei majoritariamente às classes menos favorecidas⁶ – contribuiu para o agravante do fenômeno (BUSATO, 2017, p. 786).

Percebe-se, ainda, que a conservação do panorama de superlotação do sistema penitenciário dá-se, também, em virtude da não aplicação do regime de progressão de penas que o Direito penal brasileiro – ao menos na teoria – adota.

De acordo com Paulo César Busato (2017, p. 794):

5 Posicionando-se atrás apenas dos Estados Unidos (cerca de 2,21 milhões de pessoas privadas de liberdade até 2016) e China (que, por sua vez, possuía uma população de detentos em cerca de 1,65 milhão até junho do mesmo ano). Para visualização dos dados completos, acessar: <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil/>>.

6 Como exemplo disso, tome-se os dados obtidos pela Infopen, em que 64% da população carcerária era constituída por negros. Tal número é superior à porcentagem de negros na população brasileira, que é de 53%.

Existe, na realidade prisional, uma pirâmide invertida de número de vagas em contraposição à pirâmide das condenações. Basta ver que o último levantamento geral do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, que é do ano de 2010⁷, apontava para 188.777 pessoas internadas em regime fechado, 69.249 em regime semiaberto e 21.921 em regime aberto. Não é preciso um esforço para ver que essa pirâmide invertida contrasta veementemente com a realidade criminológica. [...] Ademais, o regime progressivo compele, por sua lógica, a remeter os condenados em regime fechado para o semiaberto e os do regime semiaberto para o aberto. É mais do que óbvio que o número de vagas maior deveria estar no regime aberto, depois no semiaberto e somente um pequeno número de vagas deveria existir em regime fechado.

Portanto, não surgirão soluções para a crise vivenciada na modernidade pelo sistema carcerário do país enquanto não se aplicarem no espectro da eficácia o princípio da insignificância como constituinte da análise da existência de tipicidade e o regime de progressão de pena enquanto medida de reinserção gradual do condenado à sociedade. A aplicação correta de tal regime pode garantir, ainda, uma desocupação necessária do panorama carcerário que se vivencia na prática.

De maneira concluinte, observa-se que as penitenciárias nacionais (onde também se encaixam as carcerárias de delegacias) foram uma das principais vítimas da aplicação literal do texto normativo presente na Lei 11.343/06. O crescimento exponencial de sua população, aliado à morosidade historicamente observada da esfera executiva com a problemática, foi crucial para o alcance do patamar que o Brasil atualmente vivencia.

7 Pode-se verificar por internet tais números atualizados em <<http://portal.mj.gov.br/>>.

Frise-se que o objetivo deste artigo não é criticar a referida lei em si, mas sim, o modo como é aplicada. Se não conexas aos princípios penais antes analisados, o que irá se vivenciar será uma política de encarceramento em massa, alheia à realidade social vigente no país. Dessa forma, se um dispositivo legal é aplicado de maneira incoerente às medidas que se mostram de fato necessárias à proteção dos bens jurídicos da sociedade, a sociologia jurídica terá sido estudada em vão, não sendo aplicados os princípios de continência do direito às demandas sociais.

3.1 Métodos de mitigação da problemática

Surtem na doutrina penal, dessa maneira, possíveis medidas capazes de aliviar a situação de lotação exacerbada que as instituições carcerárias brasileiras vivem. Diante de uma taxa de aproximadamente 200% de lotação, não pode o poder público manter-se em estado de mora e negligência perante os fatos que se apresentam.

Nesse viés, frente ao tradicional costume punitivo de interpretação gramatical do exposto em lei, uma das alternativas seria uma reforma na “Lei das Drogas”, a fim de adequar os requisitos legais para prisão em flagrante de crimes oriundos de tal legislação somente aos casos de real ameaça do bem jurídico social.

Além disso, uma revisão de tal dispositivo legal constituiria em uma significativa (porém com a necessidade de se dar de forma gradual) redução carcerária a partir da aplicação retroativa de tal reforma. Frise-se, novamente, que, mesmo sendo um tema certamente sensível à opinião popular, a reforma da lei 11.343 não culmina em sua revogação, mas somente em sua adequação às necessidades e demandas sociais e penitenciárias.

Sem a reforma proposta, a análise da conduta observada pelo uso de drogas seguiria o modelo atual: sem um patamar jurídico para o porte de entorpecentes que aponte a necessidade de uma prisão em flagrante, já que a justiça brasileira ainda confere total autonomia

à hermenêutica do magistrado acerca da observância da tipicidade, abrindo brechas para desentendimentos jurisprudenciais.

Além da possibilidade revisional da referida lei, outro método viável a uma redução gradual do quadro superlotado carcerário brasileiro seria uma maior aplicação de audiências de custódia. Tal medida, concretizada em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) através do “Projeto Audiência de Custódia”, busca cumprir, entre outros tratados internacionais, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê que as pessoas detidas devem ser colocadas em juízo para a concretização do seu processo ou da sua liberdade. Nesse sentido, pontua a Convenção (1969):

Art. 7º - Direito à liberdade pessoal

[...]

V. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

VI. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. [...]

Dentro dessa perspectiva, o surgimento de novos métodos capazes de fornecer penas alternativas em conformidade com os objetivos do Direito penal vai em conformidade com os tratados internacionais que o Brasil faz parte, que, por sua vez, possuem caráter de emenda constitucional (MARTINS; DIMOULIS, 2018). A aplicação, na prática, de tais métodos não constitui, portanto, uma medida precipitada de adequação do sistema penitenciário à crise que vivencia, mas, mais do que isso, a efetivação de preceitos constitucionais que garantam a correta aplicação da legalidade em sentenças condenatórias.

Assim, remetendo essencialmente ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, as audiências de custódia buscam, também, afastar o condenado do ambiente insalubre das penitenciárias brasileiras, livrando-o do convívio periculoso com outros detentos e do espaço superlotado oferecido pelas carcerárias do país.

A necessidade de observância de tais medidas mitigatórias torna-se uma necessidade perante o contexto turbulento que as instituições carcerárias do país vivem. Além disso, não é suficiente analisar tais métodos somente a partir dessa perspectiva, mas como de uma correta análise das garantias principiológicas que qualquer condenado, na figura de pessoa humana, possui.

4 CONCLUSÃO

Estabelecendo a “Lei das Drogas” como referencial para a análise da relação e dos efeitos entre a não aplicação do princípio da insignificância e da superlotação do sistema carcerário do país, percebe-se que a o processo de tipificação extensiva vivenciado na realidade é, muitas vezes, um fenômeno dado em incongruência com a sociologia jurídica.

O Direito penal deve agir como garantidor da ordem social através da aplicação de sanções que visem o ajuste da conduta social intransigente à esperada pelo Estado. Contudo, por se tratar de uma restrição da liberdade – um dos bens jurídicos mais importantes à humanidade – sua aplicação deve ser dada mediante caráter de *ultima ratio*, buscando a utilização interdisciplinar do direito para a resolução de questões que não necessitem da intervenção punitiva.

Nessa perspectiva, ser conivente ao ideal de robustez normativa como medida resolutiva das transgressões é colaborar com a perpetuação da restrição da liberdade individual em virtude de contravenções insignificantes ao patrimônio jurídico social e com a conservação

do estado sobrecarregado e insustentável em que se encontram as penitenciárias do país.

O Estado brasileiro urge, portanto, de uma mudança em tal panorama. O texto normativo penal deve se adequar às medidas de proteção realmente significativa que os bens jurídicos carecem. A aplicação de tais medidas de forma exacerbada, indo contra a garantia da liberdade humana constitui uma das principais incongruências do Direito penal com o ramo social jurídico.

Por fim, a solução do problema encontra respaldo na atuação eficaz dos três poderes que constituem o Estado. O legislativo deve atuar em prol da formulação da norma penal de maneira subsidiária, atuando somente em casos que não couberem intervenções interdisciplinares do Direito. O poder executivo deve atuar como fiscalizador e controlador do sistema penitenciário falido que o país apresenta, adequando-o às normas internacionais e constitucionais que garantam o bem-estar mínimo do condenado através de condições salubres de ressocialização. O judiciário, por sua vez, deve atentar-se à métodos alternativos de cumprimento de pena, priorizando a liberdade do condenado em consonância com as condições que as carcerárias do país apresentam.

Tal atuação em conjunto não acarretará necessariamente na mudança do quadro observado em curto prazo, mas decerto na adequação gradual do panorama ao que o Direito pode comportar.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro, 2015.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, 2006.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: Parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NETO, Francisco Sannini. Princípio da insignificância deve ser aplicado com cautela nos crimes previstos na lei de drogas. **Jus**, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68325/principio-da-insignificancia-deve-ser-aplicado-com-cautela-nos-crimes-previstos-na-lei-de-drogas>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: Parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Leonardo. Estudo simplificado: princípio da insignificância. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/201118146/estudo-simplificado-principio-da-insignificancia>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana de direitos humanos**. San José, Costa Rica: 1969.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: Junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Relatório mundial sobre drogas 2018**. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2018/06/relatorio-mundial-drogas-2018.html>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. O castigo penal severo diminui a criminalidade? **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/207036404/o-castigo-penal-severo-diminui-a-criminalidade>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

MARTINS, Helena. Lei de drogas tem impulsionado encarceramento no Brasil. **Agência Brasil**, 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: Parte geral**. V. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no agravo em recurso especial nº 1.093.488 – RS (2017/0106309-0)**. Relator: Min. Jorge Mussi. DJ: 12/12/2017. Brasília, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas corpus 110.475**. Paciente: Pablo Luiz Malkiewicz. Relator: Min. Dias Toffoli. DJ: 14/02/2012. Brasília, 2012.

TUPINAMBÁ, Renata Moura. Poder punitivo estatal: justificativa e limitações. **Conteúdo jurídico**, 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,poder-punitivo-estatal-justificativas-e-limitacoes,590100.html>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

WASELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da violência 2014: Os jovens do Brasil**. Rio de Janeiro: Flacso, 2014.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Caos no sistema penitenciário: propostas efetivas para reverter a crise. Justificando**, 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise2/>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THE BANALIZATION OF THE CRIMINAL DEFINITION PROCESS BASED IN THE INSIGNIFICANCE PRINCIPLE, THE LAW 11.343/06 AND THE PRISON SYSTEM CRISIS.

ABSTRACT

The present paper has the purpose of analyzing the State punitive intention from the criminal definition process through the investigation of its origin and consequences. Thus, through an hard study of the national historical normative aegis, the relation between the rebustness of a criminal law with its implications in the effective sociological view of the law is seen. The law

11.343/06 was used as an analytical reference because of its implications for the society and the brazilian prison system. In this way, the objective of this study is to understand that the criminal qualification does not necessarily become a regulating instrument of social behavior, but a reprehensible apparatus when given in a banal way, imposing to petty crimes agentes the same punitive treatments given to crimes interpreted as more harmful to the social order, inflating, even more, the already overcrowded prison system of the country.

Keywords: Criminal definition. Banalization of the punitive intention. Insignificance principle. Prison system crisis.

AS IMPLICAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA NA NATUREZA JURÍDICO-TRIBUTÁRIA DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

Gustavo Henrique de Araújo Oliveira¹
Luiza Fernandes de Abrantes Barbosa²

RESUMO

O presente texto apresenta estudo sobre as implicações da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) na natureza jurídico-tributária da contribuição sindical. Tema este de grande importância em razão de sua interdisciplinaridade, ao estudar as implicações tributárias promovidas pelas modificações da legislação trabalhista. Têm-se como objetivos conceituar o que é tributo, caracterizar a contribuição sindical, distinguir contribuição sindical da contribuição confederativa, abordar a evidente natureza tributária da contribuição sindical antes da reforma trabalhista e, por fim, apresentar as implicações dessa reforma para a contribuição em questão. A fim de cumprir esses objetivos, adotou-se o método de abordagem dedutivo, associado à pesquisa

1 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Email: gustavo.260@hotmail.com

2 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Email: luiszafab@gmail.com

exploratória, além de uma análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) e as consequentes implicações previstas na Lei nº 13.467/2017 perante a contribuição sindical.

Palavras-chave: Contribuição sindical. Lei nº 13.467/2017. Natureza tributária. Direito tributário. Direito do trabalho.

*“Erros são parte dos tributos que se paga
por uma vida plena”
(Sophia Loren)*

1 INTRODUÇÃO

O Direito Tributário tem como ponto de partida para o seu estudo os princípios constitucionais responsáveis pelas limitações ao poder de tributar, a análise conceitual do que consiste em tributo e a compreensão dos tributos em espécie. Entre os tributos em espécie existem os impostos, as taxas, as contribuições de melhorias, os empréstimos compulsórios e contribuições especiais, sendo essa última categoria subdividida em contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

Esse estudo volta-se para a análise das contribuições especiais, mais especificamente a contribuição sindical, cuja natureza tributária foi questionada após a vigência da Lei nº 13.467/2017, denominada Lei da Reforma Trabalhista. Em razão das modificações dessa reforma, pretende-se analisar o conceito de tributo, em seguida destrinchar o que consiste ser a contribuição sindical, tecer comentários a respeito da nítida natureza tributária desta contribuição antes das modificações promovidas pela reforma trabalhista e, por fim, avaliar as implicações

dessas mudanças na natureza tributária da contribuição sindical, bem como a possibilidade de uma lei ordinária extinguir um tributo.

Para ser possível a construção deste estudo, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, associado à pesquisa exploratória, além de uma análise comparativa da natureza jurídica da contribuição sindical antes e depois das implicações previstas na Lei nº 13.467/2017. Ressalta-se ainda a relevância desse estudo em razão da interdisciplinaridade do tema que estuda as implicações tributárias promovidas pelas modificações da legislação trabalhista, bem como a atualidade do assunto em razão das recentes mudanças promovidas pela reforma trabalhista e medidas provisórias seguintes.

2 A CARACTERIZAÇÃO DO TRIBUTO

A matéria tributária inaugura, enquanto ramo autônomo do Direito, uma relação jurídica especial entre o poder público e o contribuinte, a qual tem como objeto o tributo. Este possui especificações e normas próprias quanto aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia.

A definição do que seja tributo está elencada no Código Tributário Nacional (CTN), que em seu artigo 3º dispõe este como sendo “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (Lei nº 5.172/ 1966).

Do texto legal destacam-se os elementos essenciais aos tributos, dos quais destacamos, para os fins deste trabalho, o caráter prestacional, compulsório, previsto em lei e cobrado por via administrativa.

Em espécie, temos que a ideia de prestacional refere-se à relação jurídica obrigacional entre o contribuinte e o poder público, ou seja, uma obrigação instituída entre as partes. Sobre a prestação pecuniária compulsória, Paulo de Barros Carvalho (2005, p. 25) elucida:

Na sua linguagem técnica, misto de linguagem comum e de linguagem científica, reporta-se o legislador a uma conduta que ele regula com o dever-ser próprio do direito, numa de suas três modalidades - obrigatório. Não é precisamente essa a forma adotada no dispositivo, mas é o conteúdo. Prestação pecuniária compulsória quer dizer o comportamento obrigatório de uma prestação em dinheiro, afastando-se, de plano, qualquer cogitação inerente às prestações voluntárias (que receberiam o influxo de outro modal - o “permitido”). Por decorrência, independem da vontade do sujeito passivo, que deve efetivá-la, ainda que contra seu interesse. Concretizado o fato previsto na norma jurídica, nasce, automática e infalivelmente, o elo mediante o qual alguém ficará adstrito ao comportamento obrigatório de uma prestação pecuniária.

A obrigatoriedade do tributo é reforçada pelos elementos da compulsoriedade, explicitando que surge independente da vontade das partes; da legalidade - o tributo é instituído por lei; e, ademais, a cobrança ocorre mediante atividade administrativa vinculada, afastando espaço discricionário da atividade estatal.

Não obstante os preceitos elencados na norma infraconstitucional, a Constituição de 1988 dispõe sobre os princípios, competências e vedações à matéria tributária, além de elencar, de forma exhaustiva, as espécies tributárias. No tocante aos tributos, estes são, em regra, instituídos por lei ordinária do ente competente, estando limitados às espécies constitucionais: impostos, taxas, contribuição de melhorias, contribuições especiais e empréstimos compulsórios.

A distinção de qual seja a espécie tributária se dá em razão do binômio hipótese de incidência e base de cálculo (CARVALHO, 2005), ou seja, do regime jurídico aplicado ao tributo. Especificamente, as contribuições especiais norteiam-se pela arrecadação com afetação, assim, divergindo do imposto, a contribuição especial possui vinculação da receita e, ainda, justifica-se diante da identificação e do proveito de um único grupo, a referibilidade (SCHOUERI, 2017).

3 A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

A Contribuição Sindical consiste em receita recolhida uma vez por ano e em favor do sistema sindical (DELGADO, 2017), cujo valor corresponde à remuneração de um dia trabalhado, sem inclusão de horas extras (SENADO, 2015). Anteriormente denominada de imposto sindical, a contribuição sindical sempre consistiu em verdadeira contribuição especial em razão de ter uma destinação vinculada às entidades sindicais, vinculação essa que qualifica as contribuições especiais mas é vedada aos impostos, nos termos do art. 167, IV, da CF/88 (DUTRA, 2017).

Para uma melhor compreensão sobre a contribuição objeto deste estudo, analisaremos nos subtópicos subsequentes sobre a categorização das contribuições especiais, a distinção entre a contribuição sindical e a contribuição confederativa, para em seguida evidenciar o caráter tributário da contribuição sindical até outubro de 2017.

3.1 A caracterização da contribuição especial

Como já mencionado a contribuição sindical é uma contribuição especial, e como tal é estabelecida pelo critério da finalidade a que visa atender, e em razão disso a ela não se aplica o disposto no art. 4º, II, do CTN, uma vez que “os recursos obtidos com sua arrecadação devem ser necessariamente aplicados no atendimento da finalidade que justifica a sua cobrança” (MACHADO SEGUNDO, 2018, p.60).

No caso da contribuição sindical essa finalidade consiste em financiar as atividades sindicais a fim de garantir a existência dos movimentos sindicais de trabalhadores e patronais, bem com a defesa dos direitos da categoria, configurando assim em verdadeira contribuição de interesse de categorias profissionais. Sendo importante retratar que o sindicato objetiva a defesa permanente das categorias profissional que representa e não somente os profissionais filiados de modo que todos fazem jus aos benefícios auferidos pela luta sindical na defesa

dos interesses e direitos da categoria, e, em razão disso, todos devem contribuir para que a entidade sindical tenha recursos para viabilizar essas conquistas de direitos (MARTINS, 2015).

Ademais, é relevante retratar que as contribuições especiais exigem uma atividade indiretamente relacionada ao contribuinte, por dizer respeito a um grupo do qual ele faz parte. Bem como, em regra a competência para instituir tais contribuições é privativa da União, exceto na contribuição de custeio da iluminação pública que é de competência municipal e nas contribuições de seguridade social que podem ser instituídas por quaisquer entes federados (MACHADO SEGUNDO, 2018).

Logo, as exceções não se aplicam às contribuições sindicais, que seguem a regra da competência privativa da União, e podem ser criadas por lei ordinária, uma vez que a única exigência para a imprescindibilidade de lei complementar ser para novas fontes de custeio da seguridade social, não previstas na Constituição Federal. Inclusive, já encontra-se entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal a respeito da dispensabilidade de lei complementar para a criação das contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais³.

3.2 Distinção entre a contribuição sindical e a contribuição confederativa

Superada a caracterização da contribuição sindical enquanto contribuição especial, é imprescindível distinguir a contribuição sindical da contribuição confederativa. De início, é relevante informar que ambas estão previstas no art. 8º, IV da Constituição Federal ao dizer “a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema

3 AI 739.715 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 26-5-2009, 2ª T, DJE de 19-6-2009.

confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei” (BRASIL, 1988). A primeira parte do dispositivo faz referência a contribuição confederativa que é fixada pela assembleia geral do sindicato para o custeio do sistema confederativo, enquanto a segunda parte faz referência à contribuição sindical que necessitava de previsão legal, devidamente atribuída pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) nos artigos 578 a 610. Nesse sentido, é nítida a distinção e independência das duas contribuições no próprio texto constitucional. (MARTINS, 2018).

Ante o exposto, é oportuno trazer as considerações do Professor Roque Antônio Carrazza quanto à utilização do termo contribuição pelo constituinte, que segundo o autor é utilizado “não na acepção de tributo, mas de prestação pecuniária espontânea” (CARRAZZA, 1994, p.312). Esse comentário é muito pertinente para compreender a contribuição confederativa, uma vez que esta não é instituída por lei e sim por decisão de assembleia, não podendo jamais consistir em tributo da espécie contribuição especial, bem como só pode ser cobrada apenas daqueles que se filiaram a essas entidades representativas, não podendo existir qualquer caráter de compulsoriedade uma vez que inexistente, no Brasil, o dever de sindicalizar-se ou permanecer sindicalizado, o que evidencia ainda mais a ausência de natureza tributária da contribuição confederativa (REIS, 2011).

Ademais, já está consolidado na jurisprudência que a contribuição confederativa não é tributo, uma vez que seu pagamento só é compulsório para os filiados do sindicato, como evidencia a Súmula Vinculante nº 40 do Supremo Tribunal Federal (STF) ao dizer “A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo” (STF, 2015), e de igual modo foi estabelecido no RE 198.092⁴:

4 RE 198.092, voto do rel. min. Carlos Velloso, 2ª T, j. 27-8-1996, DJ de 11-10-1996.

A questão a saber é se a denominada contribuição confederativa, inscrita no art. 8º, IV, da CF/1988, fixada pela assembleia geral, é devida pelos empregados não filiados ao sindicato. Noutras palavras, se apresenta ela caráter de compulsoriedade, vale dizer, se é obrigatório o seu pagamento por empregados não filiados ao sindicato. (...) Primeiro que tudo, é preciso distinguir a contribuição sindical, contribuição instituída por lei, de interesse das categorias profissionais — art. 149 da CF/1988 — com caráter tributário, assim compulsória, da denominada contribuição confederativa, instituída pela assembleia geral da entidade sindical — CF/1988, art. 8º, IV. A primeira, conforme foi dito, contribuição parafiscal ou especial, espécie tributária, é compulsória. A segunda, entretanto, é compulsória apenas para os filiados do sindicato.

A contribuição sindical, por sua vez, esta sim tinha natureza de tributo, em razão de ser instituída por lei e ter caráter de pagamento compulsório até a reforma trabalhista ocorrida em 2017, em nítida consonância com a caracterização de tributo (art. 3º do CTN) e das contribuições especiais (art. 149 CTN), como passaremos a analisar detalhadamente abaixo.

3.3 A natureza de tributo da contribuição sindical antes da Lei nº 13.467/17

A contribuição sindical já prevista sua criação por lei em âmbito constitucional, foi devidamente criada pela Consolidação das Leis das Trabalhistas (CLT) em 1943, cujo art. 579 previa que:

A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão

ou, inexistindo êste, na conformidade do disposto no art. 591 (BRASIL, 1943).

Com base no próprio texto legal era possível afirmar o caráter da obrigatoriedade de todos os profissionais da determinada categoria profissional em efetuar o pagamento da contribuição sindical, independentemente de ser ou não filiado a entidade. Sendo possível afirmar que a contribuição era uma prestação pecuniária compulsória e prevista por lei, evidenciado sua natureza de tributo, conforme era a lição de Sérgio Pinto Martins:

Contribuição sindical é a prestação pecuniária, compulsória, tendo por finalidade o custeio de atividades essenciais do sindicato e outras previstas em lei.

A contribuição sindical envolve uma obrigação de dar, de pagar. É pecuniária, pois será exigida em dinheiro. Tem natureza compulsória, visto que independe da pessoa ter ou não interesse de contribuir para os sindicatos, porque o vínculo obrigacional decorre da previsão da lei, que determina o recolhimento (...) (MARTINS, 2009, p.43/45).

Ressalta-se que, a natureza tributária da contribuição sindical era reconhecida pela jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal (STF) em razão do seu aspecto da compulsoriedade, como restou sedimentado em 2014 em sede do julgamento do Mandado de Segurança nº 28.465⁵, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio. Estabelecendo ainda como consequência da natureza tributária da contribuição a competência do Tribunal de Contas da União para controlar e fiscalizar a arrecadação e aplicação do referido tributo:

5 STF MS: 28.456 DF, Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 18/03/2014. Primeira Turma. Data de publicação: Acórdão eletrônico DJe-066 Divulg. 02/04/2014 Public. 03/04/2014.

MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – CONTROLE – ENTIDADES SINDICAIS – AUTONOMIA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO.

A atividade de controle do Tribunal de Contas da União sobre a atuação das entidades sindicais não representa violação à respectiva autonomia assegurada na Lei Maior. MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – FISCALIZAÇÃO – RESPONSÁVEIS – CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS – NATUREZA TRIBUTÁRIA – RECEITA PÚBLICA. As contribuições sindicais compulsórias possuem natureza tributária, constituindo receita pública, estando os responsáveis sujeitos à competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União.

Diante do exposto, em razão do nítido aspecto da obrigatoriedade de pagar a contribuição sindical restava evidenciada a sua natureza jurídica de tributo. Contudo, com a vigência da Lei nº 13.467/17 a sua natureza jurídica foi posta em xeque, como analisaremos a seguir.

4 CONCLUSÕES ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VOLUNTARIEDADE À LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADI nº 5.794/DF

A matéria foi submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal (STF) através de uma pluralidade de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), bem como por uma Declaratória de Constitucionalidade, julgadas em conjunto na ADI nº 5.794/DF, que declarou constitucional a inovação legislativa da reforma trabalhista, destacando que com a nova redação legal a contribuição sindical perdeu a natureza jurídica de tributo.

A tese vencedora, teve como relator para o Acórdão o Ministro Luiz Fux, e asseverou que a Lei nº 13.467/17 é idônea para afastar a natureza jurídico-tributária da contribuição sindical, assentando ainda princípios constitucionais como a liberdade de associação e a liberdade de expressão, além do contexto político do exercício das atividades sindicais, como elementos suficientes para demonstração da superação da matéria.

O tópico 4º da Ementa da ADI sob análise destaca a perda da natureza de tributo da contribuição sindical após o advento da reforma trabalhista⁶:

A Lei nº 13.467/2017 emprega critério homogêneo e igualitário ao exigir prévia e expressa anuência de todo e qualquer trabalhador para o desconto da contribuição sindical, ao mesmo tempo em que suprime a natureza tributária da contribuição, seja em relação aos sindicalizados, seja quanto aos demais, motivos pelos quais não há qualquer violação ao princípio da isonomia tributária (art. 150, II, da Constituição), até porque não há que se invocar uma limitação ao poder de tributar para prejudicar o contribuinte, expandindo o alcance do tributo, como suporte à pretensão de que os empregados não-sindicalizados sejam obrigados a pagar a contribuição sindical.

Apesar da tese majoritária ponderar pela destituição da natureza jurídica de tributo, a votação não foi unânime e nos votos do relator, Ministro Edson Fachin, a voluntariedade da contribuição sindical incorporada pela reforma trabalhista é eivada de inconstitucionalidade, quanto a natureza jurídica de tributo destaca.

6 STF. ADI nº 5794, Relator: Min. EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2018, DJe 22-04-2019.

A natureza tributária da referida contribuição não é objeto de maior controvérsia, estando há muito pacificada tanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto na doutrina especializada. Nesse sentido, em artigo doutrinário, Ives Gandra da Silva Martins, lembra que “Os constituintes convenceram-se da existência de cinco espécies tributárias e, na seção dos princípios gerais, colocaram-nas, a saber: impostos (art. 145, inciso I), taxas (art. 145, inciso II), contribuição de melhoria (art. 145, inciso III), empréstimos compulsórios (art. 148) e contribuições especiais (art. 149).” (MARTINS, Ives Gandra da Silva, in Revista TST, Brasília, vol. 81, n. 2, abr/jun 2015, p. 91)⁷.

Assim, o Relator parte do pressuposto da previsão constitucional da contribuição sindical, referenciada no artigo 149 da Constituição Federal e normatizado pelo artigo 578 da consolidação trabalhista, como essencial à manutenção do sistema sindical indicado no artigo 8º da Constituição, *in verbis*:

Tem-se, portanto, como inconstitucional a Lei 13.467/2017, também sob a perspectiva material, quando torna facultativa a contribuição sindical prevista no artigo 8º, IV, in fine, da CRFB, sem que também tenha sido alterado as demais disposições do artigo 8º, especialmente no que se refere à unicidade contratual (artigo 8º, II, da CRFB) e à representatividade do sindicato extensiva a toda categoria (artigo 8º, III, da CRFB)⁸.

7 STF ADI nº 5794, Relator: Min. EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2018, DJe 22-04-2019.

8 STF ADI nº 5794, Relator: Min. EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2018, DJe 22-04-2019.

5 AS IMPLICAÇÕES TRIBUTÁRIAS DA LEI Nº 13.467/17 NA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

A reforma trabalhista, advinda da Lei nº 13.467/17, trouxe, ao exame da contribuição sindical, a voluntariedade como elemento necessário ao pagamento desta, destacando a autorização prévia e expressa do trabalhador para o desconto da contribuição, em consonância à nova redação dos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT.

Diante da inovação da reforma trabalhista, questiona-se se o implemento da voluntariedade retira a natureza tributária da contribuição sindical ou se, diante da natureza tributária da contribuição, a alteração legislativa seria inconstitucional.

Conforme observa-se, o legislador, ao regular a aplicação do tributo referente à contribuição sindical, previsto no artigo 149 da Constituição Federal, retirou um de seus elementos constitutivos, qual seja a compulsoriedade, condicionando o pagamento da contribuição sindical à manifestação da vontade do contribuinte.

A competência para criação, alteração e extinção da contribuição de interesse das categorias profissionais ou econômicas é da União, nos termos do artigo 149 da Constituição. A regulamentação da contribuição, por sua vez, se dá mediante Lei ordinária, não se enquadrando nas hipóteses de necessidade de Lei complementar. Assim, acertadamente, o legislador reformador possui competência para regulamentar o tributo devido aos sindicatos mediante lei ordinária, o que o fez com a Lei nº 13.467/17.

Deste modo, a partir de uma cognição rasa, poder-se-ia pensar então que, se é possível a extinção do tributo mediante Lei ordinária, esta foi a consequência prática da reforma trabalhista, aplicando-se a

máxima do *in eo quod plus est semper inest et minus*⁹. Esta foi a conclusão de Luís Eduardo Schoueri (2018, p. 221):

Exemplo de contribuição de interesse de categoria profissional foi a sindical, prevista na Consolidação das Leis do Trabalho e vigente até que a Lei 13.467/2017 modificasse, dentre outros dispositivos daquela Consolidação, o artigo 545, tornando sua cobrança dependente de autorização dos próprios empregados.

Acrescente-se a lição de Machado Segundo (2017, p. 51), quando trata da necessidade da compulsoriedade do tributo para definição de sua natureza jurídica:

É preciso interpretar e aplicar as disposições jurídicas coerentemente. Se a vontade do contribuinte é irrelevante para fazer nascer a obrigação tributária, isso há de ser considerado não apenas para dizer que o tributo será devido sempre que seu fato gerador tiver acontecido, sobre ele incidindo a norma legal correspondente, ainda que ausente o componente volitivo. Do mesmo modo, por óbvio, é preciso reconhecer que o tributo não será devido caso o fato gerador não tenha ocorrido, ou não seja válida a norma legal correspondente que sobre ele incide, ainda que presente o elemento volitivo, ou a vontade. Se é irrelevante para evitar o nascimento, também o é para ensejar esse nascimento.

Neste sentido, seria possível concluir que a reforma trabalhista ao acrescentar a vontade à contribuição sindical, expurgando a

9 Onde cabe o mais, cabe o menos. Referenciando, cumpre destacar que se o legislador tem competência para extinguir o tributo, também o tem para alterar as suas características.

compulsoriedade, retirou a natureza jurídica de tributo desta, como delineou o Supremo Tribunal Federal.

Em dissonância, entretanto, tem-se que a natureza de tributo da contribuição sindical era uníssona até o advento da Lei nº 13.467/17, surgindo-se a dúvida quanto à perda do caráter de tributo diante da ausência de compulsoriedade. O que pese os argumentos elencados trazidos pela Corte Constitucional, ousamos discordar.

A alteração no texto da CLT, apesar de retirar a compulsoriedade do tributo, não o extinguiu, isto porque o novo conteúdo da norma mostra-se inconstitucional.

Neste coteje, releve-se que a competência legislativa não implica na liberalidade do legislador frente às normas constitucionais, aqui, Paulo de Barros Carvalho (2005, p. 45), citando Fabiana Del Padre Tomé pondera:

Apenas as contribuições para a seguridade social encontram, na Carta Magna, disciplina exaustiva das suas hipóteses de incidência, exigindo, para criação de novas materialidades, estrita observância aos requisitos impostos ao exercício da competência residual: instituição mediante lei complementar, não cumulatividade e hipótese de incidência e base de cálculo diversos dos discriminados na Constituição (art. 195, § 4.º).

Isso, no entanto, não implica plena liberdade do legislador para escolher as situações que irão figurar na hipótese da regra matriz desses tributos. Como assevera Fabiana Del Padre Tomé, “a análise sistemática do texto constitucional impõe ao legislador ordinário da União o dever de respeitar a competência atribuída aos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como os direitos fundamentais dos contribuintes, erigidos nos princípios constitucionais em geral e, mais especificamente, nos princípios constitucionais tributários”.

É neste sentido que repousa a controversa constitucionalidade da voluntariedade da contribuição sindical. O Ministro Edson Fachin, ao proferir seu voto:

As entidades sindicais, se alijadas de liberdade e autonomia financeira, podem estar expostas ao risco, inerente à abrupta modificação na forma de seu custeio pela legislação infraconstitucional impugnada, de modo a não conseguirem dar cumprimento aos seus misteres institucionais constitucionalmente estabelecidos.

Tem-se, portanto, como inconstitucional a Lei 13.467/2017, também sob a perspectiva material, quando torna facultativa a contribuição sindical prevista no artigo 8º, IV, in fine, da CRFB, sem que também tenha sido alterado as demais disposições do artigo 8º, especialmente no que se refere à unicidade contratual (artigo 8º, II, da CRFB) e à representatividade do sindicato extensiva a toda categoria (artigo 8º, III, da CRFB). [STF. ADI nº 5794, Relator: Min. EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2018, DJe 22-04-2019].

De fato, a atividade sindical foi posta sob risco, após a reforma trabalhista, no que pese as alterações da Lei nº 13.467/17 dar maior relevo à atividade sindical nas negociações e acordos coletivos.

6 CONCLUSÕES

A Lei nº 13.467/17 foi responsável pela dita modernização da Consolidação das Leis Trabalhistas, destacando-se a retirada da compulsoriedade da contribuição sindical, espécie de tributo previsto no artigo 149 da Constituição. A matéria torna-se conflitante, visto que a compulsoriedade é um dos elementos essenciais ao tributo, surgindo o questionamento quanto à constitucionalidade da reforma trabalhista neste aspecto.

O Supremo Tribunal Federal, bem como parte da doutrina, possui o posicionamento de que a nova redação legal extinguiu o tributo, sendo o debate cercado dos entraves políticos da atividade sindical, junto às garantias das liberdades de expressão e associação. A análise mais detida quanto à matéria tributária, entretanto, mostra a atecnia do legislador reformador em alterar a compulsoriedade da contribuição sindical e, à luz do STF, extingui-la. O caráter compulsório do tributo é ínsito ao próprio tipo, esvaziando-o quando ausente. Do outro lado, a contribuição sindical é prevista na Constituição, sendo parte das contribuições especiais, e integrando as garantias da organização sindical.

Destarte, apesar da constitucionalidade formal da reforma trabalhista, quanto à contribuição sindical, resta evidenciado a sua inconstitucionalidade quanto à matéria, visto que o elemento volitivo posto, não se amolda à natureza de tributo.

Em síntese, a decisão do STF pautada em questões essencialmente políticas, e de modo dissociado da importância real das entidades sindicais perante a luta por direitos do profissionais de suas garantia e da sua necessidade de verba para continuidade das sua existência, julgou constitucional a retirada da compulsoriedade da contribuição sindical, de modo a violar a própria Constituição na medida que sem um tributo que permita os sindicatos terem recursos para cumprir sua finalidade de defesa da categoria, acaba-se violando a própria liberdade sindical por coibir sua possibilidade de existência, com uma consequente perda incalculável de direitos que poderiam ser tutelados pelo coletivo, com mais força do que individualmente, a fim de dirimir a hipossuficiência do trabalhador por uma representatividade sindical forte e independente, que após a Reforma Trabalhista restou prejudicada.

REFERÊNCIAS

CARAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2017.

DUTRA, Fábio. **Contribuição Sindical: Natureza Jurídica Após Reforma Trabalhista**. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/contribuicaosindical/>. Acesso em: 22 jun. 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Britto. **Manual de Direito Tributário**. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A contribuição sindical e sua natureza jurídica**. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95932/2015_martins_ives_contribuicao_sindical.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 jun. 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Contribuições sindicais: direito comparado internacional – contribuições assistencial, confederativa e sindical**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

_____. **Contribuição sindical pode ser alterada por lei ordinária federal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-11/sergio-martins-contribuicao-sindical-alterada-lei-ordinaria>. Acesso em: 22 jun. 2019.

REIS, Ernesto José Pereira Dos. **Natureza jurídico-tributária das contribuições sociais na constituição federal de 1988**. In: Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social. Cap. 5. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SENADO. **Contribuição sindical**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/contribuicao-sindical>. Acesso em: 21 jun. 2019.

THE IMPLICATIONS OF THE LABOR REFORM IN THE LEGAL-TAX NATURE OF THE UNION CONTRIBUTION

ABSTRACT

The present text analyzes the implications of the Labor Reform (Law nº 13467/17) on the juridical and tax nature of union contribution. This theme is of great importance because of its interdisciplinarity in studying the tax implications promoted by the changes in labor legislation. It aims to conceptualize what tribute is, to characterize the union contribution, to distinguish the union contribution from the confederation contribution, to address the evident tax nature of the union contribution before the labor reform, and finally, to present the implications of this reform for the contribution in question. In order to meet these objectives, the method of deductive

approach associated with exploratory research was adopted, as well as a critical analysis of the Federal Supreme Court (FSC)'s decision and its consequent implications for the Law 13467/2017 on the union contribution.

Keywords: Union contribution. Law n° 13,467 / 2017. Tax nature. Tax law. Labor law.

A EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: DAS AMARRAS DA LEI À LIBERDADE (RE)CRIATIVA

Iandeyara Indra Souza Costa¹

Maria Clara Galvão²

Melquiades Peixoto Soares Neto³

RESUMO

O estudo versa sobre a alteração do caráter meramente declaratório para um exercício ativo, participativo e (re) criativo do magistrado frente a evolução da função jurisdicional. As dificuldades de estudo do tema se devem ao estigma negativo adquirido pelo judiciário diante das arbitrariedades realizadas durante o regime absolutista, no qual os cidadãos estavam à mercê da vontade dos magistrados que decidiam de acordo com sua discricionariedade ilimitada. Assim, o estudo busca expor um panorama histórico-comparativo da transformação da função jurisdicional e as implicações de tal

1 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Campus Caicó. Email: iandeyara@yahoo.com.br

2 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Campus Caicó. Email: claragalvaobr11@hotmail.com

3 Professor Orientador. Possui graduação em Direito pela Universidade Potiguar (2011). Especialização em Direito Constitucional e Tributário pela Universidade Potiguar (2012). Atualmente é professor substituto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, advogado - EGF Advocacia e faz Mestrado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

fato. Sua importância se deve a possibilidade de compreender a quebra de barreiras ao longo da história jurídica que possibilitaram a aproximação de uma Democracia Social de fato, onde o poder emana do povo de forma justa, célere e equânime. A metodologia aposta consistiu na pesquisa básica e qualitativa, baseada na abordagem histórico-comparativa, com objetivo descritivo, a fim de propor uma avaliação de resultados. Conclui-se que, historicamente, as mudanças nas formas de Estado com suas peculiaridades influenciaram diretamente na evolução e no exercício da jurisdição, seja de forma positiva ou negativa, de modo que a função jurisdicional perpassa os extremos de possibilidade de atuação.

Palavras-chave: Jurisdição. Função declarativa/criativa. Evolução do Estado. Constituição. Direitos Fundamentais.

“Saudade da justiça imparcial, exata, precisa. Que estava ao lado da direita, da esquerda, centro ou fundos. Porque o que faz a justiça é o “ser justo”. Tão simples e tão banal. Tão puro. Saudade da justiça pura, imaculada. Aquela que não olha a quem nem o rabo de ninguém. A que não olha o bolso também. Que tanto faz quem dá mais, pode mais, fala mais. Saudade da justiça capaz: (...)”
(Rui Barbosa)⁴

4 Trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991. XIV, 102p. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 34, t. 3, 1907).

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a analisar a evolução da função jurisdicional, tomando por base as transformações das formas do Estado ao longo da história (Liberal, Social e Constitucional) e suas influências sobre o exercício da jurisdição pelo magistrado, em especial durante a passagem do Estado Liberal que surgiu no século XVIII, para o Estado Social.

Nesse ínterim, muitos são os desafios enfrentados, pois ao se analisar as influências da evolução das formas de Estado no exercício da função jurisdicional, percebe-se a existência de paradigmas histórico-sociais erguidos em decorrência de acontecimentos sociais marcantes que vão desde a repulsa ao judiciário pelas arbitrariedades cometidas durante o absolutismo à obrigatoriedade de observância aos valores constitucionais pelos legisladores e aplicadores da lei a fim de respeitar e dar termo às conquistas de direitos e garantias fundamentais.

Em consequente, a sociedade passa a conviver com a instabilidade social, econômica e política, o que leva à necessidade de uma atuação mais interventora do Estado, que causou uma revolução do conceito de jurisdição e da forma de atuação do magistrado, limitando a sua atuação, para prezar pela justiça e equidade.

Diante do exposto, é de suma importância a explanação do tema, posto que permite compreender a evolução da função jurisdicional ao longo da mudança nas formas de Estado, bem como a influência, positiva ou negativa, de cada momento histórico e suas peculiaridades no exercício e na garantia da jurisdição, bem como compreender as possibilidades de atuação do magistrado, que possibilitam no decorrer do tempo a aproximação de uma Democracia Social e de Direito de fato.

Ademais, a existência de um judiciário efetivo contribui para a incrementação do papel jurisdicional voltado para a criação de direitos, uma vez que, a atividade jurisdicional exige criatividade normativa. Logo, problematiza-se a função criativa do juiz diante da necessidade de que a interpretação e aplicação do Direito contenha critérios democráticos que

ofereçam segurança jurídica, com decisões fundamentadas no próprio direito, de forma que não se produza consequências indesejáveis, zelando pela preservação dos princípios e valores considerados fundamentais.

Diante disso, surge como objetivo principal expor um panorama histórico-comparativo da transformação da função jurisdicional e as suas implicações. Para tanto, tem-se por objetivos específicos compreender a função social da jurisdição e as mudanças históricas que influenciaram nas reformas do papel funcional da judiciário e abranger o vínculo motivacional para a transação do juiz como mero aplicador do direito para o juiz interventor e reconstrutor de direito.

A metodologia aposta consiste numa pesquisa básica e qualitativa, baseada na abordagem histórico-comparativa, com objetivo descritivo, a fim de propor uma avaliação de resultados.

Explana-se no primeiro tópico acerca da Jurisdição meramente declarativa que guardou influências do Estado Liberal e do Positivismo Jurídico. Logo em seguida, aborda-se a mudança do Estado Liberal para o Estado Social, suas implicações e a função de um Juiz agora como interventor social. Por fim, apresenta-se a atual configuração jurisdicional no Estado Neoconstitucional, a qual difere totalmente da primeira no Estado Liberal, tendo em vista que o Juiz deixa de ser apenas reprodutor mecânico da lei e passa a atuar como um agente de poder ativo e criativo no processo, baseando-se na Constituição, na defesa dos direitos fundamentais e nos ideais de justiça.

2 A JURISDIÇÃO MERAMENTE DECLARATIVA E O ESTADO LIBERAL

Etimologicamente a palavra jurisdição, descende do latim *ius* (direito) e *dicere* (dizer), representando, assim, dicção do direito ou dizer o direito. Corresponde à função jurisdicional que, assim como as demais, emana do Estado. Partindo da ideia de evolução do próprio Estado, perfaz-se um caminho também de evolução e transformação do

conceito de jurisdição e do papel do juiz no processo.

O Estado Liberal surgiu a partir de uma revolução da burguesia contra o regime monárquico, no intento de combater as arbitrariedades do absolutismo, assentando como fundamento para o surgimento desse novo Estado o princípio da legalidade, o qual eleva a lei a uma posição de ato supremo, com vistas a impedir que fossem invocados quaisquer atos/direitos/razões que colidissem com a lei.

Por assim dizer, dentre os ideais fundamentais do Liberalismo destacam-se a valorização da liberdade individual, a garantia da propriedade privada, declaração dos direitos individuais das classes - para as classes menos favorecidas tratavam-se apenas de uma concessão meramente formal -, e a repartição dos poderes, havendo, nesse último, uma sobreposição do legislativo, incumbido da elaboração das leis, em relação aos demais poderes, administrativo e judiciário, aos quais lhes restavam as funções, respectivamente, de aplicar o Direito, respeitando a liberdade e segurança, e impor a lei através da subsunção. Assim, o Estado se encontra limitado a interferir na vida privada dos indivíduos, onde, a administração só tem autonomia para fazer aquilo que a lei permite e os cidadãos de fazer tudo o que a lei não proíbe.

Apesar disso, com base nos ensinamentos de Marinoni (2010), o princípio da legalidade, nesse cenário, induziu a interpretação de que o direito se encontra apenas na norma jurídica, de forma que sua validade não estaria sujeita a equivalência com a justiça, mas apenas em razão das formas de sua produção, ou seja, ter sido produzido por autoridade dotada de competência normativa segundo um procedimento regular.

Seguindo esse raciocínio, o positivismo jurídico fundamenta-se nessa mesma concepção de direito, já que, nesse ínterim, destaca-se a impotência da jurisdição na teoria da tripartição dos poderes recepcionada no Estado Liberal.

Segundo Montesquieu, o “poder de julgar” corresponde a uma atividade puramente intelectual, limitada tanto pela legislação quanto pela atividade executiva, bem como a sugestão de que os magistrados devem se limitar a dizer as palavras da lei. Assim, é notório que a

preocupação fundamental está na intenção de conter, o quanto possível, o poder do juiz. Como bem nos expõe nos escritos de Montesquieu, tem-se o juiz como *bouche de la loi* (boca da lei). Tal feito, destaca Serbena (2004, p. 111), se refere, concomitantemente, a “uma reação geral aos poderes que os mesmos haviam ganho desde o século XIV, instaurando um autoritarismo do tipo jurisdicional que tem uma de suas máximas expressões nos *arrêts de réglements* (suspensão da norma) do Parlamento francês”, bem como a um fruto da imposição do poder Executivo.

Tanto é que a Lei Revolucionária de agosto de 1790 afirma expressamente que:

“Os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo” (Título II, art. 10); “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” (Título II, art. 12); “as funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seus cargos, os juízes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções (Título II, art. 12). (Lei Revolucionária de agosto de 1790) (CAPPELLETI, Mauro apud MARINONI, 2010).

Assim, com a supervalorização da lei, resumindo o direito a esta e condicionando sua validade apenas ao requisito formal, encontra-se um paradoxo quanto ao princípio da legalidade, o qual visa extinguir as arbitrariedades da administração e do judiciário atribuindo ao legislador o poder de editar as leis, mas como seria possível, agora, controlar os abusos da legislação?

Segundo Marinoni (2010), a vinculação do próprio legislador às leis que edita só será possível enquanto a lei resguardar o caráter de uma norma geral e abstrata, na qual a generalidade objetiva preserva

a imparcialidade e igualdade, e a abstração visa a estabilidade do ordenamento jurídico, eliminando a necessidade de edição de novas leis e garantindo a impossibilidade do juiz interpretar a legislação considerando situações especiais ou concretas, o que, segundo os valores liberais, garante a conservação da previsibilidade e certeza do direito, tidos como necessários para manutenção da liberdade.

Mostrando-se congruente, desde suas raízes, aos ideais do liberalismo, o positivismo jurídico além de acolher a ideia de redução do direito à lei, apresenta-se como responsável pela atividade mecânica de aplicação das normas jurídicas. Como relembra Ovídio A. Baptista da Silva *apud* Macedo e Braun (2014, p. 05), o ordenamento jurídico em si, completo e suficiente, é capaz de “oferecer ao juiz a solução para casos concretos que lhe cabia julgar, de modo que a função de julgar não seja nada além da mecânica declaração da vontade concreta da lei”.

Nesse ponto da história, há uma jurisdição imbuída de ideais e valores liberais e positivistas, de forma que a organização político-administrativa do Estado, influenciada tanto pelos ideais e valores como pelo princípio da separação dos poderes, lhe atribui função apenas repressora do dano/direito violado, não admitindo a atuação preventiva do juiz com intuito de evitar a prática de determinada conduta violadora da lei, não sendo sequer vislumbrada a possibilidade de tutela preventiva através da jurisdição, uma vez que a função de prevenção frente a uma ameaça de descumprimento da lei era cabível à administração, não havendo a permissibilidade de uma atuação (re)criativa do magistrado, de forma a aplicar a lei de acordo com as necessidades do caso concreto. Essa afirmação se dá mediante declaração ou atuação da lei, ficando, assim, o juiz apenas com função meramente declaratória.

No que se refere a proeminência da teoria da jurisdição como substituição ou jurisdição meramente declarativa, Giuseppe Chiovenda, se destaca como um dos grandes teóricos desse pensamento, o qual afirma que a jurisdição diz respeito a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição [...] já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente,

efetiva” (CHIOVENDA, 1969, v. II, P.37 *apud* MACEDO; BRAUN, 2014, p. 07).

É mister salientar que a jurisdição em Chiovenda e o processo estão intimamente relacionados, uma vez que ambos recorrem à atuação da vontade concreta da lei para alcançarem seus objetivos. Segundo Magalhaes (2010), com o intuito de diferenciar a função jurisdicional, a qual, segundo ele, é exclusivamente função do Estado, das demais funções do Estado, Chiovenda, assevera ser o ponto chave diferencial a atividade de substituição, pública por alheira, de forma que essa substituição se opera de duas maneiras, as quais coincidem exatamente com os dois tipos de processo existentes na época, quais sejam, o de cognição e o de execução.

No processo de cognição, a jurisdição se refere a substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz para com a atividade intelectual de todos os cidadãos, ao afirmar existência ou não de uma vontade concreta de lei concernente às partes. Já no processo de execução, há uma vontade concreta da lei quando se tratar de uma vontade exequível apenas pelos órgãos públicos, entretanto, esta não se configura, em si, jurisdição, uma vez que, a execução da sentença penal não se caracteriza como jurisdição. Contudo, quando se tratar de uma vontade de lei exequível pela parte em causa, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado da atividade devida (CHIOVENDA, 2000).

Segundo Marinoni (2010), para Chiovenda só pode haver sujeição à jurisdição onde houver sujeição à lei, pelo fato da jurisdição ser a atuação da lei. Sendo assim, o poder estatal se encontra na lei e revelar a vontade do legislador significa a manifestação da jurisdição, tendo em vista que, para Chiovenda, a função jurisdicional juntamente com a legislativa e a administrativa formam o poder uno que é a soberania estatal.

Vale destacar, ainda, que o posicionamento de Chiovenda, quanto ao exercício da jurisdição, sob influência do Estado Liberal, corresponde apenas à mera declaração da vontade do legislador, onde

ao juiz caberia analisar se o direito pretendido pelo autor é reconhecido ou não pela lei, se sim, efetivá-lo, se não, rejeitar o pedido.

Toda norma encerrada na lei representa uma vontade geral, abstrata, hipotética, condicionada à verificação de determinados fatos, que, em regra, podem multiplicar-se indefinidamente. Cada vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previstos pela norma, forma-se uma vontade concreta da lei, ao tempo em que da vontade geral e abstrata nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado. [...] O processo civil, que se encaminha por demanda de uma parte (autor) em frente à outra (réu), serve justamente [...] não mais a tornar concreta a vontade da lei, pois essa vontade já se formou como vontade concreta anteriormente ao processo, mas a *certificar qual seja a vontade concreta da lei e a efetivá-la, quer dizer, traduzi-la em ato: ou a vontade de lei afirmada pelo autor, a qual, se existente, é efetivada com o recebimento da demanda, ou, em caso contrário, a vontade negativa da lei, efetivada com a recusa.* (CHIOVENDA, 2000, Vol I, grifo nosso).

Nesse ínterim, Chiovenda (2000, p. 62, Vol. I) destaca ser de suma importância lembrar que materializar a “vontade da lei exige um trabalho, aliás difícilimo, de investigação dessa vontade, o qual se denomina interpretação. Cabe ao juiz, com o auxílio de critérios gramaticais, lógicos e históricos, fixar o verdadeiro pensamento da lei”, de forma a garantir a segurança jurídica e manter o caráter previsível e certo do direito, indispensáveis, segundo os ideais liberais, para o desenvolvimento de uma sociedade em meio à liberdade, tendo em vista que a lei, sendo clara e completa, bem como geral e abstrata, independentemente de ser justa no sentido material, compreenderia qualquer situação, sendo bastante e suficiente para solucionar os conflitos.

Gustavo Zagrebelski, analogamente, explica a suficiência da lei:

Com base nessas premissas a ciência do direito podia afirmar que as disposições legislativas nada mais eram

do que partículas constitutivas de um edifício jurídico coerente e que, portanto, o intérprete podia retirar delas, indutivamente ou mediante uma operação intelectual, as estruturas que o sustentavam, isto é, os seus princípios. Esse é o fundamento da interpretação sistemática e da analogia, dos métodos de interpretação que, na presença de uma lacuna, isto é, da falta de alguma disposição expressa para resolver uma controvérsia jurídica, permitiam individualizar a norma precisa em coerência com o sistema. A sistematicidade acompanhava, portanto, a plenitude do direito. (ZAGREBELSKY, p. 32.)

Sendo assim, percebe-se que a função meramente declarativa da jurisdição em seu primeiro momento histórico, conta com grandes e significativas influências dos ideais do Estado Liberal e do Positivismo Jurídico da época, restringindo o juiz à mera atuação da vontade concreta da lei, extraindo a vontade do legislador, independentemente de ser justa ou não, pelo fato de sua validade encontrar-se apenas na dependência da observância do procedimento formal para sua criação e não na correlação com os princípios de justiça e/ou igualdade material, sem poder adaptá-la nem nela interferir.

3 ESTADO SOCIAL, SUAS MOTIVAÇÕES, AS IMPLICAÇÕES E O PAPEL DO JUIZ COMO INTERVENTOR SOCIAL

Foram as profundas crises econômicas e o agravamento da luta de classes presentes no período entre guerras que repercutiram decisivamente na estabilidade das instituições políticas. Nesse sentido, as experiências totalitárias europeias e o desastre da Segunda Guerra Mundial levaram as potências ocidentais ao compromisso histórico de evitar a volta do sistema anterior ou a fixação de um socialismo de inspiração soviética, de forma que, para obter êxito, foi necessário que o Estado assumisse a função orientadora e o controle do processo

econômico sem, porventura, adquirir a propriedade ou os meios de produção (DAMIANO, 2005).

Reconhece-se, portanto, que existem certas tendências do pensamento social democrata clássico para a concretização do desenvolvimento do Estado Social, que se apresentam em dois momentos: o político e o social. Sendo assim, o primeiro é pressuposto inescusável para conseguir o segundo, que é, por sua vez, a plena realização dos valores de liberdade e igualdade proclamados por aquele.

No Estado Social, a sociedade deixada a seus mecanismos autorreguladores conduz à pura irracionalidade, de modo que só a ação do Estado pode neutralizar os efeitos disfuncionais de um desenvolvimento econômico e social controlado. Por conseguinte, o Estado não pode limitar-se a assegurar as condições ambientais de uma suposta ordem social imanente, nem a vigiar os distúrbios de um mecanismo autorregulador e, pelo contrário, há de ser o regulador decisivo do sistema social e dispor-se a tarefa de estruturar a sociedade através de medidas diretas ou indiretas (DAMIANO, 2005).

Nesse sentido, o conceito de Estado Social está correlacionado a disposição e a responsabilidade, a atribuição e a competência do Estado para a estruturação da ordem social, tendo como função assegurar os fundamentos básicos do status econômico e social, adaptando-os às exigências do tempo atual, com intuito de excluir permanentemente os distúrbios para seu bom funcionamento, de modo que está destinado a garantir o sistema de interesse da sociedade neocapitalista (DAMIANO, 2005).

Enquanto o Estado tradicional se sustentava na justiça comutativa, consignava direitos sem menção de conteúdo, era excepcionalmente fundamentalista e legislador; o Estado Social se sustenta na justiça distributiva, no que se refere a bens jurídicos de conteúdo material e trata-se de um Estado gestor a condições que devem submeter-se às modalidades das legislações. Assim, enquanto um se limitava a assegurar a justiça legal formal e a proteger a sociedade

do Estado, ao outro se estende a justiça legal material e a proteger a sociedade pela ação do Estado (DAMIANO, 2005).

O princípio da função do judiciário, buscava a aproximação de interesses entre as partes para que se chegasse a resolução de conflitos. Posteriormente, surge o conceito de juízes-árbitros, os quais trazem como inovação o caráter vinculativo das suas decisões (FACCHINI, 2006), uma vez que, buscavam decifrar os usos e costumes tradicionais de uma determinada sociedade, para construir uma tradição jurídica particular fadada, na vigência moral e no senso comum (FACCHINI NETO, 2004).

Atualmente, o juiz politizado soluciona litígios mediante a aplicação de direitos respaldados em valores e expressões de um poder político utilizando-se do processo hermenêutico para realizar a atividade recriadora de normas e para adaptar as regras jurídicas à realidade social, com intuito de promulgar a paz social. Assim, com o advento do Estado democrático de Direito, o juiz retirou do legislador a função da positivação de direitos e passou a responsabilizar-se pela concretização dos enunciados legais, inclusive através de atuação criativa.

Quando se tratando do Estado liberal, busca-se de todo modo promover segurança jurídica, para evitar distorções na aplicação do direito; de forma que, a atuação dos juízes também era limitada a litigiosidade interindividual. Durante o século XIX, o legislador ocupava cargo de destaque político no âmbito da distribuição dos poderes constitucionais, de maneira que a função dos juízes limitava-se a legitimar o que era imposto pelo legislador. Em resumo, o magistrado, atuava sobre um sistema democrático orientado pelos desígnios liberais (PISKE, 2010).

Foi, a partir do final do século XIX, devido às transformações políticas, econômicas e culturais que marcam o desenvolvimento do Estado moderno, que começaram as modificações no significado sociopolítico das funções dos magistrados. Durante o referido século, as ideias iluministas contribuíram para uma transformação do que seria o “juiz-descobridor” para um “juiz-aplicador” do direito, o qual afastava

de si qualquer preocupação social ou ética frente às deliberações por ele tomadas e, por fim, a construção da figura do Juiz como um “resolutor de conflitos” (FACCHINI, 2006, p. 12-13).

No Brasil, foi ao final da década de 70, que a acentuação dos movimentos sociais contribuiu para o aumento da complexidade do Estado e o surgimento de novos grupos e atores sociais. Assim, a prática da magistratura no modelo liberal entrou definitivamente em crise, o que desencadeou uma erosão da legitimação clássica na atuação dos juízes (PINTO, 2002). O movimento crítico dos juizes surgiu no país em um momento em que as demandas dos setores da sociedade por direitos sociais e coletivos superavam as possibilidades da oferta dos códigos, inspirados em uma visão liberal-individual. Essa “crise da Justiça”, ainda está presente nos dias atuais, e está ligada a crescente ineficácia com a qual o poder Judiciário tem desempenhado suas funções (FARIA, 2006, p. 17).

O modelo subjacente ao positivismo jurídico foi fruto de uma ruptura ocasionada pela politização do exercício da jurisdição, uma vez que, naquele havia uma forte separação entre Direito e Política. Nesse sentido, são diversos os fatores que contribuíram para a transformação do judiciário em um locus político privilegiado como espaço de confronto e negociação de interesses, enfatizada na função social dos tribunais, tal como a (re)politização do juiz com uma dimensão mais prospectiva de sua atuação e a extrapolação da repercussão interindividual que influi no destino de determinados grupos sociais (PINTO, 2002).

Ademais, a burocratização dos procedimentos e a incompatibilidade entre a estrutura judiciária clássica e a realidade socioeconômica sobre a qual o juiz atua contribuem para a chamada crise de funcionalidade, decorrente da legislação abundante e anárquica, da burocracia da estrutura de funcionamento, do exagerado formalismo processual e da morosidade da justiça.

4 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O PAPEL CRIATIVO/RECONSTRUTOR DA JURISDIÇÃO

O neoconstitucionalismo foi um movimento com origem européia, após a 2ª Guerra Mundial, como um marco na ruptura do paradigma do Estado liberal e individualista, formal e burguês. Segundo Streck (2009), configura-se como uma técnica ou engenharia do poder que objetiva responder aos movimentos históricos, estes distintos daqueles que originaram o constitucionalismo liberal (ou primeiro constitucionalismo). “Por isso o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural; não há sentido em tratá-lo como continuidade, uma vez que seu “motivo de luta” é outro” (STRECK, 2009, p. 01).

Com o surgimento do neoconstitucionalismo, obteve-se a valoração da Constituição que fora elevada à condição de elemento fundante e principal das ordens jurídicas ocidentais, garantindo em seus textos, não mais normas apenas procedimentais, mas de alto teor axiológico, bem como princípios e ideais de justiça, a fim de resguardar os direitos fundamentais e aproximar-se do ideal democrático, o que fez surgir um novo arranjo organizacional jurídico-político: o Estado Democrático de Direito.

É bem verdade que o contexto de formação da lei e das demais fontes de produção do direito foi transformado. O neoconstitucionalismo exige que seja feita a compreensão da lei de forma crítica em face da Constituição, a fim de advir uma norma adequada à regulação dos litígios, constituindo ao jurista a função de construtor e não mais apenas revelador da vontade da lei, tornando sua atividade essencial à efetividade das normas constitucionais e atribuindo-lhe maior responsabilidade e importância nessa tarefa de forma a interpretar a norma de maneira moral (MARINONI, 2010).

A submissão da lei à Constituição implica no reconhecimento do juiz não mais como um funcionário mecânico que busca solucionar os conflitos afirmando o texto da lei, mas sim como um agente do poder que, mediante adequada interpretação da lei e do controle de sua própria

constitucionalidade, tem a obrigação de dirimir os conflitos com base nos princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais, bem como a inversão da lógica de validade entre os direitos e a lei, visto que agora é a lei que, para sua validade, precisa estar adequada aos direitos fundamentais, de forma que se ocorrer da lei desrespeitar algum direito ou garantia fundamental, a mesma é declarada inconstitucional (MARINONI, 2010).

No Estado constitucional, cabe ao juiz interpretar a norma geral em concordância com a Constituição, controlar a inconstitucionalidade da lei e da sua omissão e dar tutela aos direitos fundamentais, em caso de colisão. Quando, nas hipóteses de interpretação de acordo e de declaração de nulidade parcial sem redução do texto, a norma geral for conformada pelas normas constitucionais, o juiz constrói a norma jurídica com base na relação entre o caso concreto, o texto legal e as normas constitucionais. Assim, a norma jurídica passa a ser fruto da cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade, de acordo com as peculiaridades do caso concreto (MARINONI, 2010).

No que tange à tutela jurisdicional, sua garantia vai além de reconhecer a existência do direito a ser tutelado, é necessário lhe outorgar proteção efetiva (salvo nos casos em que não seja necessário ir além da sentença). Assim, excepcionalmente no Brasil, a rigidez e a amplitude constitucional acrescida ao acesso à justiça contribuíram para a ocorrência de um fenômeno denominado “judicialização das relações sociais e políticas”, cabendo ao judiciário decidir questões de grande relevância política, social ou moral (BARROSO, 2013).

No Estado constitucional a inserção valorativa dos direitos fundamentais conferiu à jurisdição o dever de protegê-los. A função jurisdicional e o processo são responsáveis por viabilizar as tutelas dos direitos garantidas pela Constituição, de forma que a jurisdição configura-se como o elo entre as esferas material e processual (MARINONI, 2010).

Não são apenas a valoração axiológica e a inclinação para o social, os responsáveis pela remodelação do conceito e do exercício da função jurisdicional, o fato também é que o modelo mecânico da

subsunção não se configura como mecanismo idôneo para a concretização dos objetivos almejados no Estado constitucional. Encara-se agora o chamado pós-positivismo, no qual há uma inegável intervenção moral na resolução dos casos difíceis, a aplicação da técnica da ponderação e a inserção dos fatos e da realidade em si na própria estrutura da norma jurídica (COSTA, 2015).

A liberdade criativa reconhecida aos magistrados intervém no processo decisório, a fim de conceber a justiça como meio de direção e promoção social, de redução das desigualdades e de fomento do equilíbrio nas relações socioeconômicas, e não mais como instrumento técnico de garantia de certeza e segurança jurídica de direitos que já estão historicamente arraigados no ordenamento.

Dessa forma, a jurisdição passa a obter status de atividade cognoscitiva, ativa e criativa e não apenas reprodutora, inspirando a criatividade dos juízes no processo de interpretação e aplicação do direito, exigindo uma atuação mais dinâmica do juiz, diante da complexidade das causas e do pluralismo de valores, bem como da abundância de conteúdo nos famosos conceitos jurídicos indeterminados (COSTA, 2015).

O conceito de ativismo jurídico surgiu na Suprema Corte dos Estados Unidos, durante o século XIX, quando aflorou a criatividade judicial. A postura ativista, ocorre diante da manifestação da aplicação do direito constitucional em situação que não está devidamente expresso, a declaração de inconstitucionalidade em um determinado texto produzido pelo legislador, tendo como fundamento critérios menos rígidos do que aqueles ligados a violação da Constituição e, por fim, no que se refere a políticas públicas, quando há uma imposição de condutas ou de abstenções ao poder público (PENNA, 2016).

A ideia de um juiz ativo contribui para um procedimento isonômico do processo, tornando-o equilibrado, para que se desconstrua a ideia do juiz autoritário e detentor unilateral do poder, incluindo-se o exercício da cidadania no processo, para a investigação da verdade e da justiça (OLIVEIRA, 2003).

Rememora-se que a mudança ocorrida na sistemática da Hermenêutica faz surgir um novo estilo de interpretação do fenômeno da jurisdição, sem esquecer de todas as implicações que disso resultam: dinamismo, ativismo, prospecção, compromisso, desafios, escolhas, concessões. Assim, a judicialização da política é decorrente da ampliação do caráter hermenêutico do direito, logo, é inexorável e contingencial, já que se compõe da intervenção judiciária nos déficits dos demais poderes e das condições sociopolíticas (PENNA, 2016).

Portanto, não há mais possibilidade de sustentação para a jurisdição acrítica e meramente declaratória, indiferente e isolada em si mesma ou mesmo insubmissa à realidade que lhe é parte. Nessa perspectiva, jurisdição e processo se aproximam dos conceitos de ética e justiça, uma vez que passam a ser voltados à realização de valores sociais e políticos (COSTA, 2015).

5 CONCLUSÃO

As formas de Estado com suas peculiaridades influenciam diretamente na atuação do poder, com destaque para o Judiciário, de maneira que o momento histórico e os movimentos sociais contribuem para moldar a atuação da justiça.

A instauração do Estado Liberal se deu a partir da insatisfação dos cidadãos perante o governo e as arbitrariedades praticadas, diante da repugnação e descrédito da atuação do judiciário perante os cidadãos, pelos feitos nada justos, sociais ou éticos praticados durante o absolutismo. A partir daí a burguesia se uniu a fim de modificar essa realidade e como resultado de diversos movimentos instaurou-se o Liberalismo, o qual limitava demasiadamente a atuação do juiz, reduzindo-a à mera declaração da letra da lei, o que contribuiu para a supervalorização da função legislativa, tornando-a quase que ilimitada, tanto é que essa fase do Estado ficou conhecida como Estado Legislativo, pelo fato de o Legislativo ser o único e exclusivo responsável pela edição das leis.

Posterior a isso, temos o Estado Social, fruto de uma série de acontecimentos que desestabilizaram socialmente, economicamente e politicamente o regime anterior, através do agravamento das crises econômicas e da luta de classes, o que fez surgir a necessidade de uma atuação interventora do Judiciário a fim de retomar a ordem e abrandar o caos, evitando o retorno do absolutismo ou a instauração do socialismo.

Nesse período, atribui-se máxima importância ao princípio da segurança jurídica e a atuação dos juízes era circunscrita dentro dos limites da litigiosidade interindividual. Neste momento não se objetivava abandonar os ideais liberais, tanto é que a função social dos juízes se voltou para a legitimação da atuação do legislador. Assim, o que se visava era assegurar a reprodução fiel do direito positivo legislado na resolução dos conflitos individualizados, garantindo, desta maneira, os direitos e as liberdades individuais. Em síntese, esse tipo de configuração das funções dos magistrados correspondia ao entendimento de legitimidade e de distribuição do poder político em um sistema democrático orientado pelos imperativos do liberalismo.

Por fim, ocorre uma nova revolução no conceito de jurisdição e a atuação do juiz passa a fazer parte no processo. No Neoconstitucionalismo, o juiz deixa de ter uma posição distante e passiva e passa a desempenhar um papel ativo e criativo, de maneira que não há de se falar mais em normas genéricas aplicáveis a tudo e todos os casos possíveis e imagináveis, agora, o juiz interpreta a norma e a adequa à situação concreta, ao caso em questão. Logo, o juiz passou a exercer uma função importantíssima e essencial no processo, garantindo que a lei seja aplicada de maneira justa, não apenas formal, mas materialmente, com base na individualidade dos sujeitos, de forma equânime e igualitária.

Observa-se, portanto, que ao longo da história, as mudanças nas formas de Estado com todas as suas peculiaridades influenciaram diretamente na evolução e no exercício da jurisdição, seja de forma positiva ou negativa, posto que a função jurisdicional perpassa os extremos de possibilidade de atuação, de um exercício ilimitado (absolutismo) a um exercício extremamente limitado (liberalismo), mas,

atualmente, pode-se dizer que encontra-se, relativamente, em equilíbrio (neoconstitucionalismo), já que há uma liberdade ativa e (re)criativa que é limitada pela Constituição, pelos direitos fundamentais e pelos ideais de justiça, ética e equidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 62, Vol. I.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. II, p. 37.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 9, Vol. II.

COSTA, Lucas Sales da. **Constitucionalismo, direitos sociais e atuação do poder judiciário**. Imprensa: Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, 229 p.

COSTA, Lucas Sales da. **A remodelação da função jurisdicional pelo neoconstitucionalismo**. **Conteudo Juridico**, Brasília-DF: 18 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53842>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

DAMIANO, Henrique. O estado social e o reconhecimento dos direitos sociais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 27, p. 19-35, jul./dez. 2005.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. **Função social do juiz**. Porto Alegre, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Premissas para uma análise da contribuição do juiz para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente**. In: Juizado da Infância e da Juventude. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, n. 2, mar. 2004.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005/ Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - Ajuris. SARLET, Ingo Wolfgang (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACEDO, Elaine Harzheim; BRAUN, Paola Roos. Jurisdição Segundo Giuseppe Chiovenda versus Jurisdição no Paradigma do Processo Democrático de Direito: Algumas Reflexões. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VI, nº 12, jul-dez/2014. ISSN 2175-7119. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima12/ANIMA-12-JURISDICA0-SEGUNDO-GIUSEPPE-CHIOVENDA-versus-JURISDICA0-PARADIGMA-DO-PROCESSO-DEMOCRATICO-DIREITO.pdf>> Acesso em: 14 nov. 2018.

MAGALHAES, Joseli Lima. JURISDIÇÃO E PROCESSO EM GIUSEPPE CHIOVENDA. **Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, CE, 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3501.pdf>> Acesso em: 16 jan. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v. 90, jun. 2003.

PENNA, Bernardo Schmidt. Ativismo judicial à brasileira: “papel criador do intérprete” x “papel criativo do intérprete” — dois casos paradigmáticos do supremo tribunal federal. **Revista de Direito Privado**, Roraima, v. 70, 12 p. 2016 .

PINTO, Mariana Piske de Azevedo Magalhães. **Efetividade dos juizados especiais na concretização dos direitos de cidadania**. Dissertação (Mestrado em direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 371. 2002.

PISKE, Oriana. A função social da magistratura na contemporaneidade. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 42-50, abr./jun. 2010.

SERBENA, Cesar Antonio. **Considerações sobre o juiz, a sentença e a tutela preventiva na história do processo civil**. UFPR, 2004. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1736/1436>> Acesso em: 10 jan. 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo**. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). SARMENTO, Daniel (org.). A constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o Problema da Discrecionalidade dos Juízes”. **Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, ano I, n. 1. Curitiba, 2009. Disponível em: <http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em: 26 dez. 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, cit., p. 32.

THE EVOLUTION OF THE JURISDICCIONAL FUNCTION: OF THE MOORINGS OF THE LAW TO FREEDOM (RE)CREATIVE

ABSTRACT

The study deals with the change makes the program an active, participatory and (re) creative exercise of the magistrate in the evolution of the jurisdictional function. The difficulties of studying the regime as a result of obtaining arbitrary fees during the absolutist regime, however, were not satisfied with the freedom of the arbitrators who decided in agreement with their unlimited discretion. Thus, the survey seeks a historical-comparative overview of the transformation of the jurisdictional function and the implications of that fact. Its importance must be a breakdown of barriers throughout the history of democracy that allows the approximation of a de facto Social Democracy, where power emanates from the people in a fair, swift and equitable way. The goal is to become basic and qualitative, based on the historical-comparative approach, with a descriptive purpose, in order to provide an evaluation of results. It is concluded that, historically, as changes in the forms of state, with its peculiarities, does not influence its jurisprudence, either positively or negatively, so

that a jurisdictional function runs through the extremes of possibility of action.

Keywords: Jurisdiction. Declarative/creative function. Evolution of the State. Constitution. Fundamental rights.



O REGIME JURÍDICO DA TRIBUTAÇÃO DO ISSQN EM RELAÇÃO ÀS SOCIEDADES PROFISSIONAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O MUNICÍPIO DO NATAL

Aderdival Brito Cavalcanti Júnior¹
Matheus Pimentel Veras²

RESUMO

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) é disciplinado em nível nacional pela Lei Complementar n.º 116/2003, a qual prescreve que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço, enquanto a alíquota deve respeitar o mínimo de 2% (dois por cento) e máximo de 5% (cinco por cento). Se, por um lado, a derrogação atingiu grande parte do Decreto-Lei n.º 406/1968, um específico regime de tributação permaneceu vigente: o das sociedades uniprofissionais. Neste, o ISSQN é cobrado de forma fixa, em relação ao número de profissionais habilitados nas referidas sociedades, ignorando base de cálculo e alíquotas gerais. Contudo, várias municipalidades tentam afastar o sistema diferenciado de tributação. O presente trabalho busca analisar a existência e

1 Acadêmico o curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Email: aderdivaljunior@hotmail.com

2 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Email: matheus.veras@hotmail.com

prevalência do ISSQN instituído em favor das sociedades uniprofissionais, examinando o caso específico do Município do Natal, no qual o legislativo local buscou erradicar a disciplina do seu ordenamento jurídico.

Palavras-chave: ISSQN. Sociedades profissionais. Tributos fixos.

1 INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei n.º 406/1968, recepcionado pela Constituição Federal, abarcou em sua redação regime especial de tributação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) às denominadas sociedades uniprofissionais. Em tais casos, o valor do imposto é calculado de forma fixa, dispensando-se a incidência do binômio quantitativo base de cálculo e alíquota.

A edição da Lei Complementar n.º 116/2003 levantou discussões acerca da aplicação da referida sistemática tributária, que permanece vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Grande razão da citada discussão são as repetidas tentativas de municípios em extinguir tal regime, aparentemente lesivo aos intuitos arrecadatórios destas esferas da federação.

A partir disso, o presente artigo busca analisar o regime de tributação fixa do ISSQN fixado pelo Decreto-Lei n.º 406/1968, abordando a necessidade de lei complementar para veicular as normas gerais de tributação, a impossibilidade de edição de leis municipais que subvertam os preceitos fixados por leis tributárias de caráter nacional, assim como os requisitos para que as sociedades uniprofissionais gozem do benefício.

Em um segundo momento, examina-se o específico caso do Município do Natal, no qual intentou-se a abolição do regime tributário

diferenciado em questão, expondo-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e a peculiar situação causada pela revogação de parte do Código Tributário do Município.

2 A NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA VEICULAR NORMAS GERAIS SOBRE TRIBUTAÇÃO E A APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI N.º 406/1968

As leis complementares à Constituição Federal – inauguradas pela Emenda Constitucional n.º 18, de 1965, e consolidadas pela Carta de 1967 – foram introduzidas em nosso sistema normativo com o intuito de integrar o texto constitucional. Possuem, desde então, o importantíssimo papel de uniformizar critérios para a instituição de tributos. Foram criadas, porque o legislador constitucional pensou em colocar certos assuntos livres da rigidez constitucional, porém a salvo do legislador ordinário. “Em rigor, a disciplina ‘geral’ do sistema tributário já está na Constituição; o que faz a lei complementar é, obedecido o quadro constitucional, aumentar o grau de detalhamento” (AMARO, 2016, p.195).

Com efeito, é caracterizada como lei nacional, pois obriga e vincula, onde for aplicável, como o próprio texto magno, todas as esferas políticas. No dizer de Machado Segundo (2017, p.17), a referida lei tem caráter “nacional, projetando-se e impondo-se, na esfera jurídico-normativa, e no que concerna aos estritos limites materiais de sua incidência, à compulsória observância das pessoas estatais investidas, pelo ordenamento constitucional, de competência impositiva”.

Nesse sentido, as leis complementares, por tratarem, dentre outros assuntos, sobre normas gerais de Direito Tributário (consoante previsão do art. 146, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal), têm a função de gizar os arquétipos a que os legisladores federal, estaduais, distrital e municipais devem obedecer, quando do exercício, por parte dessas pessoas, da competência tributária constitucionalmente

outorgada. Em outras palavras, a lei ordinária do ente tributante é que tem competência para legislar sobre a exação, instituindo-a com obediência à Constituição e respectiva lei complementar.

Diante das premissas jurídicas traçadas alhures, pode-se fazer a dialética entre a necessidade de lei complementar para veicular matéria gerais no ramo estudado, e a sua aplicação no que se refere especificamente ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN ou ISS), que, como se sabe, é de competência municipal e está previsto no art. 156, III da Constituição Federal vigente. Desde já, inclusive, é importante destacar que além da necessidade de lei complementar, como já falado, para veicular matérias gerais em Direito Tributário, a própria Carta Magna prevê especificamente (art. 156, §3º, inciso I) em relação ao ISSQN a necessidade dessa espécie legislativa para fixar suas alíquotas mínimas e máximas.

Pois bem. E quais seriam as leis complementares que regulam o imposto *sub examine*? Em primeiro lugar, na ordem cronológica, tem-se a Lei n.º 5.172/1966 - Código Tributário Nacional (CTN). Nesse ponto, merece destaque o fato de que o CTN foi originariamente aprovado como lei ordinária, eis que não havia necessidade, à época, de lei complementar sobre a matéria. “Todavia, com as mutações ocorridas no ordenamento anterior, a citada lei adquiriu eficácia de lei complementar, pelo motivo de ferir matéria reservada, exclusivamente, a esse tipo de ato legislativo. E, com tal índole, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988” (CARVALHO, 2012, p.69). Assim, o Código Tributário Nacional, a despeito de sua regulamentação específica sobre o ISSQN ter sofrido revogação, estabelece normas gerais em matéria de legislação tributária.

A segunda legislação de bastante relevância quanto ao tema é o Decreto-Lei n.º 406/1968, que trata especificamente³ sobre o Imposto

3 Importante destacar a ementa do referido diploma legal: “Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências.”

Sobre Serviços. A um intérprete desavisado pode surgir dúvida se o Decreto-Lei em comento, por ser anterior à vigente Constituição, fora porventura recepcionado por esta. Entretanto, este questionamento é afastado pela leitura do art. 34, § 5^o, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que assegurou a aplicação da legislação anterior (incluindo o Decreto-Lei n.º 406/68), juntamente com a nova Carta, quando com ela não for incompatível.

O Supremo Tribunal Federal, instado a esse respeito se pronunciar, decidiu⁵ pela recepção do citado diploma legal pela Carta vigente, elidindo de uma vez por todas quaisquer dúvidas acerca do tema.

Logo, a resposta a esta indagação afigura-se fácil. Como versa sobre normas gerais do ISSQN, e tais assuntos foram reservados para leis de hierarquia complementar, outra não poderia ser a sua graduação do Decreto-Lei ora em comento. Em outras palavras, qualquer um dos milhares de Municípios brasileiros que queiram instituir exações incidentes sobre a prestação de serviços deverá fazer cotejando com o Decreto-Lei n.º 406/68.

4 Faz-se mister a reprodução do referido trecho: Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. (...) § 5º Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §3º e § 4º. (...).

5 RE 277806, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 10/10/2000, DJ 01-12-2000. Parte da ementa merece destaque: “ISS. Sociedade prestadora de serviços profissionais. - O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 236.604, assim decidiu: ‘CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. ADVOCACIA. D.L. 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º, C.F., art. 151, III, art. 150, II, art. 145, § 1º. I - O art. 9º, §§ 1º e 3º, do D.L. 406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88: CF/88, art. 146, III, ‘a’. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II e 145, § 1º, CF/88. II - R.E. não conhecido (...)’”.

Ato contínuo, diante da necessidade de atualização do regime tributário do Imposto Sobre Serviços após a Constituição Federal, foi publicada a Lei Complementar n.º 116/2003, ou seja, veio dar um novo tratamento relativamente às regras gerais atinentes ao ISSQN em todo país, já que tal tributo tinha a sua regra-matriz gizada pelo Decreto-Lei n.º 406, datado dos idos de 1968.

Entretanto, é preciso fazer uma análise cautelosa quanto os efeitos da lei superveniente. Ora, da aferição detida sobre o tema, percebe-se que a LC 116/03 não ab-rogou o Decreto-Lei n.º 406/68, a despeito de ter derogado amplamente esse. *In casu*, é deveras importante atentar para a semântica das palavras, pois, nas lições mais comezinhas do Direito, e conforme explicita Ferraz Jr. (2013, p.172), enquanto a ab-rogação trata da revogação total, a derogação se refere à revogação apenas parcial.

Com efeito, adentrando especificamente sobre o tema da tributação do ISSQN sobre as sociedades profissionais, tem-se que uma das passagens que se mantiveram incólumes foi justamente a possibilidade de tributação através de valores fixos⁶. Cita-se, ademais, que os dispositivos citados no art. 9º, §1º do Decreto-Lei em referência trata das profissões, respectivamente, de médicos, radioterapia, radiologia, tomografia, ultrassonografia e congêneres; enfermeiros,

6 Art. 9º - A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º - Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho. (...)

§ 3º - Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

obstetras, ortópicos, fonoaudiólogos, protéticos; médicos veterinários; contabilidade, auditoria, guarda-livros, técnicos em contabilidade e congêneres; agentes de propriedade industrial; advogados; engenheiros, arquitetos, urbanistas, agrônomos; dentistas; economistas; e psicólogos.

Isto porque a Lei Complementar n.º 95/98 (art. 9º, *caput*), que dispõe sobre a elaboração, redação, a alteração e a consolidação das leis, estatui de modo indelével que a “cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”. Já a Lei Complementar n.º 116/03 quis tirar do ordenamento jurídico apenas as passagens legais insertas no seu art. 10⁷, que não contempla, como pode-se observar, a passagem supracitada.

Logo, fazendo-se a conjunção das duas prescrições normativas acima citadas, vê-se de forma cristalina que a modalidade de tributação das sociedades uniprofissionais prevista no § 3º do art. 9º do Decreto-Lei não perdeu validade com a veiculação da novel legislação de regras gerais, havendo a coexistência de ambas.

O tema é bem explicitado por Paulsen e Melo (2012, p.538/539), ao dispor que alguns serviços, como os de médicos, advogados, contabilistas e outros, prestado por sociedades, ficam sujeitos ao imposto calculada a alíquota em relação a cada sócio, a despeito de assumir a responsabilidade pessoal, nos termos do Decreto-Lei n.º 406/68, art. 9º, § 3º.

A jurisprudência das Cortes assim tem entendido, como se pode observar do precedente do Supremo Tribunal Federal, como do Superior Tribunal de Justiça⁸.

7 Art. 10 - Ficam revogados os arts. 8.o, 10, 11 e 12 do Decreto-Lei no 406, de 31 de dezembro de 1968; os incisos III, IV, V e VII do art. 3o do Decreto-Lei no 834, de 8 de setembro de 1969; a Lei Complementar no 22, de 9 de dezembro de 1974; a Lei no 7.192, de 5 de junho de 1984; a Lei Complementar no 56, de 15 de dezembro de 1987; e a Lei Complementar no 100, de 22 de dezembro de 1999.

8 Nesse sentido: REsp 1721218/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/08/2018; REsp 1740420/PR,

Dessa forma, observa-se que qualquer lei municipal ao tratar sobre o Imposto Sobre Serviços deve-se adequar, em concomitância, ao Decreto-Lei n.º 406/1968 e à Lei Complementar n.º 116/03. Tanto é assim que a Lei Local n.º 3.882/1989, que institui o Código Tributário do Município do Natal, faz menção expressa⁹ ao respeito às leis complementares.

Entretanto, o Município do Natal editou legislação em dissonância às balizas constitucionais e legais (conforme se demonstra doravante), o que acarreta incompatibilidade com o regime geral de tributação do ISSQN gerando, inexoravelmente, a judicialização da matéria, mormente por ser, nos dizeres de Cavalcanti Jr. e Fonseca (2019, p.206), “uma garantia do cidadão contra vilipêndios a seus direitos fundamentais, tal como propugnado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição”.

3 OS REQUISITOS PARA TRIBUTAÇÃO EM VALORES FIXOS DE ISSQN

Explicitado o arcabouço jurídico que rege o regime jurídico da tributação do Imposto Sobre Serviço, pelo menos na seara nacional,

Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 26/11/2018. Salienta-se a ementa deste: TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE ADVOGADOS. ISS. RECOLHIMENTO COM BASE EM VALOR FIXO ANUAL. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO PREVISTO NO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI 406/68. 1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que as sociedades de advogados, que não possuem natureza mercantil e são uniprofissionais, gozam do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/1968, não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas sim no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que as integram.2. Recurso Especial não provido.

9 Art. 1.º - O Código Tributário do Município do Natal se constitui desta Lei, obedecidos os dispositivos da Constituição Federal e de suas leis complementares.

pode-se, ainda que de maneira breve, explicitar os requisitos para que a exação se dê com base em valores fixos, que, naturalmente, oferecem uma vantagem aos contribuintes do tributo municipal em exame. Melhor explicando, os contribuintes que gozam desse tratamento tributário diferenciado não recolhem o ISSQN em relação a seu faturamento, ou seja, de forma *ad valorem*, mas em valor fixo de acordo com número de profissionais que integram a sociedade, o que acaba por desonerar, sobremaneira, a tributação.

Tais requisitos estão previstos no Decreto-Lei já citado, mais especificamente no art. 9º, §3º (já transcrito anteriormente) e também estão deveras delineados pela doutrina e jurisprudência sobre o assunto. Nesse sentido, consistem, em síntese, 1) que os serviços sejam prestados por sociedades; 2) que a sociedade não tenha caráter empresarial; 3) que haja prestação em nome da sociedade e por conta e risco do sócio (responsabilidade pessoal).

Espanque de dúvidas que os dois primeiros itens estão ligados umbilicalmente, de forma que serão explicados conjuntamente. Com efeito, é imprescindível a análise dos arts. 966¹⁰ e 982¹¹ do Código Civil brasileiro. Esses dispositivos legais tratam da caracterização da sociedade empresária e da que não detém o caráter empresarial (sociedade simples). Nesse sentido, dispõe que é necessário que haja exercício profissional de atividade econômica organizada com o fito de produzir ou circular bens ou serviços.

10 Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

11 Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Sintetizando tais dispositivos, explica Coelho (2016, p.103) que “empresário é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto física (...), como a jurídica”.

Logo, para que os contribuintes, quais sejam, as sociedades uniprofissionais gozem do tratamento tributário diferenciado em relação ao ISSQN, faz-se mister que não tenham caráter empresarial, mas sim de sociedade simples, exercendo, por meio de seus integrantes, profissão intelectual, científica, literária ou artística, nos limites do § 3º do art. 9º do Decreto-Lei n.º 406/68, mais especificamente nas profissões e atividades ali elencadas.

Necessário consignar ainda, que os requisitos supracitados independem da efetiva nomenclatura utilizada pela pessoa jurídica, mas sim a efetiva ausência de caráter mercantil.

Já quanto ao último requisito, é imprescindível que haja responsabilidade pessoal da figura dos sócios, assim como prevê o art. 14, § 4º¹² do Código de Defesa do Consumidor. Explicitando tal característica, aduz Machado (2019):

A nota característica que justifica o tratamento especial em matéria de ISS é o tratar-se de trabalho pessoal (...) a única condição exigida para a aplicação do regime de tributação do trabalho individual às sociedades profissionais em causa: a de que a legislação aplicável à atividade profissional exercida pelo indivíduo exija que este assuma responsabilidade pessoal, mesmo nas hipóteses em que atue em nome da sociedade.

12 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa

Logo, demonstrada legislação de vigência e os requisitos para tributação diferenciada, pode-se passar para análise da tributação no Município do Natal, mormente por sua vicissitudes.

4 CASO CONCRETO

A despeito da existência de normas nacionais com caráter de lei complementar, o Município do Natal buscou inovar quanto ao tratamento tributário garantido às sociedades uniprofissionais. Não o fez, como poderia esperar-se, de maneira subsidiária, mas criando dispositivos legais incompatíveis com as regras gerais de tributação do ISSQN.

A primeira das medidas legislativas tomadas deu-se por meio da Lei Complementar Municipal n.º 34/2001, responsável por modificar o art. 74 da Lei Municipal n.º 3.882/1989, a qual veicula o Código Tributário do Município do Natal.

Tal Lei instituiu limites quantitativos para a concessão de regime tributário diferenciado para as sociedades uniprofissionais¹³. Assim, somente fariam jus à base de cálculo fixa do imposto, calculado em razão do número de profissionais habilitados na razão de R\$ 500,00 (quinhentos reais), as sociedades de profissionais cujo movimento

13 Lei Complementar Municipal n.º 50/2001: Art. 1º O artigo 74 da Lei n.º 3.882 de 11 de dezembro de 1989, passa a vigorar com as seguinte redação: “Art. 74. O imposto calculado à alíquota de: [...] § 2º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 7, 24, 51, 87, 88, 89, 90 e 91 do artigo 60 forem prestados por sociedades de profissionais, cujo movimento econômico tributável, seja igual ou inferior a cinquenta mil reais (R\$ 50.000,00), estas ficam sujeitas ao imposto calculado razão de quinhentos reais (R\$ 500,00) por mês, em relação a cada Profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviço em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal nos termos da lei aplicável”.

econômico tributável fosse igual ou inferior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Entendendo que a competência tributária municipal não foi exercida em conformidade com o regramento nacional, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte já declarou a inconstitucionalidade¹⁴, em controle difuso, do art. 74, § 2º, da Lei nº 3.882/89 do Município do Natal, com redação conferida pela Lei Complementar Municipal nº 34/2001.

A inexistência de grandes contradições atuais acerca do dispositivo legal em questão tem simples motivação: no ano de 2003, nova Lei Complementar Municipal modificou o art. 74 da Lei Municipal nº 3.882/89. Trata-se da Lei Complementar Municipal nº 50/2003, que acabou por revogar o inciso I e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do referido artigo.

Dessa forma, a atual redação do art. 74 da Lei Municipal nº 3.882/89 possui um único inciso, responsável por fixar a alíquota do tributo em 5% (cinco por cento) para todos os serviços sobre os quais incide o imposto. Erradicou-se do ordenamento jurídico natalense, portanto, a tributação com base em valores fixos.

Contudo, é evidente que o proceder adotado pelo legislador municipal não se coaduna com o tratamento nacional que é dispensado ao ISSQN. As Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte possuem entendimento linear de que deve ser observada a norma geral fixada pelo Decreto-Lei nº 406/6815.

14 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte – Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível n.º 2008.005668- 5/0004.00.

15 A guisa de exemplo: Primeira Câmara Cível (AC e RN n.º 2014.010494-7, Rel. Desembargador Cornélio Alves, j. 12/05/2016; Ag n.º 2009.001906-8, Rel. Desembargador Vivaldo Pinheiro, j. 05/05/2009); Segunda Câmara Cível (AC n.º 2014.011915-1, Rel. Desembargador Ibanez Monteiro, j. 21/02/2017; AC n.º 2009.006279-1, Rel. Desembargador Osvaldo Cruz, j. 15/12/2009); Terceira Câmara Cível (RN e AC n.º 2012.004648-1, Rel. Desembargador Amaury Moura Sobrinho, j.

Sendo assim, mesmo que inexista regramento municipal sobre a matéria, é aplicável a tributação com bases fixas das sociedades uniprofissionais no Município do Natal, pela aplicação direta da legislação tributária nacional.

Surge, todavia, uma particular problemática. Da análise do art. 9º, § 3º do Decreto-Lei n.º 406/68, percebe-se que sua redação não fornece indicações suficientes do aspecto quantitativo da exação. Apesar de estabelecer-se que o imposto será calculado em relação a cada profissional habilitado, não é fixado o valor que se utilizará no cálculo.

Como analisou-se previamente, o Código Tributário do Município do Natal, em sua primitiva redação, prescrevia que se utilizaria a importância de R\$ 500,00 (quinhentos reais), multiplicada pelo número de profissionais habilitados, sócios ou não. Porém, com a revogação do dispositivo, como calcular-se-ia o montante tributário devido?

Uma solução óbvia poderia se dar por meio da repristinação dos dispositivos legais anteriormente revogados. Algo que, contudo, não ocorreu até o presente momento, uma vez que o fenômeno não se aplica sem expressa disposição¹⁶.

Outra resposta poderia ser atingida com a aplicação dos efeitos repristinatórios de uma declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal n.º 50/2003, retomando a vigência da antiga redação do Código Tributário potiguar. Essa parece ter sido a solução encontrada pelo Prefeito Municipal do Natal, que propôs Ação Direita de Inconstitucionalidade em face do inciso I do art. 31 da Lei Complementar Municipal n.º 50/2003.

22/11/2012; AC e RN n.º 2010.013866-1, Rel. Desembargador Vivaldo Pinheiro, j. 23/05/2011).

16 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942): Art. 1º [...] § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, todavia, considerou constitucional a norma atacada¹⁷, pelo fato de que a locução normativa questionada, que tão somente revogou dispositivos do estatuto tributário municipal, não disciplina qualquer matéria de fundo, nem está eivada por quaisquer vícios formais.

A aparente resolução para o problema foi dada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2016.001238-8. Na oportunidade, definiu-se que, malgrado o vácuo legislativo, a solução encontra respaldo na observância do art. 88, incisos I e II, do ADCT da Constituição Federal¹⁸, do art. 8º-A da Lei Complementar 116/2003¹⁹ e das diretrizes do Decreto-Lei n.º 406/1968.

Da atenta leitura dos citados dispositivos legais não se encontra resposta qualquer. Na prática, tem-se que a municipalidade continua calculando o *quantum debeatur* da exação com base na razão de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por profissional habilitado, apesar de inexistir lei vigente que delimite tal aspecto.

Resta claro que a hipótese de incidência do ISSQN que atinge as sociedades uniprofissionais no Município do Natal perdeu seu critério quantitativo. Na lição de Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 338) tal

17 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte—Ação Direta de Inconstitucionalidade 2016.001328-8, Rel. Desembargador Saraiva Sobrinho, Tribunal Pleno, julgado em 26/07/2017.

18 Art. 88. Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do caput do mesmo artigo: I - terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968; II - não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I.

19 Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento).

critério representa o grupo de notícias informativas que o intérprete obtém da leitura dos textos legais, que lhe faz possível precisar a exata quantia devida a título de tributo.

Apesar de grande parcela doutrinária defender a necessidade de existência obrigatória do binômio alíquota e base de cálculo, fato é que existem, no ordenamento jurídico brasileiro, os chamados tributos fixos. Defendendo que os citados elementos não são essenciais para composição do aspecto quantitativo das normas de tributação, Sacha Calmon Navarro Coêlho (2016, p. 603) afirma que o importante é que a norma diga, com ou sem base de cálculo, como se calcula o débito do sujeito passivo.

Na lei, como explica Geraldo Ataliba (1999, p. 104) deve conter os critérios para determinação dos fatos que fazem nascer obrigações, com a identificação da quantia devida. Ausente o aspecto quantitativo da hipótese de incidência da exação, a gênese da obrigação tributária é obstada.

Dessarte, percebe-se que o Município do Natal não poderia cobrar o ISS nos moldes delimitados no diploma de cunho nacional, sob a modalidade de valor fixo por profissional habilitado, por ter retirado expressamente tal forma de tributação de seu ordenamento jurídico. Se o quisesse, deveria restituir legislativamente a disciplina em questão.

5 CONCLUSÕES

Diante do exposto, ao examinar o arcabouço jurídico que disciplina a incidência do ISSQN, em convergência com a necessidade de edição de lei complementar para veicular normas gerais de tributação, é possível concluir que a tributação em valores fixos das sociedades uniprofissionais, prescrita pelo Decreto-Lei n.º 406/1968, permanece vigente, devendo ser observada obrigatoriamente pelas municipalidades brasileiras.

Os requisitos para concessão do regime tributário, por sua vez, podem ser sintetizados na figura do sujeito passivo, que deve ser a sociedade destituída de caráter empresarial, na qual haja prestação em nome da sociedade e por conta e risco do sócio. Em outras palavras, responsabilidade pessoal deste último.

Além disso, pela análise do caso concreto do Município do Natal, percebe-se que, mesmo que inexistia regramento municipal sobre a matéria, é utilizada a tributação com bases fixas das sociedades uniprofissionais, pela aplicação direta da legislação tributária nacional. Esse é o entendimento uníssono do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

Por derradeiro, a revogação da quase totalidade do art. 74 da Lei Municipal nº 3.882/89 gerou uma situação peculiar: esvaziou-se o aspecto quantitativo do ISSQN das sociedades uniprofissionais. Se, de um ponto de vista teórico, torna-se impossível a cobrança da exação, o Município do Natal continua calculando-a com base na importância de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por profissional habilitado. Proceder chancelado pelo TJRN, sem, todavia, fundamentação jurídica suficiente.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALCANTI JUNIOR, Aderdival Brito; FONSECA, João Lucas Medeiros e Souza. **Judicialização de despesas públicas: realidade**

inevitável no atual momento do constitucionalismo?. **Revista Jurídica In Verbis**, Natal, v. 45, p.187-208, maio 2019.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1 v.

CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1283 p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **O ISS das Sociedades de Profissionais e a LC 116/2003**. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br/>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NONBUSINESS PROFESSIONAL COMPANIES MUNICIPAL SERVICES TAX REGIME: A CRITICAL ANALYSIS ABOUT THE MUNICIPALITY OF NATAL.

ABSTRACT

Municipal services tax is prescribed by the supplementary law n.º 116/2003, which determines that the tax base is the service value, while the tax rate must be between 2 (two) and 5 (five) per cent. Although the Decree-Law n.º 406/1968 was mainly repealed, one part still remains valid: the nonbusiness professional companies' tax regime. In these cases, the municipal services taxes are levied using a flat tax rate, calculated on the number of professionals in said companies. However, various municipalities are trying to extinguish this tax regime. The present study seeks to analyze the existence and prevalence of the nonbusiness professional companies' municipal services tax regime, examining the specific case of the Municipality of Natal, in which the local legislative tried to eradicate said tax regime from its legal system.

Keywords: Municipal services tax. Nonbusiness professional companies. Flat tax rate.

BANDIDO BOM É BANDIDO MORTO (?): A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE MORTE PARA CRIMES DE DROGAS PELO MUNDO

Beatriz Pires Loreto¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo mostrar, a partir do método dedutivo, a ineficácia da aplicação da pena de morte como medida de redução dos índices de criminalidade — com enfoque nos crimes de drogas. Para tal, em um primeiro momento, faz uma breve retrospectiva histórica da pena capital, atravessando a teoria retributiva da pena e os efeitos da cultura do ódio perpetuada em escala global, de modo a contextualizar a problemática. Posteriormente, mostra a visão da aplicação da pena de morte pelo Direito Internacional, bem como evidencia a questão da guerra às drogas e dos objetivos do proibicionismo. Em seguida, analisa dados relacionados às execuções e às sentenças de morte aplicadas em países como o Irã, Arábia Saudita, China e Vietnã, para, dessa forma, evidenciar a ineficácia da pena de morte à medida em que relata os desafios existentes

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Email: bibiloreto@gmail.com

internacionalmente para a abolição de tal forma de penalidade em todo o mundo.

Palavras-chave: Pena de morte. Crimes de drogas. Guerra às drogas.

1 INTRODUÇÃO

A organização em sociedade, a necessidade de um controle social e, conseqüentemente, a instituição de um Direito Penal como meio garantidor deste controle, são pontos que acompanham a humanidade desde a antiguidade. Diferentes percepções e a evolução da ideia de justiça, defesa social e o advento da vingança pública e privada fazem parte da trajetória de reação social traçada pela coletividade desde os primórdios da civilização. É sabido que no mundo antigo dos egípcios, gregos, hebreus e babilônios, a execução do delinquente era uma das penas mais recorrentes, pelos mais diversos tipos de crimes cometidos, até mesmo os menos gravesos.

Com o passar do tempo, a crítica à pena letal e a necessidade da humanização e racionalização das penas foram se erguendo como pautas fundamentais para a criminologia mundial. Sendo assim, aos poucos, a ideia de prevenção, ressocialização e garantia de direitos fundamentais foram tomando o espaço ocupado por aquelas ideias que seguiam a aplicação da pena de morte.

Entretanto, hodiernamente, de acordo com relatórios divulgados em 2017², 56 países ainda mantêm a pena de morte para

2 Disponível em: https://www.amnistia.pt/wp-content/uploads/2018/04/rel_pena_morte_2017_en.pdf. Acesso em: 04 dez. 2018.

Disponível em: <https://www.hri.global/files/2018/11/13/HRI-Death-Penalty-Report-2018-v2.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018.

crimes comuns. Pelo menos 33 deles ainda a conservam para crimes de drogas, tais como possuir, fabricar ou traficar. Entre janeiro de 2015 e dezembro de 2017, os dados indicam que pelo menos 1320 pessoas foram executadas por estes crimes — sem contar com as (muitas) execuções que não são reportadas e se mantêm em segredo de estado, como ocorre na China até hoje.

Sendo assim, a perspectiva arcaica relativa à finalidade das sanções penais e à cultura do medo e do ódio parecem ainda persistir em grande parte do globo, principalmente pela população a qual vivencia cotidianamente a insegurança e a violência dos meios urbanos. Por esse ângulo, o entendimento de que “bandido bom é bandido morto” domina a cabeça destes cidadãos, inclusive fortemente no Brasil, onde a pena de morte é proibida pela nossa Carta Magna — salvo em caso de guerra declarada — e constitui cláusula pétrea, impassível de alteração.

Nesse sentido, apesar de estarmos dando importantes passos na defesa dos direitos humanos e na construção de uma cultura de paz em escala global, muitos continuam sendo condenados à pena de morte. Muitos continuam sendo executados por crimes que nem mesmo possuem natureza violenta. Destarte, cabe a nós refletirmos, elencando os motivos pelos quais a pena de execução perdura pelo mundo e quais seus efeitos, bem como sua aplicação em crimes que variam de homicídio doloso ao tráfico: bandido bom, realmente, é bandido morto?

2 PENA DE MORTE: CARÁTER PURAMENTE RETRIBUTIVO E CULTURA DO ÓDIO

Ao nos referirmos à história do Direito na antiguidade, é perceptível que a finalidade elementar da pena era a imposição do mal por si só; a vingança. Tal forma de enxergar a finalidade da pena está presente na teoria absoluta/retributiva, descrita por Bitencourt (2015, p. 133), no sentido de que “consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo

que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado”. Entende-se, portanto, que tal caráter de finalidade, mesmo à princípio isento de proporcionalidade, era algo já marcante naquela época e perdura até hoje no pensamento de muitos. Sobre a finalidade da pena, pode-se destacar:

A racionalidade da pena implica tenha ela um sentido compatível com o humano e suas cambiantes aspirações. A pena não pode, pois, exaurir-se num rito de expiação e opróbrio, não pode ser uma coerção puramente negativa. Isso não significa, de modo algum, questionar o caráter retributivo, timbre real e inegável da pena. Contudo, a pena que se detém na simples retributividade, e portanto converte seu modo em seu fim, em nada se distingue da vingança. A pena de morte, estritamente retributiva e negativa (além de ineficaz, do ponto de vista da prevenção geral), violenta essa racionalidade. (BATISTA, 2007, p. 100)

Deduz-se, portanto, que a pena não deve ser um fim em si mesma, e sim constituir um meio para construir uma sociedade de paz e erradicar a criminalidade. Ao se formalizar e oficializar a morte e entregar ao Estado o direito de executar seus cidadãos, se está indo de encontro aos fundamentos do estado democrático de direito moderno e incentivando uma cultura de ódio a qual enxerga na morte do criminoso a única saída para a redução da criminalidade. Entretanto, como veremos mais adiante, essa estratégia já foi, por várias vezes, tida como totalmente ineficaz. Em 1764, Beccaria já afirmava:

A pena de morte é ainda funesta à sociedade, pelos exemplos de crueldade que dá aos homens. Se as paixões ou a necessidade da guerra ensinam a espalhar o sangue humano, as leis, cujo fim é suavizar os costumes, deveriam multiplicar essa barbárie, tanto mais horrível quanto dá a morte com mais aparato e formalidades? Não é absurdo

que as leis, que são a expressão da vontade geral, que detestam e punem o homicídio, ordenem um morticínio público, para desviar os cidadãos do assassinio? (2006, p. 35)

3 VISÃO DA PENA DE MORTE PELO DIREITO INTERNACIONAL

Em 1948, em um cenário pós Segunda Guerra, foi adotada pela ONU (Organização das Nações Unidas) a chamada Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta tinha como objetivo central determinar os direitos humanos fundamentais, evitar a ascensão de movimentos/figuras nazifascistas, assim como futuras guerras, e promover paz em escala mundial. Em seu artigo terceiro, a declaração consagra a importância do direito à vida, ao afirmar que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Dentro dessa perspectiva, apesar de não dito nitidamente, a adoção da pena de morte em qualquer ordenamento jurídico viola diretamente esse direito. A ideia de abolição, contudo, apenas ganhou impulso nas décadas seguintes à declaração e muitos países mantiveram a pena de morte na época.

Concomitante a declaração supracitada, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), aprovado em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, também compõe a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Em sua terceira parte, está bem claro:

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.; 2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de **crimes mais graves**, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente

Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. [...] (grifo nosso)

Embora a expressão do artigo anterior *crimes mais graves* seja relativa e passível de diferentes interpretações, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC), órgão coordenador do trabalho social e econômico da ONU, publicou, em 1984, documento intitulado *Safeguards Guaranteeing the Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty*, o qual estipulou que tais crimes não poderiam ir além daqueles praticados intencionalmente e cujas consequências acarretadas fossem gravíssimas ou letais. Apesar desse documento não ser juridicamente vinculante, a Assembleia Geral da ONU indicou forte apoio internacional a este. Ademais, o relator especial da ONU para execuções sumárias, arbitrárias e extrajudiciais já declarou que a pena de morte deveria ser eliminada para, entre outros tipos de crimes, aqueles relacionados a drogas.

Todavia, nesse sentido, cabe aqui um breve parêntese: a concepção de gravidade dos crimes é algo que varia, demasiadamente, de país para país, de acordo com a cultura de cada um. Torna-se ainda maior o desafio abolicionista, principalmente para os tipos de crimes neste artigo mencionados, pois muitos países retencionistas, como Singapura, consideram os crimes de drogas como uns dos mais sérios crimes existentes. Bem como muitos países islâmicos consideram o adultério e a renúncia da religião/crença como aqueles mais graves. No entanto, de acordo com o Direito Internacional, como visto aqui previamente e como pode ser visto em outros documentos, manifestações de órgãos e tratados internacionais, a abolição da pena capital em crimes de drogas é claramente incentivada. Segundo eles, tal forma de punição só deveria ser aplicada como medida excepcional, em condições bastante estritas. Além disso, o Direito Internacional caminha velozmente em direção a sua não permissão em caso algum. Dessa forma, não se pode ignorar tais determinações em benefício de uma cultura reacionária, em que o Estado segue matando seus homens e suas mulheres por motivos culturais e religiosos. A luta em defesa dos Direitos Humanos deve ser

universal e atingir todos os países, até mesmo os mais conservadores. Com relação a isso, Zygmunt Bauman, em seu livro *Medo Líquido*, afirma:

A democracia e a liberdade não podem mais ser garantidas num só país ou mesmo num só grupo de países. Sua defesa em um mundo saturado de injustiça e habitado por bilhões de seres humanos aos quais se negou a dignidade acabará inevitavelmente corrompendo os próprios valores que pretende proteger. O futuro da democracia e da liberdade tem de ser assegurado em escala planetária — ou não o será. (2006, p. 166)

4 DROGAS: PROIBICIONISMO E CAPITALISMO

A questão das drogas e, conseqüentemente, da sua proibição, é extremamente complexa. Buscam-se os motivos iniciais do proibicionismo e os motivos pelos quais a punição em função destas ainda se mantém — de formas distintas — ao redor do mundo. Nesse sentido, é preciso analisar brevemente o contexto da *guerra às drogas* que o mundo está enfrentando atualmente e os motivos por trás desta. Sobre isso, Luís Carlos Valois, em seu livro *O Direito Penal da Guerra às Drogas*, diz:

A primeira guerra às drogas não se sabe se é contra as drogas, a favor das drogas ou tendo como subterfúgio às drogas. Em razão de as drogas serem um objeto, uma mercadoria, qualquer combate que se trave ao seu redor terá objetivos pessoais e, como vítimas, pessoas, pois drogas não andam, não falam nem têm desejos. (2017, p. 35)

Precisa-se, portanto, compreender que o interesse por trás da criminalização das drogas não passa apenas pelas justificativas comumente dadas e ouvidas. As normas de um ordenamento jurídico são de origem humana e não estão isentas, logo, de interesse dos homens

que as constroem (VALOIS, 2017). Por trás da proibição, há muitos interesses financeiros e econômicos: o ramo das substâncias ilícitas é um dos mais lucrativos e que mais movimenta dinheiro no mundo.

Cabe ainda ressaltar que a criminalização, de uma forma geral, não vem provocando diminuição no consumo de drogas, a qual deveria ser objetivo primordial da política proibicionista. Nesse contexto, pode-se afirmar que “o consumo de drogas ilícitas cresce não apesar do proibicionismo também crescente, mas exatamente devido ao mecanismo do proibicionismo que cria a alta demanda de investimentos em busca de lucros” (CARNEIRO, 2002, p. 3).

Com efeito, a análise da questão das drogas na seara internacional não pode prescindir dos interesses por trás de sua proibição: o papel do sistema capitalista nessas decisões é de grande magnitude e não se pode entrar nesse debate sem mencioná-lo. Nesse aspecto, Valois mais uma vez critica a guerra às drogas, ao dizer:

O tráfico de drogas e a violação a ele inerente fazem parte do próprio sistema capitalista e de sua natureza corrupta. Os interesses por trás das pessoas envolvidas, suas condutas e objetivos estão em uma relação de “simbiose” com a sociedade de consumo, e inclusive com a sua economia formal, diferentemente da característica “predatória” do crime violento. (VALOIS, 2017, p. 540)

Cabe ainda destacar a diferenciação feita acima por Valois acerca das características intrínsecas aos crimes de drogas e aos crimes violentos, tais como o homicídio. Tomando como exemplo o ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que o legislador constituinte de 1988 equiparou, ao redigir o inciso XLIII do Art. 5º da Constituição Federal, o crime de tráfico ilícito de drogas aos crimes de tortura, terrorismo e crimes hediondos — estes últimos estabelecidos através de lei complementar. Ao que parece, o constituinte levou em consideração apenas as influências norte-americanas advindas da guerra às drogas e a ideia oriunda do senso comum de que o traficante é um criminoso

perigoso e violento — passível de comparação com o homicida e o estuprador —, sem ao menos refletir sobre questões importantes acerca do comércio de drogas (VALOIS, 2017). Sem embargo, a rigorosidade de tal equiparação e a implementação de leis severas relacionadas ao crime de tráfico não foram suficientes para reduzir a criminalidade nesse ramo após a promulgação da CF.

Nada obstante, a matéria aqui tratada vai um pouco mais além. É sabido que as leis que tratam do narcotráfico e demais crimes de drogas são bastante rígidas ao redor do mundo, inclusive no Brasil, como visto anteriormente. A concepção do traficante como o padrão de bandido perigoso perpetuada no nosso país atravessa as nossas fronteiras e atinge proporções gigantes em outras culturas. Em muitos países do Oriente, como China, Irã, Malásia e Arábia Saudita a punição aplicada a muitos dos crimes de drogas é a pena de morte. E é desses países que se falará a partir de agora.

4.1 “Política” de drogas de sangue: Irã e Arábia Saudita

O Oriente Médio e o Norte da África são dois dos principais pontos de consumo, trânsito e fonte de drogas, entre elas o ópio e a heroína. Além disso, é onde se encontra a imensa maioria dos países cujas leis de drogas são as mais rígidas e onde a pena de morte é mais aplicada nesses casos (BARZOUKAS, 2017). De acordo com relatório divulgado pela ONG International Harm Reduction Association (IHRA)³, retirando a China do total — devido a ausência de dados disponíveis —, o Irã tem sido o país que mais executa pessoas por crimes de drogas, analisando-se números de 2015 a 2017. O país é responsável por aproximadamente 90% das execuções nesse período, totalizando 1176 mortes. Além disso, é um dos países que possui a pena de morte

3 Disponível em: <https://www.hri.global/files/2018/11/13/HRI-Death-Penalty-Report-2018-v2.pdf>. Acesso em 04 dez. 2018.

como penalidade obrigatória para esses tipos de crime, ou seja, não há como se relativizar — as decisões não dependem de outros fatores, como os sociais, os quais deveriam ser analisados em um julgamento. Ademais, autoridades iranianas admitiram que grande parte desses executados não são os maiores e principais traficantes — são apenas pessoas pobres e marginalizadas, responsáveis por carregar drogas, por pouquíssimo dinheiro. Nessa ótica, conforme artigo divulgado pela Anistia Internacional (AI), “as pessoas com maior probabilidade de serem acusadas, condenadas e executadas são as pertencentes a grupos desfavorecidos, como os estrangeiros, as pessoas que vivem na pobreza e as minorias étnicas” (PINTO, 2015). É preciso, portanto, analisar a problemática de uma perspectiva social e se questionar a respeito de quem mata e quem morre nessa história. Simultaneamente, questionar-se acerca da necessidade dessas mortes no que tange a diminuição dos índices de criminalidade. Com efeito, segundo explanado por um perito do Centro de Investigações Estratégicas do Irã, a pena de morte não reduziu o tráfico de drogas no país (PINTO, 2015). Sobre isso, também sabemos que:

Um estudo inglês sobre leis e consumo de drogas em onze países, lançado no ano passado, concluiu que punições nem aumentam nem diminuem o consumo de drogas. Há países com leis duras e tolerância zero, como a Suécia, que tem índices baixos de consumo, doenças e crimes relacionados a drogas; e há exemplos contrários, como o Irã, onde leis severas não evitam um cenário terrível de vício (NARLOCH, 2015).

Concomitante ao caso do Irã, o qual lidera o ranking de execuções com folga, destaca-se a Arábia Saudita, com aproximadamente 121 mortes entre os anos de 2015 e 2017. No país, os crimes de homicídio e tráfico de drogas continuam sendo as principais causas das penas de morte aplicadas. Conforme informações divulgadas pelo relatório anteriormente mencionado da IHRA, uma grande parte dos executados

em 2017 pela Arábia Saudita foram condenados por crimes de drogas não violentos e pelo menos 31% destes eram cidadãos paquistaneses (os quais compõem apenas cerca de 6% da população do país). Além disso, muitas vezes a única evidência usada para aplicar a pena por lá é a extração de confissões sob tortura ou coação, fato que permanece sendo uma das principais preocupações acerca da política aplicada na Arábia Saudita.

Outrossim, outros países como Indonésia e Malásia também são citados no relatório e apresentam índices alarmantes de execuções por crimes de drogas. Malásia, juntamente com o Irã, também possuía pena de morte obrigatória para esses crimes, todavia, recentemente, o parlamento votou pela remoção dessa obrigatoriedade, deixando os juízes livres para elaborar suas sentenças. Entretanto, essa reforma não possui efeito retroativo, o que deixa as 675 pessoas que estavam no corredor da morte em 2017 no país, de fora da possibilidade de revogação da pena.

4.2 Invisibilidade das execuções em segredo de Estado: China e Vietnã

Segundo o relatório⁴ *Death Sentences and Executions* de 2017, divulgado pela Anistia Internacional, a China, muito provavelmente, implementou mais sentenças de morte do que o resto do mundo inteiro combinado no ano passado. Os dados oficiais permanecem intangíveis e em segredo de estado, muito embora as informações palpáveis indiquem que o país executou e sentenciou à pena de morte mais de 1000 pessoas em 2017. O Estado chinês permanece, até onde pode, recusando pedidos incessantes da ONU para relatar o número de pessoas executadas e indo de encontro às recomendações do Direito Internacional em termos de transparência judicial e de Direitos Humanos.

4 Disponível em: https://www.amnistia.pt/wp-content/uploads/2018/04/rel_pena_morte_2017_en.pdf. Acesso em 04 dez. 2018.

Concomitantemente, a China também possui uma legislação bastante rígida com relação às drogas. De acordo com o artigo 347 do Código Penal Chinês⁵, temos que: “aqueles que cometem os crimes de contrabando, tráfico, transporte e fabricação de drogas, independente da quantidade, serão investigados por sua responsabilidade penal e punidos de acordo com o Código Penal” (tradução nossa, grifo nosso). Em seguida, o código cita situações em que o agente será punido com 15 anos de prisão, prisão perpétua ou pena de morte. Com embargo, mesmo se conhecendo a legislação chinesa, fica difícil depreender a quantidade de execuções e sentenças as quais o país aplica por ano, em especial aos crimes relacionados às drogas, pois não se tem convicção do quanto a legislação é de fato seguida. No entanto, de acordo com o relatório da IHRA, em junho de 2017, foi relatado que 13 mulheres e homens acusados de crimes de drogas foram condenados à morte em frente a uma multidão de cerca de 10 mil pessoas, na província de Guangdong, no sul chinês.

Simultaneamente, o Vietnã também apresenta índices opacos, difíceis de se determinar, com relação às execuções, pois estas também se encontram em segredo de estado. Entretanto, segundo o relatório da AI, 31 das 35 sentenças de morte registradas em 2017 foram por crimes de drogas.

5 INEFICÁCIA DA PENA DE MORTE

Pode-se afirmar que o objetivo mundial que defende-se aqui é claro: reduzir a criminalidade e construir uma cultura de paz global, sempre respeitando a dignidade da pessoa humana. Os dados contidos nos relatórios e nas pesquisas neste artigo citados já demonstraram que a

5 Disponível em: <https://www.fmprc.gov.cn/ce/cgvienna/eng/dbtyw/jdwt/crimelaw/t209043.htm>. Acesso em 05 dez. 2018.

pena de morte desrespeita os Direitos Humanos e não é eficaz na redução do número de crimes. Além disso, segundo um estudo da Universidade de Northwestern de Chicago, publicado pelo Jornal de Lei Criminal e Criminologia que recolheu a opinião de 67 pesquisadores americanos especializados, 88,2% deles acreditam que a execução de detentos não possui impacto algum nos índices de criminalidade (FELLET, 2015).

Paralelamente a isso, no caso das execuções por tráfico de drogas, é notório que após a morte de um determinado traficante — que quase sempre não é o principal e está ali para poder receber uma pouquíssima quantia de dinheiro — outro aparecerá para substituí-lo rapidamente. O problema do tráfico é estrutural e não vai ser perseguindo e matando seus cidadãos que os países conseguirão erradicá-lo. Nesse sentido, pode-se afirmar:

A questão da pena de morte é fastidiosa e interminável. Ao nosso ver, a adoção da pena capital só se funda na necessidade de esconder da sociedade os reais problemas da criminalidade, quais sejam, a ausência de políticas públicas sociais básicas. (BRUNO, 2007, p. 593)

Devemos lembrar que não há prova alguma a qual indique que a pena de morte seja a alternativa mais efetiva para combater qualquer tipo de crime. Há muitas alternativas existentes em debate para melhorar o sistema internacional de controle de drogas — a começar pela adoção de políticas públicas efetivas — e tais meios devem sempre estar baseados na estratégia de redução de danos e no respeito aos Direitos Humanos, conforme defendido pela Anistia Internacional. Sobre a guerra às drogas, deve-se lembrar:

Uma das características das guerras é a discricionariedade do combatente, que em um ambiente de batalha não quer -não tem tempo nem possibilidades- estabelecer critérios nos seus ataques. Assim, desde que a política de drogas se transformou em política de guerra às drogas, sendo a

criminalização o fim do debate, pouco de política sobrou.
(VALOIS, 2017, p. 19)

6 CONCLUSÃO

Isso posto, torna-se claro que sentenças de pena de morte e execuções ainda são muito frequentes, sobretudo no Oriente. Contudo, felizmente, pode-se afirmar que a tendência global aponta para a abolição da pena de morte, visto que muitos vêm abolindo essa forma de penalidade nos últimos anos e apenas uma minoria (4 países) foram responsáveis por 84% de todas as execuções registradas em 2017, de acordo com o relatório da AI.

No entanto, os desafios ainda persistem. Tendo em vista o debate aqui travado, a conclusão é de que a aplicação da pena capital para crimes de drogas é uma alternativa ultrapassada e ineficaz para a redução dos níveis de criminalidade mundiais, além de vir matando a população pobre e marginalizada pelo mundo inteiro. Não podemos mais enxergar a pena como uma possibilidade de vingança e acabar, muitas vezes, matando inocentes. Assim como não podemos continuar contrariando direitos fundamentais e aplaudindo mortes. Reitera-se, também, a desproporcionalidade existente na execução por crimes de drogas e as determinações de direito internacional o qual dispõe que “a pena de morte somente pode ser imposta pelos ‘mais graves crimes’”, como o assassinato. Os delitos de drogas não cumprem este critério: os órgãos da ONU reiteraram que os crimes de drogas não estão incluídos entre os “mais graves crimes” (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015).

Por último, faz-se um breve parêntese: apesar da nossa Constituição proibir a aplicação da pena de morte, o número de pessoas as quais apoiam essa forma de penalidade vem crescendo drasticamente nos últimos anos, segundo pesquisa recente divulgada pelo Datafolha . E é nesse mesmo país — em que a proibição da pena capital constitui cláusula pétrea — onde milhares de pessoas são executadas por ano

pelo Estado, informalmente, sem a autorização da justiça. Quem faz essa decisão é a polícia, nas ruas, ao matar, principalmente, a população negra, pobre e marginalizada do nosso país, enquanto é aplaudida por grande parte da população, que clama: “bandido bom é bandido morto!”. No mais, a reflexão que fica é essa: de certa forma, já existe pena de morte no Brasil para crimes de drogas. Você é a favor?

REFERÊNCIAS

AMNESTY INTERNATIONAL. **Death Sentences and Executions**. Londres, 2018. 45 p. Disponível em: https://www.amnistia.pt/wp-content/uploads/2018/04/rel_pena_morte_2017_en.pdf . Acesso em 04 dez. 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BARZOUKAS, Georgios. **Drug trafficking in the MENA**. The economics and the politics.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. rev. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - v. 1: parte geral** (arts. 1 a 120). 21. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 03 dez. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 18 dez. 2018.

BRUNO, Susana. **A ineficácia da adoção da pena de morte na prevenção da criminalidade.** Rev. da faculdade de Direito de Campos, v.10, 2007.

CARNEIRO, Henrique Soares. **As necessidades humanas e o proibicionismo das drogas no século XX.** Rev. out. IES, v. 6, 2002.

CHINA. **Criminal Law of the People's Republic of China.** Disponível em: <https://www.fmprc.gov.cn/ce/cgvienna/eng/dbtyw/jdwt/crimelaw/t209043.htm>. Acesso em 04 dez. 2018.

FELLET, João. **Para analistas, execuções não reduzem criminalidade.** 2015. BBC. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150115_penademorte_pai_jf. Acesso em: 05 dez. 2018.

HARM REDUCTION INTERNATIONAL. **The Death Penalty for Drug Offences: Global Overview 2017, 2018.** 62p. Disponível em: <https://www.hri.global/files/2018/11/13/HRI-Death-Penalty-Report-2018-v2.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018.

NARLOCH, Leandro. **Indonésia, Irã e Arábia Saudita: três países onde a pena de morte não resolve o problema das drogas,** 2015. Veja. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/cacador-de-mitos/indonesia-ira-e-arabia-saudita-tres-paises-onde-a-pena-de-morte-nao-resolve-o-problema-das-drogas/>. Acesso em 05 dez. 2018.

PINTO, Shiromi. **É a pena de morte uma resposta aos crimes relacionados às drogas?** 2015. Anistia Internacional. Disponível em:

<https://anistia.org.br/e-pena-de-morte-uma-resposta-aos-crimes-relacionados-drogas/>. Acesso em 04 dez. 2018.

VALOIS, Luis Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

THE INEFFECTIVENESS OF THE DEATH PENALTY FOR DRUG OFFENCES AROUND THE WORLD

ABSTRACT

This article aims to demonstrate, using the deductive method, the ineffectiveness of the use of the death penalty as a measure of reduction of crime rates - with a focus on drug offenses. In order to do so, first, it makes a brief historical retrospective of the capital punishment, passing by the retributive theory of the penalty and the effects of the hate culture perpetuated in a global scale, in order to contextualize the problem. Later, it shows the vision of the application of the death penalty by the International Law, as well as evidences the question of the war against drugs and of the objectives behind the prohibitionism. It then analyzes data related to executions and death sentences in countries such as Iran, Saudi Arabia, China and Vietnam, in order to evidence the ineffectiveness of the death penalty as it reports the existing international challenges for the abolition of such form of penalty throughout the world.

Keywords: Death Penalty. Drug Offences. War on Drugs.

A CRIMINOLOGIA FEMINISTA E O ENCARCERAMENTO: UMA ANÁLISE SOBRE O SISTEMA PRISIONAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Gabriela Holanda Bessa de Lima¹
Ingrid Nataly Fernandes de Sales²
Gilmara Joane Macêdo de Medeiros³

RESUMO

O presente artigo tem como proposta analisar as condições das mulheres privadas de liberdade no Estado do Rio Grande do Norte, utilizando a perspectiva da Criminologia Feminista. Nesse contexto, será debatido o perfil socioeconômico e criminológico das detentas, as relações de gênero na aplicabilidade do Direito Penal e a defesa dos direitos fundamentais da mulher no sistema carcerário. O trabalho contará com o estudo de dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional para

1 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido. Email: gabybessa@hotmail.com

2 Acadêmica do curso de Direito na Universidade Federal Rural do Semi-Árido. Email: ingridfdsales@gmail.com

3 Professora Orientadora. Professora do curso de direito da Universidade Federal do Semi-árido. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Graduada em Direito na Universidade Federal da Paraíba. Atualmente é coordenadora Adjunta do Centro de Referência em Direitos Humanos do Semiárido - UFERSA e desenvolve pesquisas em Teoria dos Direitos Humanos e proteção dos Defensores de Direitos Humanos.

uma maior compreensão sobre o sistema prisional norte-rio-grandense, apontando os perfis mais vulneráveis, os principais crimes praticados por mulheres e as desigualdades presentes nos presídios femininos e mistos do Estado. Os relatórios disponibilizados pela Pastoral Carcerária serão de fundamental importância por retratar casos de violações de direitos humanos nos estabelecimentos penais do Estado.

Palavras-chave: Criminologia Feminista. Sistema Carcerário. Mulheres encarceradas. Rio Grande do Norte.

1 INTRODUÇÃO

A condição da mulher no sistema penal brasileiro apresenta uma desigualdade desde a aplicabilidade da lei até o encarceramento em si. De acordo com o Infopen⁴ (2018), no seu último relatório intitulado *Mulheres*, cerca de 776 mulheres estavam privadas de liberdade no estado do Rio Grande do Norte (INFOPEN, 2018, p. 12). É possível afirmar que as mulheres encarceradas apresentam, em sua maioria, um perfil socioeconômico recorrente, e sofrem com a precariedade do Estado, que as calam e as privam de direitos e garantias fundamentais, conforme será exposto no artigo.

4 O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro vinculado ao Departamento Penitenciário Nacional. Trata-se de uma coleta de dados feita através de formulários disponibilizados pelos gestores das unidades penitenciárias.

Considerando a situação das mulheres no sistema carcerário norte-rio-grandense, é necessário fazer um recorte social e entender as principais motivações que as levaram à prática do crime em questão. A compreensão socioeconômica será de principal importância para o estudo da prática do crime no Estado, reconhecendo que fatores como raça, escolaridade, situação social, entre outros, contribuem para a violação da lei.

Por meio de uma teoria feminista da criminologia, pretende-se colocar a mulher como protagonista, sendo o principal alvo da debilidade do sistema carcerário. A Criminologia Feminista, que será abordada por meio de criminólogas brasileiras como Soraia da Rosa Mendes e Luciana de Souza Ramos, colocará a mulher enquanto sujeita de direitos, analisando como o preconceito de gênero contribui para que as garantias fundamentais sejam desconsideradas e sejam levadas a uma esfera moral, considerando que parte da sociedade ainda relaciona a criminalidade à falta de ética. Assim, a exposição de dados coletados em 2016 e divulgados em 2018 pelo Depen fundamentará nossa análise de que a lei penal é aplicada a grupos ligados a uma cor e classe específicas, abrindo margem para a seletividade da aplicação da lei.

Em um primeiro momento, será abordado a Criminologia Feminista e uma breve compreensão histórica da condição da mulher no sistema penal, sendo titular de direitos descumpridos pelo Estado. Para isso, serão apresentados os dados do Infopen *Mulheres*, com a exposição de dados básicos das mulheres que estão cumprindo pena nas penitenciárias femininas e mistas do Estado e os crimes praticados por elas. Por fim, será apresentado relatos disponibilizados pela Pastoral Carcerária, debatendo garantias fundamentais das mulheres que estão privadas de liberdade para uma maior concepção de como o sistema carcerário norte-rio-grande é frágil.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIMINOLOGIA FEMINISTA: DEFINIÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL

Para entender como as relações de gênero influenciam o Direito Penal é necessário colocar a mulher como objeto da análise, investigando sua posição e suas motivações para a prática do crime. A Criminologia Feminista segue como uma junção da teoria crítica da Criminologia e da epistemologia feminista, propondo dar protagonismo à mulher e colocá-la como sujeita de direitos, necessitando de uma estrutura pensada para atender as suas necessidades como mulher, considerando que o atual sistema prisional é pensado e construído por homens.

A Criminologia Feminista rompe com o ideal reproduzido por parcela majoritária da sociedade, que remete a prática de crime por mulheres a uma questão meramente moral, isto é, a atividade criminosa de mulheres é vista aos olhos da sociedade como um desvirtuamento do papel social atribuído a elas, em especial, a relação social construída entre mulher-mãe e aquilo que se espera delas. A mulher criminosa é enxergada socialmente como uma pecadora e imoral ao cometer o ato criminoso, pois está indo contra ao ideal de fragilidade aplicado ao gênero feminino e está participando de um espaço tipicamente masculino: o crime.

É importante ressaltar que até 1937 não havia instituições voltadas ao encarceramento de mulheres no Brasil. Foi criado então o Reformatório de Mulheres Criminosas, localizado em Porto Alegre e administrado por freiras, que associavam o crime ao pecado, utilizando a violência física para punir as detentas, posteriormente a responsabilidade de punir foi entregue ao Estado. A execução penal foi, inicialmente, pensada para o gênero masculino, e, apesar da evolução do sistema penal, as mulheres continuam sendo silenciadas pelo sistema carcerário.

A criminologia, isto é, o campo do saber social que estuda o fenômeno crime e a política penal, foi construída a partir de discursos masculinos e destinava às mulheres um papel marginal dos seus estudos. Dessa forma, os estudos sobre o fenômeno crime foram marcados,

sobretudo, de trabalhos feitos por homens sobre como e por que os homens praticavam crimes. De acordo com Soraia Mendes:

Como visto, a criminologia nasceu como um discurso de homens, para homens, sobre as mulheres. E, ao longo dos tempos, se transformou em um discurso de homens, para homens e sobre homens. Pois, já não era mais necessário, para alguns, “estudar” as mulheres; ou, politicamente relevante, para outros, considerar as experiências destas enquanto categoria sociológica e filosófica, como ensina Lourdes Bandeira. De maneira que, no discurso criminológico competente atual, a mulher surge somente em alguns momentos. Mas, no máximo, como uma variável, jamais como um sujeito. (MENDES, 2012, p. 187)

Por essa razão, a epistemologia feminista trouxe importantes contribuições para a compreensão da criminologia sobre os crimes cometidos por mulheres e como as desigualdades de gênero pode auxiliar na sua interpretação.

2.1 Os Movimentos Feministas e a Criminologia

Os movimentos reivindicantes de direitos das mulheres começaram a se organizar em um foco maior no Brasil durante o século 20, com conquistas como o trabalho regulamentado e o direito ao voto. A mulher, que o Código Civil de 1916 considerava como relativamente incapaz⁵, adquiriu através do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) e do Código Eleitoral (Lei nº 6.515/77) o direito de exercer sua cidadania e não necessita mais da aprovação legal do marido para trabalhar e tratar de assuntos patrimoniais. Assim, o movimento feminista no Brasil tem

5 No artigo 6º, inciso II: “As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal”.

importância não só para uma progressão na forma como o direito tratava as mulheres, abandonando marcos como a incapacidade civil, dentre outros, como também promove avanços sociais no que diz respeito à política penal e a sua relação com as mulheres. Sobre a importância dos movimentos feministas para o Direito Penal, Vera Regina Pereira de Andrade afirma:

Nesta dupla via do movimento feminista eu vejo um duplo condicionamento: um condicionamento de ordem histórica e um condicionamento de ordem teórica. O condicionamento histórico (que obviamente não posso aqui reprisar na íntegra) diz respeito à própria história do movimento feminista no Brasil; à demarcação do território em que se move o feminismo reaparecido no Brasil em meados dos anos 70. Embora não tenha tido, por motivos conjunturais de saída da ditadura militar, a radicalidade dos movimentos europeus e norteamericanos, foi o feminismo que trouxe para o conjunto do movimento das mulheres brasileiras os novos temas da agenda penal que acabo de referir: a discussão do aborto, da violência doméstica em geral, punição aos assassinatos de mulheres; temas estes posteriormente incorporados e até cooptados pelos Partidos políticos. (ANDRADE, 1999, p. 109)

É necessário ressaltar que, se para as mulheres livres essa progressão foi lenta, para as mulheres privadas de liberdades ela é quase inexistente. O Código Penal de 1940 foi um marco para as carcerárias ao esclarecer, em seu artigo 29, que “as mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em seção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno”. Até então, não havia nenhum dispositivo que impedisse as mulheres de serem sujeitas a dividir celas com homens, o que poderia facilitar situações de abusos e assédios constantes.

Em 1984 é instituída a Lei de Execução Penal, a qual constitui assistências básicas às detentas, como dispõe o artigo 11: “A assistência

será: I – material; II – à saúde; III – jurídica; IV – educacional; V – social; VI – religiosa.”. Posteriormente, foram incluídos novos direitos, tratando também da instituição de berçários nos estabelecimentos penais para que as condenadas pudessem amamentar seus filhos.

Ainda que pareça um grande avanço, a mulher no sistema carcerário ainda sofre com a desigualdade de gênero, de raça e de classe e a Criminologia Feminista surge como uma forma de estudar todas essas desigualdades na aplicabilidade da lei penal, focando também na consolidação dos direitos fundamentais das mulheres, seja como vítimas ou como autoras dos crimes.

Sobre o desenvolvimento da Criminologia Feminista, Andrade explana:

Pois bem, o segundo condicionamento que eu acho importante referir aqui, é o condicionamento de ordem teórica, que está na base dessa demanda pelo sistema. Ao que tudo indica, há no Brasil um profundo déficit de recepção da Criminologia crítica e da Criminologia feminista e, mais do que isso, há um profundo déficit de produção crimino-lógica crítica e feminista. Há, ao mesmo tempo, um profundo déficit no diálogo entre a militância feminista e a academia e as diferentes teorias críticas do Direito nela produzidas ou discutidas. Este déficit de uma base teórica (crimi-nológica e/ou jurídico-crítica) orientando o movimento tem, a meu ver, repercussões do ponto de vista político-criminal, pois inexistem clareza a respeito da existência e especificidade de uma Política criminal feminista no Brasil, que tem se exteriorizado, na prática, com um perfil reativo e voluntarista, como mecanismo de defesa à uma violência historicamente detectada. (ANDRADE, 1999, p. 111)

Assim, a Criminologia Feminista volta seu olhar para a aplicabilidade da lei penal para as mulheres, evidenciando, através de

uma perspectiva interseccional⁶, as desigualdades de gênero, raça e classe que nela ocorrem. A seletividade do sistema penal é colocada em evidência, a violência de gênero dentro dos presídios também, bem como as especificidades do encarceramento feminino.

3 OS DADOS COLETADOS PELO INFOPEN MULHERES 2016 E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O ENCARCERAMENTO NO RIO GRANDE DO NORTE

Nesse momento será realizada uma análise dos dados coletados pelo DEPEN durante o período de dezembro de 2015 e junho de 2016, fruto de formulários estruturados e disponibilizados por uma plataforma digital de pesquisas preparada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Para uma maior compreensão do perfil das encarceradas serão abordados aspectos socioeconômicos das mulheres que estão cumprindo pena, assim como os crimes praticados com maior frequência e suas particularidades, investigando alguns critérios preponderantes, tais como: Idade, raça/cor, grau de escolaridade e maternidade.

3.1 Aspectos econômicos, sociais e raciais sobre as encarceradas

Observando a faixa etária das encarceradas, é possível apontar que a população carcerária está cada vez mais jovem no Rio Grande do Norte. As mulheres que possuem entre 18 e 24 anos representam 52% dos dados coletados, seguido pelas que tem 25 a 29 anos, que apresentam

6 A perspectiva interseccional surge decorrente da terceira onda feminista, debatendo aspectos das desigualdades sociais enfrentadas pelas mulheres e propondo a união dessas contra as formas de dominação exercidas sobre elas, tendo em vista que, além da constante luta contra o patriarcado, elas ainda necessitam ir contra as estruturas racistas e classicistas.

22%, as que têm entre 30 e 34 anos com 12% e as que possuem de 35 a 60 anos abrangem 12%. As que têm 61 anos ou mais e as mais com mais de 70 anos representam apenas 1% cada⁷. É preocupante pensar que as mulheres estão entrando cada vez mais cedo no mundo criminal, o que reforça a importância de políticas públicas destinadas ao combate desta realidade. Mas, para que elas existam, há necessidade de compreender qual a motivação social do crime feminino.

O levantamento de raça/cor feito a nível nacional utilizou as cinco categorias disponibilizadas pelo IBGE⁸, sendo as mulheres negras responsáveis por 62% do encarceramento feminino no Brasil. No estado do Rio Grande do Norte, o percentual cresce para 63%, enquanto as apenas brancas somam um total de 37%. Os dados abrem espaço para o debate sobre a condição da mulher negra, visto que parte dessas mulheres ingressam no mundo do crime por estarem em situações de desemprego⁹ e tornam-se o alvo maior do sistema penal.

É importante também debater sobre o racismo estrutural e suas contribuições para a aplicação penal, logo que as abordagens sofridas por uma mulher negra são diferentes das sofridas por uma mulher branca, especialmente em casos onde há uma maior subjetividade na interpretação feita pelo judiciário para discutir se houve ou não infração penal. Ao abordar o racismo estrutural, Deise Benedito afirma:

Ainda na Audiência de Custódia, o simples fato de ser negro ou negra jovem, de aparência simples, com chinelos de dedo, às vezes tênis e bermuda, aciona os estereótipos ruins associados à origem de raça, classe e periculosidade. Não há defesa plena, pois não é raro que seja no momento da audiência que o acusado ou acusada

7 Dados informados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

8 Foram utilizadas as seguintes categorias: Branca, Preta, Parda, Amarela e Indígena.

9 Segundo informações divulgadas pelo Ipea em 2018, as mulheres negras estão 50% mais vulneráveis ao desemprego.

conheça o defensor público, ou tenha acesso à Defensoria Pública, única esperança para a população negra e pobre. A cor da pele é a testemunha principal do delito por ele supostamente cometido. (BENEDITO, 2018)

Percebe-se, a partir dos dados apresentados, que o encarceramento feminino tem uma cor e é a negra, uma vez que as mulheres negras são colocadas como as mais vulneráveis socialmente, isto é, são as mais pobres, as que sofrem mais violência doméstica, as que possuem menores rendimentos salariais e níveis de escolaridade. Esta realidade é mais compreendida a partir da lente que entrelaça as questões de gênero, raça e classe, a que se chama de lente interseccional (ou feminismo interseccional).

Observando o grau de escolaridade das mulheres privadas de liberdade no país, percebe-se que elas também não possuem altos níveis de formação acadêmica. No RN, a parcela de mulheres analfabetas abrange 20%, seguida pelas alfabetizadas sem cursos regulares, com 23%. 31% das mulheres não completaram o nível fundamental. Se tratando de nível médio, apenas 11% da população carcerária feminina tem ensino médio completo. O Estado não possui nenhuma apenada com ensino superior, seja incompleto ou completo.

O baixo grau de escolaridade, atrelado ao elitismo jurídico, contribui para que muitas detentas não tenham conhecimento sobre o seu processo. O judiciário alimenta posições de hierarquia diariamente, utilizando linguagem rebuscada e uso de expressões em latim, afastando, dessa maneira, a capacidade de acompanhamento e de entendimento do processo das réis e de seus familiares. Nesse sentido, existem mulheres em situações em que não sabem realmente o motivo de estarem encarceradas e que decoram apenas o artigo penal que infringiram, cerceando, assim, o exercício pleno de defesa.

A maternidade no sistema prisional também deverá ser colocada como algo para além de uma mera exposição, por isso o trabalho contará com um espaço destinado a consolidação do direito a maternidade nos presídios. Os dados disponibilizados sobre a maternidade são limitados,

sendo possível identificar o percentual de mulheres privadas de liberdade que possuem filhos apenas a nível nacional, atingindo o percentual de 75%. Focando no Rio Grande do Norte, nenhuma mulher, até 2014, convivia com os filhos nos estabelecimentos penais. Contudo, à época da coleta de informações o Estado declarou estarem em situação de encarceramento 15 mulheres gestantes e 01 lactante.

3.2 O tipo penal das mulheres que estão cumprindo pena e suas complexidades

O INFOPEN organizou os crimes tentados/consumados por Unidade da Federação nas seguintes categorias: homicídios, roubo, furto, latrocínio, tráfico, violência doméstica, desarmamento e outros. Analisando os dados coletados, é possível concluir que o crime de tráfico de drogas é o que possui maior incidência entre as mulheres no Rio Grande do Norte, somando um percentual de 69%, 7% acima da média nacional. Os crimes de homicídio e roubo vêm em seguida, ambos com 8%. O furto totaliza 4% e o desarmamento 2%. Outras violações da lei, que não foram identificadas, reúnem 10% do total dos registros. Tal realidade chama-nos bastante atenção, em especial, porque diversos estudos criminais apontam uma aplicação seletiva da Lei de tóxicos no Brasil¹⁰.

Especialistas apontam que essa seletividade na aplicação da lei de tóxicos é provocada pela falha técnica da norma ao não distinguir usuário de traficante, abrindo ampla margem para interpretação judicial. A lei 11.343/06 permite essa maior subjetividade em seu artigo 28, parágrafo segundo, ao pontuar que para determinar se a situação é enquadrada como tráfico ou uso, o juiz “atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que

10 A seletividade da lei quando aplicada ao tráfico de drogas é retratada por Pedro Abramovay no texto “BRANCO É USUÁRIO, NEGRO É TRAFICANTE” (2017).

se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

As discussões acerca do tráfico de drogas vão além do crime propriamente dito, sendo possível destacar as suas posições ao gênero. É listado doze funções associadas ao gênero feminino no tráfico: bucha, consumidora, mula-avião, vendedora, vapor, cúmplice, assistente/fogueteira, abastecedora/distribuidora, traficante, gerente, dona de boca e caixa/contadora (SOARES; ILGENFRITZ, 2002, p. 87).

Ainda acerca da participação das mulheres no tráfico de drogas, Luciana de Souza Ramos pondera:

O tráfico de drogas é uma atividade que permite às mulheres seguir desempenhando as regras estabelecidas culturalmente como ser mãe, esposa e dona de casa. Além de possibilitar, por ter alta rentabilidade, ascensão econômica maior que as atividades desempenhadas por elas no mundo do trabalho, cuja rentabilidade é baixa (...) O tráfico possibilita assim, como se verá adiante, a reprodução da divisão sexual do trabalho, pois mantém a mulher dentro do lar, com suas tarefas domésticas e de cuidado, além de possibilitar o ganho econômico superior aos trabalhos femininos, que poderiam ser desempenhados por ela. (RAMOS, 2016, p. 56)

Observa-se assim, a partir das considerações de Ramos, não ser mera coincidência que o crime de tráfico de drogas tenha maior incidência entre as mulheres que praticam crimes, uma vez que ele está relacionado com as próprias desigualdades de gênero que as mulheres vivenciam no seu cotidiano.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES VIOLADOS PELO SISTEMA CARCERÁRIO NORTE-RIO-GRANDENSE

Os estabelecimentos penais devem oferecer direitos básicos para que as mulheres tenham uma condição de vida digna durante o período de privação de sua liberdade, bem como para favorecer a sua reeducação. Apontam-se garantias que devem ser asseguradas a todas as mulheres, como um espaço básico para viver, que disponibilize conforto, meios que exerçam a maternidade (como locais específicos para as mulheres estarem durante e após a gestação, que sejam compatíveis com as necessidades da mãe e do filho) e o direito à visita íntima, sendo necessário, antes de tudo, o respeito à integridade física das apenadas. Entretanto, tais garantias, muitas vezes, são cerceadas por parte do Estado, dessa forma, passaremos a analisar algumas violações presentes no sistema carcerário feminino.

4.1 Falta de estrutura básica e violações registradas pela Pastoral Carcerária

Como apontado, é preciso que os estabelecimentos ofereçam estruturas que sejam capazes de suprir as necessidades básicas das detentas. O maior problema na estrutura está na falta de vagas para todas as mulheres encarceradas, que atualmente somam 42.355 à nível nacional, possuindo uma taxa de ocupação de 156,7%. Limitando-se ao cenário norte-rio-grandense, as unidades prisionais femininas apresentam um percentual de taxa de ocupação de 200%, concorrendo com 142% das prisões masculinas e 730% das unidades mistas.

A Pastoral Carcerária apresentou um relatório intitulado “Relato sobre Violações de Direitos Fundamentais Perpetradas pelo Sistema Penitenciário do Rio Grande do Norte”, no qual tinha como objeto de estudo as penitenciárias do Estado. Apresentando como consequência da lotação exacerbada dos presídios, está a falta de camas suficientes para todas as detentas dormirem, priorizando as camas para as encarceradas mais velhas, falta de produtos de higiene, incluindo absorventes utilizados pelas encarceradas durante o ciclo menstrual e água suficiente para que todas as mulheres possam se banhar. O Centro

de Detenção Provisório Feminino de Parnamirim apresenta uma das estruturas mais precárias do estado, contendo banheiros que só possuem um cano aberto no chão, usado como vaso sanitário. O espaço destinado ao banheiro é onde as presas fazem outras atividades com o uso da água, como lavar a louça, a roupa e tomam banho.

A Pastoral aponta episódios de torturas nos presídios femininos e mistos, especialmente durante as aulas práticas com agentes alunos, em que mulheres declararam um episódio em que precisaram “abrir a vagina e bunda com as pernas abertas sobre um espelho”, quando uma das presas demonstrou constrangimento, uma das agentes perguntou se a mulher era virgem e nunca tinha visto um homem nu. O Relatório da Pastoral de 2016 (p.6) ainda retrata um episódio em que, durante procedimentos de revista na Penitenciária Estadual do Seridó, “as presas eram forçadas a ficar nuas na frente de agentes masculinos, sofrendo diversos constrangimentos. E estando as mulheres nuas ou só com roupas íntimas no pátio os homens presos conseguem observá-las.”. Há também relatos de como o presídio funciona após o toque da sirene, sendo comum que as mulheres corram para as celas com medo das punições e fiquem sentadas no chão, de costas para a grade e com as mãos na cabeça (PASTORAL CARCERÁRIA, 2016). Se as presas não realizarem o procedimento a tempo, seja qual for a desculpa, serão punidas.

A violência física e verbal é presente em quase todos os relatos do Relatório da Pastoral, tornando comum o uso de spray de pimenta e balas de borracha durante os conflitos entre os agentes penitenciários e as detentas.

4.2 A maternidade sendo ignorada pelo sistema penal

A maternidade é um direito assegurado às mulheres que estão cumprindo pena, tendo o estabelecimento penal que disponibilizar meios que proponham o bem-estar da mãe e do filho, fortalecendo o vínculo materno mesmo dentro das prisões. O artigo 83 da LEP dispõe:

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

A necessidade de espaços destinados à amamentação é prevista também na Constituição Federal no inciso L do art. 5º: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Mesmo assegurado pela lei, esse direito é carente no Rio Grande do Norte, porque não há locais e mecanismos que assegurem que elas tenham seus direitos consolidados no sistema carcerário. Passada a gestação, a mulher não tem condições de amamentar a criança, tornando impossível passar um período com o filho, visto que não há berçários nas unidades penais e a possibilidade de a mãe ficar com o recém-nascido na cela não pode ser contestada, uma vez que as celas sofrem com o superlotação e a falta de ventilação. A Ala Feminina do Complexo Penal Dr. João Chaves, situada em Natal, é a única que ainda consegue comportar crianças, tendo uma cela destinada ao berçário totalmente improvisada e não recomendada para acolher crianças recém-nascidas.

De acordo com o Infopen (2018, p. 30), 0% das unidades penitenciárias do Estado possuem cela/dormitório adequado para gestantes, e é também nula a quantidade de estabelecimentos penais que possua berçários ou centro de referência materno-infantil. Não precisamos ir muito longe para concluir que esse direito é fortemente desrespeitado.

O Código de Processo Penal contempla, em seu artigo 318 (incisos IV e V), hipóteses onde a prisão domiciliar é permitida para gestantes e mães de crianças de até 12 anos. Entretanto, a prisão domiciliar não é conquistada tão facilmente, estando a presa dependente da vontade do juiz para ter o direito permitido. A lei 13.769/18 declarou novas especificações para a prisão domiciliar:

Art. 318 – A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

A partir do que foi exposto, é possível aprofundar o seguinte debate: se a mãe não tem condições de cuidar da criança dentro do sistema carcerário, quem cuidará dela? Com a falta de locais específicos para que a mãe permaneça com a criança dentro dos presídios durante o aleitamento, e, na ausência de um familiar que possa ficar responsável por elas, as crianças são enviadas para os abrigos, permanecendo no local até a mãe ser liberada. A opção não parece ser viável para a criança, pois a grande parte dos abrigos suporta a falta do interesse do Estado de arcar com as despesas e o grande número de crianças para poucos funcionários. A separação é cruel para a mãe e para o filho, podendo desenvolver consequências emocionais na vida dos dois.

4.3 A não consolidação do direito à visita íntima como uma questão moral

O direito à visita do cônjuge está ressaltado no artigo 41 da LEP¹¹. Contudo, o legislador não aponta diferença entre a visita simples e a íntima. Os estabelecimentos penais devem ofertar lugares específicos para ambas finalidades. Tratando-se apenas do local para a visita simples, o estado do RN não é capaz de fornecer local apropriado para visitas íntimas nem nos presídios femininos nem nos mistos, gerando o

11 Visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.

isolamento e abandono da mulher. Dados do Infopen informam que as presas não possuem uma média de visitas alta, sendo limitada a 0,8%, enquanto os homens conquistam 4,5%, compreendendo que as mulheres presas são, em sua maioria, abandonadas pelos familiares, ao mesmo tempo em que o homem continua recebendo visitas dos pais, filhos e esposas.

O direito à visita íntima foi, até 1999, específico do homem e feito para ele. Ao abordar a visita íntima propriamente dita, as unidades penais femininas não possuem locais com a finalidade prevista. Nas unidades mistas, porém, o percentual é de 33%. Os lugares só são adaptados nos presídios mistos devido à parcela masculina. O homem é associado aos desejos carnavais e suas vontades devem ser supridas de qualquer maneira, ao passo que as mulheres que estão dentro do sistema carcerários são vistas com olhares negativos, sendo passivas de julgamento. Ramos explica:

Percebe-se a violação ao direito sexual da mulher sob duas vertentes: na individual, pela restrição à liberdade, privacidade, intimidade e autonomia, ou seja, ao livre exercício da sexualidade e da reprodução, sem qualquer discriminação, coerção ou violência. Sob a dimensão coletiva, na ausência de políticas públicas que assegurem a concretização desses direitos, como acesso à informações em educação sexual e reprodutiva, a discussão e oferta de métodos contraceptivos, prevenção à violência de gênero. (RAMOS, 2011, p. 27)

Vale apontar que os poucos espaços destinados à visita íntima nas unidades femininas estão disponibilizados apenas para casais heterossexuais, ainda que parte da população homoafetiva desenvolva um relacionamento com colegas no presídio. Nesse caso, a vulnerabilidade é maior, correndo um risco maior de punições mais intensas, realidade

presente em alguns presídios, onde a punição para o relacionamento com outra mulher é a cela solitária¹².

CONCLUSÕES

Colocando a mulher como protagonista no cenário penal brasileiro, é possível entender que há uma seletividade na aplicação da lei no Brasil, reforçando que o sistema carcerário comporta, em sua maioria, mulheres jovens, negras, sem escolaridade e mães, com motivações socioeconômicas para realização do crime. O racismo estrutural está presente fortemente no sistema penal, selecionando as mulheres negras e as silenciando nas prisões. Elas não estão presas porque apenas aquele perfil comete o ato criminal, elas estão presas também influenciadas à sua condição enquanto mulher, principalmente enquanto como negras e relacionadas ao seu papel de mãe.

O crime de tráfico de drogas dá a mulher uma possibilidade de ascensão econômica e social e, em muitos casos, é a única opção que parece ser viável para elas, especialmente para a mulher negra, que vivencia a maior taxa de desemprego do país. O tráfico permite ao juiz uma maior discricionariedade para apontar se um determinado caso se enquadra ou não como crime, distinguindo quem é usuária e quem é traficante.

Com os relatos da Pastoral Carcerária e os dados da Infopen, notamos que o Rio Grande do Norte está longe de disponibilizar uma estrutura básica que atenda às necessidades das presas. A superlotação é um problema presente há anos no sistema carcerário, tendo as unidades femininas que comportar 200% mulheres a mais que o recomendado para a sua estrutura. A falta de ventilação, água encanada para todas e

12 Explanado por Soraia Mendes e Deise Benedito, especialistas em Criminologia, no episódio “Mulheres no Sistema Prisional” do Podcast Olhares.

colchões acentuam a precisão de políticas que regularizem a quantidade de presas nos presídios.

O sistema carcerário norte-rio-grandense é referência no que diz respeito a tortura, tornando as agressões verbais e físicas comuns no meio prisional. Em meio aos discursos de ódio utilizados pelos agentes penitenciários, muitos são caracterizados com palavras que remetem a moral das mulheres, justificando que se elas estão naquele ambiente, elas precisam aguentar as ofensas.

Ademais, a maternidade necessita ser revista pelo Estado. As mulheres precisam exercer o direito delas de serem mães e devem disponibilizar mecanismos que garantam esse direito. Celas destinadas para mulheres grávidas, berçários e espaços para a amamentação não são benefícios, são direitos básicos que toda mulher deve ter para manter o vínculo com o filho. Os espaços destinados para visita íntima, disponíveis apenas nas unidades masculinas, solidifica a ideia de que somente o homem pode ser visto como um ser sexual, privando a mulher da vida íntima.

A mulher encarcerada no Rio Grande do Norte é calada diariamente nas unidades penais e a Criminologia Feminista se mostra como uma alternativa de dar voz a essas mulheres, pontuando suas necessidades e vontades. A visão feminista do encarceramento é voltada também na aplicação da lei, necessitando de um estudo maior para compreender como a mulher é vulnerável no direito penal, especialmente a mulher negra, que sofre com o racismo estrutural. A mulher encarcerada, portanto, deve ser vista como titular de direitos fundamentais e que o Estado deve proporcionar melhores condições de encarceramento. Contudo, essas melhorias necessárias só serão devidamente colocadas quando a aplicação da lei for colocada da forma correta, sem estereótipos de raça e classe sobrepondo a infração penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania**. In: CAMPOS, Carmen Hein de. Criminologia e feminismo. Porto Alegre, Sulina, 1999, pp.105-117.

BENEDITO, DEISE. “**Julho das pretas e presas**: entre o ferro e o aço – a essência máxima dos ofícios da dignidade e liberdade». Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/07/25/julho-das-pretas-e-presas-entre-o-ferro-e-o-aco-a-essencia-maxima-dos-oficios-da-dignidade-e-liberdade>. Acesso em 20/06/2019.

BRASIL, **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de Junho de 1984.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 20 fev. 2019.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. **Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica**: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.143-172.

CARCERÁRIA, Pastoral. **QUEM PODE EXPLICAR O DESRESPEITO AOS DIREITOS DAS PRESAS DO RIO GRANDE DO NORTE?** Disponível em: <http://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/quem-pode-explicar-o-desrespeito-aos-direitos-das-presas-do-rio-grande-do-norte>. Acesso em 20 fev. 2019.

_____. **Relatório Rio Grande do Norte 2016**. Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2016/04/Of%C3%ADcioPCr_44_2016_Relatorio_Rio-Grande_do_Norte.pdf. Acesso em 20 fev. 2019.

_____. **RELATO SOBRE VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PERPETRADAS PELO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE**. Disponível em: <https://www.saibamais.jor.br/wp-content/uploads/2018/06/RELATORIO-PRISA%CC%83%C6%92O-NO-RN-final.pdf>. Acesso em 20 fev. 2019.

Constituição (1988). **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Recomendação Nº 44 de 26/11/2013**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1235>. Acesso em: 20 fev. 2019.

LUCENA, Mariana Barrêto Nóbrega de. **(Re)pensando a epistemologia feminista na análise da violência contra mulher: uma aproximação com a criminologia crítica**. 2015. 111. f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista**. 2012. 284 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

Ministério da Justiça e da Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres**, 2º edição. 2018. Disponível em: <http://depen.gov>.

br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em 25 fev. 2019.

Ministério da Justiça e da Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres 2014**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 20 fev. 2019.

Olhares Podcast. **Mulheres no Sistema Prisional**. Podcast. 1 MP3 (80 min.). Disponível em: <https://olharespodcast.com.br/ep-010-mulheres-no-sistema-prisional/>. Acesso em 15 fev. 2019.

RAMOS, Luciana de Souza. **Por amor ou pela dor?: um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas**. 2012. 126 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

_____. **DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS EM DOIS ATOS: VISITA ÍNTIMA E MATERNIDADE**. Brasília, 2011. 48f. – Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público.

SOARES, B. M.; ILGENFRITZ, I. **Prisioneiras: Vida e Violência atrás das Grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

FEMINIST CRIMINOLOGY AND INCARCERATION: AN ANALYSIS OF THE PRISON SYSTEM OF THE STATE OF RIO GRANDE DO NORTE

ABSTRACT

This article proposes to analyze the conditions of women deprived of liberty in the state of Rio Grande do Norte, using the perspective of feminist criminology. In this context, the socio-economic and criminological profile of the inmates, gender relations in the applicability of criminal law and the defense of the fundamental rights of women in the prison system will be discussed. The work will include the study of data made available by the National Penitentiary Department for a greater understanding of the north-riograndense prison system, pointing out the most vulnerable profiles, the main crimes practiced by women and the inequalities present in the state's feminine and mixed prisons. The reports made available by the Pastoral Carcerária will be of fundamental importance for retreating cases of human rights violations in the penal establishments of the state.

Keywords: Feminist Criminology. Prison system. Incarcerated women. Rio Grande do Norte.



REFORMA DAS ALÍQUOTAS DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA: UM INSTRUMENTO DE JUSTIÇA FISCAL?

Isabela Araújo Barroso¹

Karoline Lins Câmara Marinho de Souza²

RESUMO

O presente trabalho acadêmico objetiva contribuir para responder aos seguintes questionamentos: a reforma das alíquotas do imposto de renda da pessoa física pode ser instrumento da justiça fiscal? De que forma? Diante dessas indagações, a incidência dos princípios da progressividade e da regressividade tributária no ordenamento jurídico será estudada. Abordar-se-á esse aspecto com vistas à propositura de meios de

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN, 2018) e é pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET, 2019). Atualmente é advogada do escritório José Delgado e Dutra Advogados, onde atua na área de Direito Tributário. Email: bela_barroso@hotmail.com

2 Professora Orientadora. Doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE (2017). Mestre em Direito Constitucional Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN (2008). Especialista em Direito Constitucional pela UFRN (2007) e graduada em Direito pela UFRN (2006). Professora de Direito Tributário e Direito Administrativo. Atualmente é Professora Adjunta do Curso de Direito da UFRN, Coordenadora da Pós-graduação em Direito Tributário da UFRN. Presidente do Instituto Potiguar de Direito Tributário - IPDT. Professora dos cursos de Pós-Graduação em Direito Tributário, Administrativo e de Direito e Inovação Tecnológica da UFRN, UNI-RN e Maurício de Nassau/PE.

reforma das alíquotas do imposto de renda da pessoa física, almejando a diminuição das desigualdades sociais e a consequente instituição de um sistema tributário do qual a justiça fiscal seja pilar. Para tanto, serão utilizados dados empíricos colhidos por institutos econômicos, bem como estudos doutrinários. Diante dessa abordagem, pôde-se observar que a criação de uma faixa de contribuição acima de 27,5%, a incidir sobre vultuosos rendimentos, aliada a tributação de lucros e dividendos, hoje isentos, é meio habil para a promoção de uma legislação tributária afeta à justiça fiscal.

Palavras-chave: Imposto de renda. Reforma. Justiça fiscal.

“A coisa mais dura de se entender no mundo é o Imposto de Renda”
(Albert Einstein)

1 INTRODUÇÃO

Sente-se que o tributo, instrumento de política fiscal, não deve servir apenas para arrecadar meios financeiros aptos à perpetuação do *status quo* da sociedade, devendo servir, sobretudo, como forma de transformação social, a ser alcançada mediante a implantação de uma política fiscal que promova justiça e, conseqüentemente, diminua as desigualdades.

Embora o conceito de justiça guarde alto grau de subjetividade, intui-se que no Direito Tributário as relações jurídicas respaldadas constitucionalmente, guardando respeito aos direitos fundamentais dos contribuintes, são revestidas pela justiça fiscal. Supõe-se, todavia,

que a ordem tributária pátria, apesar de prever normas constitucionais determinantes da limitação do poder estatal de tributar, não é exemplo a ser seguido por um Estado que almeja a concretização da justiça fiscal.

Diante disto, embora pense que a implantação de um sistema tributário justo não é capaz de dirimir a desigualdade social, intui-se que o Direito Tributário pode contribuir para a solução dessa problemática. A partir disso, questiona-se qual caminho a política fiscal deve seguir para a concretização de um sistema tributário que guarde respeito à justiça fiscal.

Nesse sentido, diante da ampla problemática apresentada, este trabalho tem por objetivo específico o desenvolvimento de pesquisa voltada à análise da reforma das alíquotas do imposto de renda de pessoa física com vistas ao alcance da justiça fiscal. Propõe-se, portanto, contribuir para a resposta do seguinte questionamento: a reforma das alíquotas do imposto de renda da pessoa física pode ser instrumento de justiça fiscal? De que forma?

A fim de responder as indagações, no primeiro tópico do desenvolvimento far-se-á uma análise acerca da progressividade tributária: a incidência da progressividade e da regressividade no sistema tributário pátrio será colocada em pauta. Em seguida, o segundo tópico terá como objetivo a análise do imposto de renda da pessoa física e a apresentação de algumas possibilidades de reforma das suas alíquotas.

Para tanto, serão utilizados dados colhidos empiricamente por institutos econômicos, a exemplo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada bem como estudos doutrinários, que possibilitarão a interpretação das pesquisas empíricas e a consequente elaboração de propostas de reforma das alíquotas do imposto de renda da pessoa física.

Dito isto, vale salientar, por fim, que a condução da presente pesquisa será feita de forma reflexiva e teleológica, de modo a trazer uma efetiva contribuição para a sociedade, primando pela visão funcionalista do Direito, por acreditar que de nada serve o pensar jurídico se ausente a possibilidade de sua aplicação na resolução dos conflitos sociais.

2 A PROGRESSIVIDADE E A REGRESSIVIDADE: QUAL A OPÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA?

Pragmaticamente, a variação das alíquotas de um imposto à medida que a sua base de cálculo aumenta, sintetiza a ideia da progressividade tributária. Ou seja, o desenvolvimento gradual das alíquotas de um imposto vinculado a uma base de cálculo ascendente, consubstancia instituto jurídico em comento (CARRAZA, 2013).

Sabendo-se que a progressividade tributária é a concretização do princípio da capacidade contributiva (MELLO, 2010), pode-se dizer que aquela caracteriza-se como instrumento dessa. Exatamente por isso, ao tratar do tema Carrazza (2013) aduz que é graças à progressividade que os impostos conseguem atender ao princípio da capacidade contributiva.

Em um plano ético-econômico, a capacidade contributiva pode ser apontada como “a aptidão econômica do sujeito para suportar ou ser destinatário de impostos, que depende de dois elementos: o volume de recursos que o sujeito possui para satisfazer o gravame e a necessidade que tem de tais recursos” (COSTA, 2012, p. 27). Vê-se, aqui, uma forte relação com os reclamos da justiça fiscal, de forma a situar o princípio em estudo como meio de minimização das desigualdades sociais e econômicas.

Ao lado deste plano ético-econômico, há que se reconhecer a existência do plano jurídico-positivo, segundo o qual é a legislação tributária vigente quem irá definir a capacidade contributiva do sujeito titular de direitos e obrigações (COSTA, 2012). Quer dizer, é opção política a determinação do montante necessário à satisfação das necessidades básicas do contribuinte, de maneira a fixar quanto de sua riqueza poderá dispender para adimplir suas obrigações tributárias.

Entretanto, a discricionariedade do legislador deve pautar-se no critério da racionalidade, de modo que além de individualizar os impostos revistos na Constituição, é dever do Poder Legislativo a observância da capacidade contributiva no sentido de “tornar os impostos jurídicos

racionais sob o ponto de vista de seus fundamentos e de sua coerência interna” (MITA, 2005, p. 226).

Sobre este ponto, importante salientar que o conceito de capacidade contributiva está intrinsecamente relacionado ao de justiça fiscal, dado que para a sua concretização o Estado deve construir um ordenamento em que o montante do tributo pago por cada contribuinte reflita de forma progressiva nos seus recursos. A progressividade tributária e a tributação materialmente isonômica das rendas são características de um sistema tributário justo (MARIA; LUCHIEZI JR, 2010).

Lado outro, ao contrário da progressividade, a regressividade tributária não é característica predominante em um sistema tributário que prioriza o respeito ao princípio da capacidade contributiva, tendo em vista que o imposto regressivo deixa de prever a variação de suas alíquotas em observância ao aumento de sua base de cálculo.

Pode-se dizer, dessa forma, que um imposto é regressivo quando possui relação inversa com o nível de renda do sujeito passivo. Isto é, na medida em que a renda do contribuinte aumenta, diminui relativamente à quantia recolhida (MARIA; LUCHIEZI JR, 2010). Exatamente por essa razão, um sistema tributário que prioriza a regressividade dos tributos, em detrimento da progressividade, tende a estabelecer uma carga tributária maior sobre quem auferir menor renda (MELLO, 2010).

Importante salientar que a característica regressiva de um imposto se faz presente quando sua taxa diminui para o topo da pirâmide social, seja em decorrência da previsão pelo próprio ordenamento jurídico desse seu atributo regressivo, ou porque os contribuintes mais abastados logram êxito em escaparem da tributação por meios legais ou ilegais (PIKETTY, 2014).

Feita esta breve explanação acerca da progressividade e da regressividade tributária, indaga-se qual é a opção legislativa brasileira: afinal, o sistema tributário nacional é regressivo ou progressivo?

Pois bem, a o § 1º do artigo 145 da Constituição Federal, dispõe que “sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”.

Nesse sentido, com relação à locução *sempre que possível*, observa-se que a mesma não confere discricionariedade ao legislador, de forma que a instituição de impostos somente não levará em conta o caráter pessoal do contribuinte e a sua consequente capacidade contributiva, quando se constatar a impossibilidade dessa aferição (BALEEIRO *apud* COSTA, 2012, p. 96).

De forma semelhante, Oliveira (*apud* COSTA, 2012, p. 96-97) defende que será inconstitucional a lei que criar imposto de natureza real, em detrimento de imposto pessoal, quando a situação abstrata possibilitar a instituição do tributo pessoal. Esse também é o entendimento de Greco (*apud* COSTA, 2012, p. 97), para quem a expressão *sempre que possível* possui uma conotação cogente, de comando, de modo que o princípio da capacidade contributiva somente não será aplicado quando verificada sua impossibilidade de incidência.

Por conseguinte, sabendo-se que a progressividade tributária é instrumento do princípio da capacidade contributiva, como acima posto, percebe-se que a ordem constitucional é no sentido de priorizar a instituição de impostos progressivos. Todavia, resta evidente que o citado dispositivo não exclui a incidência da regressividade no nosso ordenamento jurídico.

Portanto, em observância ao princípio constitucional da legalidade tributária, insculpido no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, competente para instituir impostos, deverá observar as regras-matrizes constitucionais, no sentido da tributação se relacionar com o grau de riqueza do contribuinte, sempre que possível (COSTA, 2012). Percebe-se, pois, que será inconstitucional a lei instituidora de tributo que, podendo tributar em conformidade com o grau de riqueza do contribuinte, deixa de fazê-lo.

Especificadamente quanto aos impostos incidentes sobre a renda e proventos de qualquer natureza, a Constituição Federal fixa, em seu artigo 153, inciso III e § 2º, inciso I, um perfil progressivo. Assim sendo, mesmo que a magna carta autorize a instituição de impostos regressivos, essa permissibilidade não se aplica ao imposto de renda,

uma vez que norma especial constitucional determina seu padrão progressivo.

Isto posto, sabendo-se que a progressividade do sistema tributário deve adentrar no *mundo dos fatos* mediante a edição de leis infraconstitucionais, deve-se observar a presença e a eficácia destas, no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de averiguar a real característica do nosso sistema tributário, se regressivo ou progressivo.

De início, importante consignar que o Brasil possui uma carga tributária de aproximadamente 32,1% do seu Produto Interno Bruto, comparável com a de países desenvolvidos, a exemplo do Reino Unido, detentor de uma carga tributária de aproximadamente 32,5% (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017). Todavia, estamos, ao mesmo tempo, dentre os países mais desiguais do mundo (SOUZA; MEDEIROS, 2017). A combinação desses dados leva a crer na existência de forte regressividade no sistema tributário pátrio, tendo em vista que sistemas detentores dessas características refletem uma desigualdade social bastante pronunciada, como a nossa.

Sobre esse tema, a professora Luciana Grassano, em informação verbal, defende que o orçamento público, para ser utilizado como um instrumento de diminuição das desigualdades, deve promover uma arrecadação maior no topo da pirâmide social e menor em sua base³. Ou seja, da cognição da professora, infere-se o ensinamento de que quanto mais regressivo for determinado sistema tributário, mais desigualdade será verificada no cenário social.

Entretanto, é forte o indício de que muito embora nossa Constituição Federal prime pela progressividade tributária, de modo a

3 A informação verbal referenciada for a dada pela professora Luciana Grassano de Gouvêa Mélo, na Conferência Desenvolvimento e democracia no Brasil: o papel da tributação na concentração da riqueza e no agravamento das desigualdades, proferida no Seminário de Pesquisa do CCSA da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, no ano de 2018.

conduzir o legislador infraconstitucional a instituir impostos progressivos, o que está ocorrendo, na verdade, é a presença majoritária da tributação regressiva. Isso contribui para a consolidação de um sistema tributário regressivo, consubstanciado como aquele no qual o contribuinte que auferir menor renda suporta uma carga tributária maior do que os integrantes das camadas sociais mais abastadas (MELLO, 2010).

Nessa perspectiva, a análise comparativa da arrecadação de impostos do mês de julho de 2018 com o mesmo mês do ano de 2017, realizada pela Receita Federal, obteve os seguintes dados: o aumento de 3,51% na arrecadação referente ao indicador macroeconômico da produção industrial; o aumento de 3,7% na arrecadação relativa ao indicador macroeconômico venda de bens; o aumento de 0,9% na arrecadação alusiva ao indicador de vendas de serviços; e a diminuição de 0,46% na arrecadação atinente à massa salarial (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017).

Dos números acima postos, observa-se o crescimento da arrecadação de impostos relativos à produção industrial e à venda de bens e serviços, ao passo que a tributação da massa salarial foi a única que sofreu queda. Tais dados demonstram um cenário de crescimento da arrecadação proporcional⁴ advinda da tributação indireta, regressiva, portanto, em detrimento da arrecadação advinda da tributação direta, progressiva.

É que os indicadores macroeconômicos que sofreram aumento demonstram o crescimento da arrecadação advinda da tributação sobre o consumo, extremamente regressiva, em detrimento da arrecadação advinda da tributação da renda e do patrimônio, que possuem um viés progressivo.

4 Diferentemente dos impostos progressivos, que possuem uma “taxa de mais alta para os mais ricos e mais baixa para os mais humildes, um imposto é dito proporcional quando sua taxa é a mesma para todos” (PIKETTY, 2014, p. 64).

Por conseguinte, diante do aqui exposto, tem-se que apesar da Constituição Federal primar pela aplicação da capacidade contributiva, princípio esse que é o desdobramento do princípio da igualdade na seara tributária (COSTA, 2012), mediante a instituição de impostos progressivos, percebe-se que a arrecadação tributária brasileira possui um caráter eminentemente regressivo. Esse cenário de desrespeito ao princípio constitucional é extremamente gravoso, uma vez que a violação de um princípio possui gravidade bem superior à transgressão de outra espécie normativa, por ela representar uma ofensa a todo o sistema no qual ele está inserido (MELLO, 2015).

3 REFORMA DAS ALÍQUOTAS DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA

Em 2009, a Lei nº 11.945 modificou a tabela das alíquotas do imposto de renda incidente sobre pessoas físicas, oportunidade em que foram criadas duas novas faixas de contribuição com alíquotas de 7,5% e 22,5% (GOBETTI, 2016). Após a reforma legislativa a tabela passou a contar com as alíquotas de 7,5%, 15%, 22,5% e 27,5%, as quais permanecem até hoje, tendo em vista a ausência de reforma posterior.

Considerando que antes da reforma em apreço o imposto de renda sobre pessoas físicas somente contava com duas faixas de contribuição, a criação das novas alíquotas foi recebida como o primeiro passo para a concretização da progressividade do tributo, posicionamento esse decorrente da ideia de que é impossível o alcance da progressividade ideal apenas com duas alíquotas (MELLO, 2010).

Por outro lado, é verdade que foram tecidas duras críticas à reforma supramencionada em razão da adição das novas alíquotas ter se dado em faixas de renda inferiores à maior faixa. Em conformidade com essa linha de pensamento, a reforma legislativa não contribuiu para o aumento da progressividade relativamente ao contribuinte das classes mais abastadas, deixando, portanto, de promover a acentuação da

redistribuição de renda, objetivo central do princípio da progressividade. Filia-se a essa corrente Mello (2010), para quem o aumento da redistribuição de riqueza somente seria possível se alíquotas superiores a 27,5% fossem criadas.

A redistribuição de renda e consequente diminuição das desigualdades através da progressividade tributária foi observada durante o século XX, mais precisamente em 1914, quando o imposto progressivo sobre a renda impactou diretamente na acumulação de patrimônio, culminando em uma verdadeira revolução fiscal. Evitou-se o retorno às denominadas sociedade de rentistas, cujo desenvolvimento decorre, principalmente, das rendas provenientes do capital acumulado (PIKETTY, 2015).

Pesquisas realizadas nos Estados Unidos e na França demonstraram que a diminuição das desigualdades, observada ao longo deste período, não decorreu de um processo econômico natural, como defendido pelos liberais, mas da revolução fiscal. As guerras, a inflação e a crise de 1930 impactaram os detentores de patrimônio, impedindo o retorno aos altos níveis de concentração das rendas e do capital (PIKETTY, 2015).

Entretanto, há quem afirme, a exemplo de Mirrlees (1971) que a progressividade ideal do imposto de renda pode ser alcançada apenas com uma alíquota. Para tanto, aquelas que possuísem capacidade contributiva deveriam arcar com o imposto de alíquota única, ao passo que o governo repassaria verba ao contribuinte que não fosse dotado de capacidade contributiva (MANKIW; WEINZIERL; YAGAN, 2009).

O posicionamento de James Mirrlees, apesar de utópico, demonstra que o grau da progressividade do imposto incidente sobre a renda “não é medido apenas pela quantidade de alíquotas ou faixas de renda existentes” (MELLO, 2010, p. 496), trazendo para a discussão o instituto do imposto de renda negativo.

Sem o objetivo de aprofundar o tema, o imposto de renda negativo consubstancia-se no pagamento de quantia em dinheiro, por parte do Estado, para as pessoas que não atingem a faixa de renda fixada

como mínimo existencial. Esse subsídio estatal será sempre menor que o valor necessário para atingir o mínimo existencial, como uma forma de minorar o desestímulo ao trabalho (FRIEDMAN, 2014).

Fato é que o imposto de renda brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988, sempre possuiu uma estrutura de alíquotas baseada na progressividade. Contudo, é verdade que seu caráter progressivo é mais pronunciado para a classe média, se comparado a classe alta (MELLO, 2010).

Ora, parcela significativa dos rendimentos das camadas sociais mais abastadas provém da propriedade do capital e não da renda oriunda do trabalho. Contrariamente à renda advinda do trabalho, a propriedade de capital, quando não é isenta, submete-se a alíquotas lineares mais baixas, o que ocasiona a incidência de uma alíquota efetiva menor às rendas dos mais ricos (GOBETTI, 2016).

Em pesquisa realizada pelo IBGE⁵, chegou-se à conclusão de que famílias com renda mensal de até R\$ 830,00 auferem rendimentos provenientes do trabalho no percentual de 44,4% do total da sua renda juntamente com a variação patrimonial. Por outro lado, essas mesmas famílias obtêm 0,7% do total de seus rendimentos, juntamente com a variação patrimonial, através de ganhos de capital

A mesma pesquisa comprovou, ainda, que as famílias com renda mensal de até R\$ 10.375,00 auferem rendimentos provenientes do trabalho no percentual de 65% do total de sua renda, juntamente com a variação patrimonial. Já com relação à porcentagem de renda auferida com ganhos de capital, essas famílias percebem 3,4%⁶ dos seus rendimentos juntamente com a variação patrimonial (IBGE, 2010).

5 Essa pesquisa é relativa a dados dos anos de 2008-2009. Uma nova pesquisa semelhante já está em andamento em compreenderá dados colhidos nos anos de 2017-2018, todavia, até a data da conclusão do presente trabalho 24/06/2019, as suas conclusões ainda não foram divulgadas.

6 Ao divulgar os dados relativos ao ganho de capital, a pesquisa se refere ao termo

Esses dados comprovam o entendimento acima posto de que quanto mais abastada a família, menos sua renda decorrerá do trabalho e mais será advinda do ganho de capital. É verdade que não se pode deixar de admitir que os dados colhidos levaram em consideração faixas de renda relativamente próximas, deixando-se de comparar a porcentagem referente aos detentores de grandes fortunas, fato este que, se presente, provavelmente demonstraria o cenário retratado com maior veemência.

É por esse motivo que possível reforma do imposto de renda voltada à valorização de sua progressividade não pode visar unicamente a estrutura das alíquotas aplicáveis aos salários e demais rendimentos tributáveis. É de fundamental importância a ampliação da base tributável, de forma a incluir parcelas de rendimentos atualmente isentas, a exemplo dos lucros e dividendos (GOBETTI, 2016).

Quanto aos lucros e dividendos, tem-se que com o advento da Lei nº 9.429 de 1995, o Brasil passou a concentrar a tributação do lucro na pessoa jurídica, isentando a tributação incidente sobre a distribuição do lucro aos sócios. Anteriormente a sua edição, em conformidade com as Leis nºs 8.849 e 6.064, sob a distribuição dos lucros e dividendos incidia uma alíquota única de 15% aos lucros auferidos a partir de 1994 pelas empresas optantes pelo lucro real⁷ (SILVA, 2015).

outras rendas e faz o seguinte esclarecimento: o termo *outras rendas* “refere-se às rendas monetárias provenientes de venda eventuais como por exemplo: vendas de automóveis, consórcios e outros produtos; crédito-educativo, juros de empréstimos; e, outros. Ganhos com operações financeiras de títulos de renda, lucros e dividendos em dinheiro atribuídos a ações, juros, correções” (IBGE, 2010).

7 Para beneficiário pessoa física, o imposto descontado era deduzido do imposto devido na declaração de ajuste anual, assegurada a opção pela tributação exclusiva; para pessoa jurídica optante pelo lucro real, era considerado como antecipação a ser compensada com o IRRF que a beneficiaria, tributada com base no lucro real, tivesse recolher pela distribuição de seus lucros e dividendos; nos demais casos, era definitivo (SILVA, 2015, p. 12).

Tomando por base esse cenário, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada simulou o impacto econômico provocado por possíveis alterações na tributação da renda. Para tanto, considerou que a atual estrutura do imposto de renda sobre pessoa física, no ano de 2013, gerou uma receita de R\$ 149,7 bilhões e reduziu a desigualdade em 2,78%, conforme o índice Gini (GOBETTI, 2016).

De acordo com a pesquisa, a tributação dos dividendos nos moldes vigentes até o ano de 1995, quando incidia uma alíquota exclusiva e linear de 15%, independentemente da renda total do contribuinte, atingiria 2,1 milhões de pessoas, provocaria a elevação da receita em R\$ 43 bilhões e reduziria a desigualdade em 3,6% (GOBETTI, 2016).

Já a tributação de dividendos através da vigente tabela progressiva do imposto de renda sobre pessoa física, geraria uma receita adicional de R\$ 59 bilhões, atingiria 1,2 milhão de pessoas e reduziria a desigualdade em 4,03% (GOBETTI, 2016).

De outro modo, se a opção político-legislativa fosse pela continuidade da isenção dos dividendos, profundas mudanças teriam que ser efetuadas na tabela do imposto de renda da pessoa física para alcançar o mesmo adicional de receita demonstrado no cenário acima. Três novas alíquotas deveriam ser criadas, de 35%, 40% e 45%, a incidirem sobre os seguintes e respectivos níveis de renda: R\$ 60.000,00, R\$ 70.000,00 e R\$ 80.000,00. Contudo, ainda assim, a queda do nível de desigualdade seria menor e a reforma atingiria um número de contribuintes bem maior, cerca de 3,8 milhões (GOBETTI, 2016).

Por fim, a criação de uma alíquota adicional de 35% a incidir sobre rendas elevadas – acima de R\$ 325.000,00 -, aliada à submissão dos dividendos à nova tabela, geraria uma receita adicional de R\$ 72 bilhões, reduziria a desigualdade em 4,31% e atingiria cerca de 1,2 milhões de pessoas (GOBETTI, 2016).

Dos dados apresentados, denota-se que a ampliação da progressividade da tributação incidente sobre a renda, mediante a instituição de novas alíquotas, teria uma efetividade maior se acompanhada da tributação dos dividendos. Lado outro, a reforma isolada das alíquotas

ou a tributação dos dividendos igualmente isolada, apresentaria menor grau de eficiência. Ora, os números mostram que medidas isoladas, para produzirem receita semelhante à auferida mediante a dupla reforma, atingiriam um número muito maior de contribuintes.

Ademais, há que se ressaltar que a reinstituição da tributação de lucros e dividendos pela alíquota linear de 15%, além de gerar uma menor taxa de crescimento, promoveria o aumento da desigualdade entre os estratos intermediários e o topo dos contribuintes do imposto de renda da pessoa física. Esse fato ocorre uma vez que, de forma proporcional à sua renda, o declarante médio, em especial os assalariados, seriam mais onerados que os detentores das grandes fortunas, os quais obtêm renda principalmente do ganho de capitais, permanecendo grande parte dessa isenta (GOBETTI, 2016).

Levando em consideração a adoção do terceiro cenário, por exemplo, com a instituição de alíquotas adicionais (35%, 40% e 45%) e a manutenção da isenção de lucros e dividendos, o 0,1% mais rico da sociedade permaneceria com a sua parcela de renda total apropriada inalterada em 10,6%. Por outro lado, a parcela de renda total apropriada dos 5% mais ricos, sofreria queda de 31,2% para 30,5% (GOBETTI, 2016).

De forma diversa, se os dividendos passassem a ser tributados, como simulado no primeiro cenário – utilizando-se uma alíquota linear de 15% –, os contribuintes 5% mais ricos teriam sua parcela de renda total alterada de 31,2% para 31,0%, enquanto que o 0,1% mais abastado sofreria queda de 10,6% para 10,0% na sua parcela de renda total (GOBETTI, 2016).

Portanto, diante dos dados colhidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, observa-se que a reforma do imposto de renda da pessoa física, com vistas ao aumento da sua progressividade, deve, além de criar alíquotas incidentes sobre parcela mais favorecida da sociedade, promover a tributação dos lucros e dividendos. A mudança isolada das faixas de contribuição alcança mais a população média assalariada que os capitalistas e executivos detentores das grandes fortunas, o que promove

uma distribuição de renda menor a alcançada por uma reforma associada (GOBETTI, 2016).

Todavia, em sentido contrário, Blum e Kalves defendem a proporcionalidade da estrutura básica das alíquotas do imposto de renda, em detrimento da criação de uma estrutura progressiva. Argumentam que a progressividade das alíquotas, ao menos como primeira opção, não deve ser adotada, tendo em vista ser ineficiente por afetar a oferta de trabalho, além de contribuir para a complexidade do sistema tributário. Tanto a ineficiência quanto o aumento da complexidade, segundo os autores, culminam na distorção do comportamento dos tributados e no incentivo à má alocação do capital (MELLO, 2010).

Percebe-se que Blum e Kalves temiam que a progressividade das alíquotas do imposto de renda ocasionasse distorções indesejáveis na economia (MELLO, 2010). Contudo, tais distorções, apesar de inevitáveis, em conformidade com a teoria da tributação ótima, podem ser minimizadas mediante a instituição de um imposto que possua uma grande base de contribuintes; regras simples e objetivas; incida sobre produtos e serviços de demanda inelástica; seja justo, respeitando o princípio da isonomia material, e; possua um baixo custo administrativo (CARVALHO, 2014).

Em contraponto, Bankman e Griffith (1987) demonstram que a previsão apontada por Blum e Kalves não possui relação íntima com a progressividade. Ademais, defendem que a progressividade tem um importante papel na distribuição de renda, contribuindo para o aumento do bem-estar da sociedade.

Nesse sentido, defendem que são as altas taxas marginais do imposto de renda, e não sua progressividade, que podem gerar grande perda de eficiência do tributo. Aliado a isto, acrescentam que um imposto progressivo não requer, necessariamente, altas taxas marginais (BANKMAN; GRIFFITH, 1987).

A fim de verificar essa teoria, foram realizados estudos empíricos de medição da capacidade de resposta dos indivíduos às mudanças em seus salários, mediante a elasticidade compensada da oferta de trabalho.

Tomada emprestada da Física, a elasticidade é uma ferramenta utilizada para medir o nível de alteração relativa de uma variável quando há oscilação de outra variável (VIANNA, 2011). No caso em análise, as variáveis consideradas são as mudanças de salário e a oferta de trabalho.

Ou seja, em outras palavras, se verificada uma alta elasticidade compensada, o resultado do estudo indicaria que o salário tem um efeito substancial sobre o esforço de trabalho, o que culminaria em uma redução das horas trabalhadas se os rendimentos salariais sofressem perdas pelo imposto de renda. Por outro lado, uma baixa elasticidade compensada indica que o esforço do trabalho não é muito afetado por mudanças salariais, de modo que a redução nos rendimentos do trabalhador não causaria uma diminuição significativa nas horas trabalhadas (BANKMAN; GRIFFITH, 1987).

Como resultado, descobriu-se a baixa taxa de elasticidade compensada, variável de 0,1 a 0,3, em relação ao trabalho para homens de todas as classes de renda. Esclareceu-se, ademais, que o corte de impostos com vistas a aumentar os salários em 10%, ocasionaria o aumento da oferta de mão de obra em menos de 3%.

De modo semelhante, pesquisa realizada em 1995, concluiu pela existência da baixa elasticidade na oferta de trabalho, compreendida entre 0,1 e 0,2, relativamente ao impacto ocasionado pela tributação. Para chegar a essa conclusão, o referido estudo analisou o efeito da tributação na quantidade de horas trabalhadas (BLUNDELL *apud* PIKETY, 2015).

Observa-se, portanto, que a baixa influência do imposto de renda progressivo na economia. Ademais, as estimativas modestas de como a maioria dos indivíduos respondem às mudanças na taxa salarial sugerem que o trabalho é mais condicionado pelas forças e costumes sociais do que pelos salários (BANKMAN; GRIFFITH, 1987).

Assim sendo, a progressividade do imposto consubstancia-se como um meio de redução das desigualdades, tendo em vista a observância ao respeito à livre concorrência e à propriedade privada, ao mesmo tempo que modifica os incentivos privados de forma previsível e contínua através de normas legais aprovadas democraticamente em um

Estado de Direito. Observa-se, pois, os ditames da justiça social aliados à liberdade individual (PIKETTY, 2014).

Por outro lado, utilizando-se da teoria da justiça distributiva, deve-se consignar que um projeto de distribuição de riquezas não logrará êxito se pautado apenas na tributação progressiva, razão pela qual o gasto governamental deve ser utilizado como aliado da tributação justa (MELLO, 2010).

Portanto, observa-se que a reforma das alíquotas do imposto de renda incidente sobre pessoa física, com vistas a aumentar a sua progressividade, é um instrumento eficiente para a promoção da diminuição da concentração de renda. Todavia, para ser mais eficiente, essa reforma deve incluir como renda tributável àquela advinda dos lucros e dividendos.

4 CONCLUSÕES

O princípio da capacidade contributiva está expressamente previsto no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, razão pela qual o Poder Legislativo deve priorizar a edição de leis infraconstitucionais instituidoras de impostos progressivos. Nesse sentido, o imposto somente não levará em consideração a capacidade contributiva do sujeito passivo quando constatada a impossibilidade da sua aferição.

Especificamente quanto aos impostos incidentes sobre a renda e proventos de qualquer natureza, a Constituição Federal fixa, em seu artigo 153, inciso III e § 2º, inciso I, um perfil progressivo. Assim sendo, mesmo que a Constituição autorize a instituição de impostos regressivos, essa permissibilidade não se aplica ao imposto de renda.

Entretanto, muito embora a Constituição prime pela progressividade, a tributação majoritariamente regressiva ainda subsiste no sistema tributário brasileiro, fato esse que contribui para a verificação de forte desigualdade social. Contrariamente a um sistema tributário justo, do qual a progressividade e a tributação materialmente isonômica

das rendas são características, a injustiça fiscal mostra-se fofamente presente em ordenamentos como o nosso.

A reforma do imposto de renda deve considerar que uma parcela significativa dos rendimentos das camadas sociais mais altas é oriunda da propriedade do capital e, quando não é isenta da tributação, submete-se a alíquotas lineares mais baixas, fato este que ocasiona a incidência de uma alíquota efetiva reduzida. Assim sendo, é de fundamental importância a ampliação da base tributável, de forma a incluir parcelas de rendimentos atualmente isentas, a exemplo dos lucros e dividendos.

Para fins de maior grau de eficiência, a ampliação dessa base tributável de renda deve combinar a instituição de novas alíquotas a incidir sobre rendas mais elevadas, como a tributação dos lucros e dividendos. As novas alíquotas a serem criadas devem sempre estar compreendidas acima da alíquota de 27%, com vistas a promover uma maior progressividade no sistema tributário, a qual, importa salientar, ocasiona uma baixíssima influência negativa na economia.

Nesse exato sentido, utilizando-se da pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, propõe-se a criação de uma alíquota adicional de 35% a incidir sobre rendas elevadas – acima de R\$ 325 mil -, aliada à submissão dos dividendos à nova tabela. Se instituída essa reforma, seria gerada uma receita adicional de R\$ 72 bilhões, reduziria a desigualdade em 4,32% e atingiria cerca de 1,2 milhão de pessoas.

Portanto, diante de tudo o aqui apresentado, conclui-se que a reforma das alíquotas e da faixa de isenção do imposto de renda da pessoa física pode ser utilizada como um instrumento de justiça fiscal. A instituição de alíquota superior a 27,5%, a incidir em vultuosos rendimentos, cumulada com a tributação dos ganhos de capital é meio apto a diminuição das desigualdades e, portanto, de valorização da justiça fiscal.

Concretizada a justiça fiscal, talvez a frase de Albert Einstein, presente no epílogo deste trabalho, se torne uma certeza do passado e

as pessoas passem a entender a importância do dever fundamental de pagar impostos.

REFERÊNCIAS

Análise da Arrecadação das Receitas Federais. **Receita Federal**, jul. 2018. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2018/julho2018/analise-mensal-jul-2018.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

BANKMAN, Joseph; GRIFFITH, Thomas. Social Welfare and the Rate Structure: a new look at progressive taxation. **California Law Review**, Califórnia, p.1905-1967, dez. 1987.

Carga Tributária Brasileira: Análise por Tributos e Bases de Incidência. **Receita Federal**, dez, 2017 Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-eaduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO, Cristiano. **Análise Econômica da Tributação**. In: **Direito e Economia no Brasil**. TIMM, Luciana Benetti (org). São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. [s. L.]: Gen, 2014. 236 p.

GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. **Progressividade Tributária: a agenda negligenciada**. 2016. IPEA. Disponível em: <http://desafios2.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_2190.pdf>. Acesso em: 22 set. 2018. p.8.

MANKIW, N. Gregory; WEINZIERL, Matthew Charles; YAGAN, Danny Ferris. **Optimal taxation in theory and practice**. Journal of Economic Perspectives, 2009.

MARIA, Elizabeth de Jesus; LUCHIEZI JR., Álvaro (org.). **Tributação no Brasil: em busca da justiça fiscal**. Brasília: [s.n.], 2010.

MELLO, Lineu de Albuquerque. Progressividade do Imposto de Renda no Brasil. In TORRES, Heleno Taveira (Coord.) **Direito tributário e ordem econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MIRRLEES, James Alexander. An Exploration in the Theory of Optimum Income Taxation. **The Review Of Economic Studies**, [s. L.], v. 38, n. 2, p.175-208, abr. 1997. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0034-6527%28197104%2938%3A2%3C175%3AAEIT-TO%3E2.0.CO%3B2-V>>. Acesso em: 20 set. 2018.

MITA, Enrico de. O Princípio da Capacidade Contributiva. In: FERRAZ, Roberto (Org.). **Princípios e Limites da Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Pesquisa de Orçamentos Familiares 2008-2009. **IBGE**, Diretoria de Pesquisa, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv50063.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

_____. Thomas. **A economia da desigualdade**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz e (Coord.). **Tributação de Lucros e Dividendos no Brasil: uma perspectiva comparada**. 2015. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/ibet-antigo/wp-content/uploads/2016/02/Tributacao-de-lucros-edividendos.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de; MEDEIROS, Marcelo. **The concentration of income at the top in Brazil, 2006 - 2014**. 2017. Disponível em: <http://www.ipcundp.org/pub/eng/WP163_The_concentration_of_income_at_the_top_in_Brazil.pdf>. Acesso em: 09 set. 2018.

VIANNA, Pedro Jorge Ramos. **Teoremas sobre elasticidade**. 2011. Disponível em: <<http://www.econometrix.com.br/pdf/946cc743e4b30e489b4a7efceadb944cdfd899f3.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

REFORM OF THE INCOME TAX ALLOCATION OF THE NATURAL PERSON: AN INSTRUMENT OF FISCAL JUSTICE?

ABSTRACT

The present academic work aims at contributing to provide the response to the following question: can the reform of rates be an instrument of fiscal justice? In what way? In this context, the impact of progressivity and regressivity tax principles, on legal order, will be studied. All these aspects will be taken

into account to proposing the introduction of means for reforming rates with the purpose of reducing social inequalities and the consequent establishment of a tax system of which social justice is a pillar. Given this approach, it can be noticed the creation of a contribution range above 27%, to be levied on large incomes, together with profits and dividends taxation, already exempt today, as well as the exemption range updating of such tax, in a skillful means for this context.

Keywords: Income tax of the individual. Reform. Tax justice.

A ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PÓS-REFORMA TRABALHISTA

Dominick Luzolo Veloso Bongo¹
Suévylla Byanca Amorim Pereira²

RESUMO

O presente artigo visa explanar acerca dos avanços e entraves ocorridos no campo laboral atinentes à arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos, com a finalidade de elucidar as principais alterações no mercado de trabalho advindas da Lei da Reforma Trabalhista 13.467/2017, trazendo à baila a previsão de solução de litígios envolvendo contratos individuais, utilizando-se, pois, da figura de um árbitro para dirimir os embates, o qual pode ser escolhido livremente pelas partes. Dessa maneira, busca-se enaltecer, de igual modo, a figura do trabalhador hiperssuficiente, contemplado com maior autonomia nas relações institucionais e, principalmente o campo aberto da mitigação dos princípios da indisponibilidade e da autonomia da vontade envolvendo a temática. Nesse viés, menciona-

1 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão.
Email: dominickluzolo@hotmail.com

2 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão.
Email: s.byanca@hotmail.com

se sobre o instituto jurídico da arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho. A abordagem foi feita basicamente por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com a utilização do método dedutivo e procedimento técnico de análise textual, temática e interpretativa, além da análise de conteúdo das leis existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chaves: Arbitragem. Reforma Trabalhista. Trabalhador Hiperssuficiente. Indisponibilidade. Autonomia de Vontade.

1 INTRODUÇÃO

É notório as perspectivas e molduras que o campo do Direito vem passando, principalmente no tocante às legislações engessadas sob o prisma das formas de solução de conflitos exemplificadas através da mediação, conciliação (método da autocomposição) e arbitragem (método da heterocomposição). Nesse sentido, merece destaque a explanação da arbitragem, advinda da Lei 9.307/96, que vem ganhando contornos cada vez mais marcantes em diversas vias, utilizando a figura de um árbitro - o qual é escolhido pelas próprias partes - tendo poder decisório vinculado tal qual a decisão judicial.

Sendo assim, é válido trazer em xeque o cenário das relações trabalhistas como um dos principais âmbitos de ocorrência de conflitos, e que, como forma de dirimi-los e garantir uma maior celeridade no trâmite, carrega consigo inovações tanto na legislação material, quanto processual no tocante ao modelo arbitral. Desse modo, aponta-se que a Constituição Federal, desde 1988, já estatuiu a figura da arbitragem no que diz respeito aos conflitos coletivos (art. 114, §2º), da mesma forma que a Lei de Greve 7.783/1989 esculpe. Todavia, a arbitragem

não encontrava ensejo para aplicação em caso de conflitos individuais, o que ganhou respaldo legal com a entrada em vigor da Lei da Reforma Trabalhista 13.467/2017, a qual admite tal possibilidade, desde que prevista a disposição de cláusula compromissória no contrato.

Não obstante, nota-se que tais avanços auxiliam o andamento eficaz, ocasionando a diminuição da carga judicial, haja vista que essas resoluções são pautadas no âmbito extrajudicial, a fim de minimizar o acúmulo processual na Justiça do Trabalho. Com isso, observa-se que essa atualização laboral tem vasta extensão, ao passo que implanta a figura do trabalhador hiperssuficiente, garantindo amplitude de autonomia, deixando-se de valer-se da obrigatoriedade da tutela estatal para regulamentação.

A análise do referencial teórico pautou-se na revisão bibliográfica, utilizando-se de doutrina, trabalhos acadêmicos relacionados ao tema, legislações específicas e análise jurisprudencial.

E, por fim, os relatos das principais ponderações da utilização da arbitragem como meio alternativo e sua aplicação no âmbito do Direito do Trabalho. Enfatizando que, por ser uma inovação na seara trabalhista, é importante que o Judiciário continue atento a esses conflitos e que os árbitros estejam extremamente preparados para participar de forma efetiva buscando a garantia dos direitos dos trabalhadores.

2 A ARBITRAGEM COMO FORMA DE PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E EMPREGO

Com os traços evolutivos que permeiam a sociedade, as relações vêm difundindo mais conflitos, tendo em vista as diferenças e práticas de cada indivíduo. Nesse espaço, é necessário harmonia e soluções para amenizar esse cenário complexo. É nesse viés que a incorporação e difusão dos métodos alternativos de solução de conflitos nas relações jurídicas têm ganhando ênfase na forma de auxiliar o Estado na pacificação de dissídio, estando dotada de celeridade, objetividade,

flexibilidade, economia, discrição, informalidade, sendo dotada de força vinculante. (MOREIRA, 2018)

Em vista disso, o principal meio de destaque na análise em questão é o da arbitragem, que é definida como:

“A arbitragem é uma técnica alternativa de solução de conflitos, regulada pela lei 9.307/96, e que pode ser utilizada pelas pessoas capazes de contratar naqueles litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A escolha pela arbitragem é feita pelas partes, por meio da inserção de cláusula compromissória em contrato ou, ainda, em documento separado e posterior, denominado compromisso arbitral”. (BERNARDES, 2017)

Nesse condão, entende-se que a arbitragem utilizada no Direito brasileiro diz respeito a um meio facultativo no contorno de conflitos, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), ressaltando que os objetos de regulação residem nos direitos patrimoniais disponíveis, os quais são alienáveis e passíveis de transação. Assim, diz-se que não se pode obrigar alguém, contra sua vontade, a aceitar o procedimento arbitral. (GUERRA, 2013)

É necessário frisar que a arbitragem é vista como uma forma alternativa porque, de acordo com os moldes do Estado Democrático de Direito, a figura da jurisdição é expressão do poder soberano estatal. Assim, por não haver interferência direta do poder jurisdicional, há espaço para a incidência de modalidades não-jurisdicionais de pacificação social. (AURELIANO, 2012)

Entretanto, aponta-se que a inserção desses métodos - em especial o da arbitragem - no deslinde das relações envolvendo o poder judiciário, encontrou diversas barreiras, sobretudo, pela falta de incentivo. Desse modo, verifica-se que a Lei 9.307, instituída desde 1996, já previa o instituto das câmaras de conciliação prévia, mas não houve apoio direto da Justiça. (MOREIRA, 2018)

Contudo, tal barreira vem sendo superada, ganhando uma nova roupagem nos trâmites laborais, com a ideia de alcançar maior efetividade e rapidez nas lides. Dentre as novidades, pode-se destacar que:

“(...) a prevalência do negociado sobre o legislado, inserção de cláusulas de mediação, homologação de acordo extrajudicial, termo de quitação anual perante o sindicato, livre estipulação do trabalho e limitação negociação para quem ganha acima de duas vezes o teto da previdência, Cláusula Arbitral na contratação de autônomo ou para quem auferir remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social desde que seja por sua iniciativa prevalecendo a autonomia da vontade”. (MOREIRA, 2018)

Com isso, atenta-se ao aparato fixado através da Lei 9.307/96, a qual descreve que o acordo realizado entre os envolvidos na solução do conflito através do juízo arbitral é caracterizado como convenção de arbitragem, podendo ser materializada de duas formas: a primeira é através de uma cláusula compromissória (art. 4º), que corresponde a um acordo realizado previamente junto ao contrato, onde se comprometem em submeter à arbitragem eventuais conflitos que possam surgir daquele pacto. Tal cláusula, em caso de nulidade, continuará válida e eficaz, pois tem existência independente/autônoma em relação ao contrato. A segunda resulta de um compromisso arbitral (art. 9º), onde as partes acordam em submetê-lo à arbitragem, já havendo litígio e inexistindo cláusula arbitral, podendo ocorrer tanto na via judicial quanto extrajudicial. (AURELINO, 2012)

Destarte, entende-se que o escopo principal da aplicação da arbitragem não é suceder o Estado no que diz respeito ao monopólio da jurisdição, mas, se apresentar como uma ferramenta auxiliar, que poderá ser escolhida pelas partes para dirimir algumas espécies de conflitos, aliviando o trabalho do Poder Judiciário, o qual ficará mais desafogado

para resolver as demais questões que ficarão sob a sua responsabilidade. (GUERRA, 2013)

3 A REFORMA TRABALHISTA E A CONFIGURAÇÃO DO TRABALHADOR HIPERSSUFICIENTE

A Lei 13.467/2017 responsável pela reforma da Consolidação das Leis do Trabalho trouxe em seu art. 444 aspectos importantes sobre a figura do trabalhador hiperssuficiente, conforme demonstrado:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (BRASIL, 2018)

O artigo 444, por sua vez, propõe a possibilidade das relações empregatícias serem livres entre as partes que o componham, no entanto, não podem ir contra as disposições protetivas de trabalho, tampouco o que está previsto nos contratos coletivos. Nesse sentido, o dispositivo acima mencionado aborda as características que qualificam um trabalhador para que ele possa ser considerado hiperssuficiente, tais como: diploma de curso superior, salário equivalente a onze salários mínimos ou duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

Nesse contexto, se faz necessário trazer a descrição contida no artigo 661-A, instituída pela Reforma Trabalhista, a qual impõe que a convenção coletiva e o acordo coletivo devem prevalecer sobre a legislação quando o tema for jornada de trabalho, intervalo intrajornada e regulamento empresarial (NOVAES, 2018):

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre (BRASIL, 2018):

I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II – banco de horas anual;

III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – tele trabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de insalubridade

XIII- prorrogação de jornada em locais insalubres sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.

Nesse contexto, observa-se que a possibilidade de negociação e a liberdade para estabelecer novos padrões de jornada, bancos de horas, intervalo, participação de lucros e outros pontos, não ocorre entre os obreiros que recebem salários mais baixos. Nesse caso, mantém-se a figura do sindicato na discussão sob condições de trabalho, no qual através dele que acordos coletivos são fechados. Diante disso, a grande flexibilidade trazida pela Reforma Trabalhista tende a ocasionar riscos para a tutela do obreiro, pois muitos direitos poderão ser ceifados diante da simples manifestação de vontade dos envolvidos.

Dessa forma, compreende-se que o legislador entendeu que o fato do trabalhador hiperssuficiente ter uma remuneração maior, aliado ao fato de portar diploma de nível superior, faz com que ele não seja subordinado ao empregador. Com isso, o artigo 507-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, fala da utilização da Arbitragem como método extrajudicial para a solução de conflitos, onde a decisão será tomada por um terceiro imparcial distinto do magistrado, onde o trabalhador hiperssuficiente poderá participar sem a presença de um sindicato, mediante cláusula compromissória:

507-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, que implementa a possibilidade de se instituir a arbitragem quando se tratar de empregado hiperssuficiente: Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei n o 9.307, de 23 de setembro de 1996. (BRASIL, 2018)

Diante disso, presume-se que o indivíduo considerado hiperssuficiente está em igualdade com o empregador para participar das devidas negociações. Um dos pontos positivos da arbitragem é que as partes elegem conjuntamente o árbitro que analisará o conflito,

possuindo assim, uma maior liberdade durante o procedimento, seja em razão da forma, da escolha de datas para se reunirem, do sigilo, ou dentre outras situações. (MOREIRA, 2018)

Entretanto, por mais que a norma mencione que o interesse deve partir do empregado, há controvérsias no que diz respeito à vulnerabilidade do trabalhador, pois, embora esse receba um salário superior, ainda encontra-se submetido às pressões advindas do superior hierárquico para que não seja demitido. Nesse condão, dentre as críticas a respeito do tema, elucida-se o fato da arbitragem versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, trazendo incompatibilidade com o campo o Direito do Trabalho, haja vista que esse se configura como indisponível e irrenunciável, tendo em vista a própria essência da relação trabalhista que possui um determinado desequilíbrio entre as partes.

Assim, entende-se que este não é um método recomendável para solucionar conflitos nas relações empregatícias. Nesse sentido, a reforma trabalhista mitiga diversos direitos que, até então eram proporcionados ao trabalhador, enfraquecendo desse modo, a Justiça do Trabalho, e trazendo obstáculos ao acesso dessa camada que necessita de maior proteção. (NOVAES, 2018)

Todavia, parte da doutrina aduz que, tanto os casos envolvendo direito coletivo quanto os relacionados aos direitos individuais, podem incidir a Lei n. 9307/96, que é plenamente aplicável à arbitragem trabalhista. Essa corrente afirma que os críticos da arbitragem trabalhista excluem determinados ordenamentos jurídicos do campo da arbitragem como as controvérsias individuais de trabalho, pois onde a Lei não restringe, o intérprete não pode fazê-lo. (SANTOS, 2017)

Outro ponto bastante contundente para defesa da aplicação da arbitragem aos conflitos empregatícios resulta da análise do art. 25 da Lei n. 9307/96 que traz a seguinte ideia:

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade

competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem. (BRASIL, 2018)

Dessa forma, segundo esse entendimento doutrinário, não teria motivo para haver resistência na aplicação da arbitragem aos conflitos entre empregado e empregador, tendo em vista que a lei de arbitragem preserva o acesso ao judiciário em casos de controvérsias sobre direitos de indisponíveis.

4 A MITIGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE E DA AUTONOMIA DA VONTADE NA SEARA TRABALHISTA

O princípio da indisponibilidade de direitos é consagrado no art. 9º da CLT, o qual expõe que são nulos os atos praticados com o intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar os preceitos determinados pela CLT. Este princípio, por sua vez, torna os direitos dos trabalhadores indisponíveis, inderrogáveis e irrenunciáveis, trazendo um importante mecanismo de proteção ao obreiro em face da pressão exercida pelo empregador que, por diversas situações pode utilizar-se de mecanismos de coação, induzindo o trabalhador a dispor contra a vontade de direitos conquistados pelo seu trabalho. (SARAIVA; SOUTO, 2018)

Já o princípio da autonomia da vontade é princípio basilar na Teoria Geral dos Contratos, a qual afirma que o contrato é lei entre as partes, *pacta sunt servanda*, ou seja, as partes são capazes de dispor livremente pelos seus próprios interesses. No entanto, o contrato de trabalho é um tipo diferenciado de contrato em razões de vários motivos, dentre eles, aponta-se o fato de existir uma condição de fragilidade entre empregado e empregador que possui uma ampla normatividade de tutela dos seus direitos através de leis, jurisprudências, súmulas, convenções

coletivas e sentenças normativas, dando um caráter quase público ao contrato de trabalho. (VALE, 2017)

A jurisprudência brasileira ao longo dos anos tem mostrado-se resistente em relação à aplicação da arbitragem na seara trabalhista pelo fato de que a arbitragem dispõe de direitos disponíveis e não de direitos indisponíveis, como é o caso do Direito do Trabalho, reconhecendo a vulnerabilidade do empregado em face do empregador, consoante se observa:

RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. 1. Não há dúvidas, diante da expressa dicção constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), de que a arbitragem é aplicável na esfera do Direito Coletivo do Trabalho. O instituto encontra, nesse universo, a atuação das partes em conflito valorizada pelo agregamento sindical. 2. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, contudo, outro será o ambiente: aqui, os partícipes da relação de emprego, empregados e empregadores, em regra, não dispõem de igual poder para a manifestação da própria vontade, exsurgindo a hipossuficiência do trabalhador (bastante destacada quando se divisam em conjunção a globalização e tempo de crise). 3. Esta constatação medra já nos esboços do que viria a ser o Direito do Trabalho e deu gestação aos princípios que orientam o ramo jurídico. O soerguer de desigualdade favorável ao trabalhador compõe a essência dos princípios protetivo e da irrenunciabilidade, aqui se inserindo a indisponibilidade que gravará a maioria dos direitos – inscritos, quase sempre, em normas de ordem pública – que amparam a classe trabalhadora. 4. A Lei nº 9.307/96 garante a arbitragem como veículo para se dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis- (art. 1º). A essência do instituto está adstrita à composição que envolva direitos patrimoniais disponíveis, já aí se inserindo óbice ao seu manejo no Direito Individual do Trabalho (cabendo rememorar-se que a Constituição Federal a ele reservou apenas o espaço do Direito

Coletivo do Trabalho). 5. A desigualdade que se insere na etiologia das relações de trabalho subordinado, reguladas pela CLT, condena até mesmo a possibilidade de livre eleição da arbitragem (e, depois, de árbitro), como forma de composição dos litígios trabalhistas, em confronto com o acesso ao Judiciário Trabalhista, garantido pelo art. 5º, XXXV, do Texto Maior. 6. A vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-1020031-15.2010.5.05.0000, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 23.03.2011)³

Nesse diapasão, para Robert Alexy (2008), havendo colisão entre dois princípios, em uma determinada situação, um desses deverá ceder. Contudo, isto não quer dizer que o princípio preterido deverá ser declarado inválido, e sim que, em determinados casos, um princípio tem prioridade sobre o outro. No entanto, em uma situação diferente, a questão poderá ser resolvida de forma oposta. Dessa forma, aponta-se que:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem preferência em face do outro (ALEXY, 2008, p. 96).

3 TST - RR: 890008520085020022 89000-85.2008.5.02.0022, Relator: Alberto

Nessa toada, pode-se perceber que, embora a nova reforma trabalhista tenha dado uma vasta autonomia para os trabalhadores hiperssuficientes negociarem independentemente com os empregadores, o princípio da indisponibilidade deve prevalecer no caso concreto, tendo em vista sua característica basilar de ser considerado o princípio norteador das relações trabalhistas.

5 CONCLUSÃO

O advento da Lei nº 13.467/2017, disciplinou a reforma trabalhista que mudou inúmeros dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas, trazendo uma nova figura, como a do trabalhador hiperssuficiente, que por possuir uma renda maior e diploma de ensino superior, passou a ter maior liberdade nas negociações, inclusive na Arbitragem. A arbitragem é um meio de solução extrajudicial onde existe a figura de um árbitro escolhido entre as partes para trazer soluções para os problemas apresentados. A doutrina brasileira sempre apresentou resistência em relação à arbitragem trabalhista, mas, com a nova reforma na CLT, isso se tornou uma realidade cada vez mais próxima para a solução das lides.

Dentre os que criticam a reforma, no que tange à arbitragem, a afirmação que prospera é que essa regula apenas disponíveis e renunciáveis, o que representa o oposto do Direito trabalhista, em que pese o trabalhador, apesar da alta remuneração e qualificação profissional, ainda possa ser considerado vulnerável em uma relação que tende ao desequilíbrio, pelo fato de ainda existir uma relação de subordinação entre empregado e empregador, podendo assim, resultar na inibição na busca de direitos.

Por outro lado, os que defendem sustentam que a Lei da Arbitragem é bem clara quando dispõe acerca de casos que suscitam controvérsias sobre os direitos indisponíveis, onde esses serão levados para apreciação do Poder Judiciário, preservando assim, os direitos dos trabalhadores. Dessa forma, verifica-se que a arbitragem ocasionaria redução na sobrecarga do Judiciário brasileiro.

Em suma, tendo em vista o exposto, aduz-se que a Reforma Trabalhista trouxe inúmeras controvérsias em torno da liberdade e autonomia nas relações laborais e, embora a arbitragem seja um meio muito mais célere para a resolução de conflitos, a vulnerabilidade natural do empregado, ocasionado pela subordinação com o empregador, pode colocar em xeque a solução justa da lide e a preservação dos direitos do trabalhador. Portanto, é necessário que o Judiciário continue atento a estes conflitos e que os árbitros estejam extremamente preparados para participar de forma efetiva buscando a que garantia dos direitos dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AURELIANO, Mathews Augusto Cavalcante. **ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: contextualização histórica, interpretação legal e aplicação no ordenamento jurídico**. Disponível: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3507/1/PDF%20-%20Mathews%20Augusto%20Cavalcante%20Aureliano.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2018

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5452, de 1 de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho In: Vade Mecum, 25 ed. Atual e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996.** Lei da Arbitragem. In: Vade Mecum, 25 ed. Atual e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2018.

BERNADES, Camila Fernandes Santos. **APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.** Disponível: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b056eb1587586b71>. Acesso em 09 dez. 2018

GUERRA, Luciene Cristina de Sene Bargas. **A arbitragem nos conflitos individuais do trabalho.** Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, RS, v. 9, n. 162, p. 93-116, nov. 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/77699>. Acesso em 09 dez. 2018.

NOVAES, Thaynara de Lima. **A reforma trabalhista, o trabalhador hipersuficiente e os princípios da indisponibilidade e da proteção.** Disponível em: <http://tcconline.utp.br/media/tcc/2018/08/A-REFORMA-TRABALHISTA-O-TRABALHADOR-HIPERSUFICIENTE-E-OS-PRINCIPIOS-DA-INDISPONIBILIDADE-E-DA-PROTECAO>. Acesso em: 11 dez. 2018.

MOREIRA, Adriano Januzzi. **Mediação e arbitragem no cenário trabalhista atual: mudança de paradigma na pacificação dos conflitos.** Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 29, n. 352, p. 64-82, out. 2018. Disponível: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/126573>. Acesso em: 09 dez. 2018

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Aplicabilidade da arbitragem nas lides individuais de trabalho.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/24/aplicabilidade-da-arbitragem-nas-lides-individuais-de-trabalho/>. Acesso em 11 dez. 2018.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do Trabalho Concursos públicos**. 20 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

VALE. **Diego Siqueira Rebelo. A autonomia da vontade nas relações de trabalho e o espírito da reforma trabalhista**. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/a-autonomia-da-vontade-nas-relacoes-de-trabalho-e-o-espírito-da-reforma-trabalhista/154081>. Acesso em: 11 dez. 2018

ARBITRATION AS A CONFLICT SOLUTION METHOD AFTER LABOR REFORM

ABSTRACT

This article aims to explain the advances and obstacles in the labor field regarding arbitration as an alternative method of conflict resolution, with the purpose of elucidating the main changes in the labor market arising from the Labor Reform Law - 13.467/2017, bringing to the the provision of litigation involving individual contracts is based on the use of an arbitrator to resolve disputes, which can be freely chosen by the parties. In this way, it seeks to enhance, in the same way, the figure of the hypersufficient worker, contemplated with greater autonomy in institutional relations, and especially the open field of mitigation of the principles of unavailability and autonomy of the will involving the thematic. In this bias, we mention the legal institute of arbitration in the scope of Labor Law. The approach was basically done through bibliographical and

documentary research, using the deductive method and technical procedure of textual, thematic and interpretative analysis, as well as the content analysis of existing laws in the Brazilian legal order.

Keywords: Arbitrage. Labor Reform. Hypersufficient Worker. Unavailability. Autonomy of Will.



AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: REFLEXÕES ACERCA DO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NAS DEMANDAS PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS

Evandro Silva de Souza¹
Flávia Pereira Hill²

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 reuniu no gênero “produção antecipada de provas”

1 Acadêmico do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Email: evandro.direitouerj@gmail.com

2 Professora Orientadora. Doutora em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ e pesquisadora visitante na Università degli Studi di Torino (Itália). Professora Adjunta de Direito Processual Civil da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Oficial Titular do Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais e Interdições e Tutelas. Redatora-Chefe e membro do Conselho Editorial da Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), Membro da “Associazione Italiana di Diritto Comparato” (AIDC), Membro da Associação Brasileira de Editores Científicos (ABEC- Brasil), Delegada Central para Assuntos Acadêmicos e Membro do Conselho de Ética da Associação de Registradores Cíveis de Pessoas Naturais - Arpen/RJ. Revisora da Revista Direito e Democracia (Universidade do Noroeste do RS - Unijuí), da Revista Novos Saberes (Universidade Católica de Santa Catarina), da Revista do Direito Público (Universidade Estadual de Londrina/PR), da Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP, da Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa/MG e da Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina/PR, Membro da Comissão de Mediação da OAB/RJ e da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas (Redihpp), Professora do curso regular e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

distintas modalidades de demandas probatórias antecipadas, eliminando, em regra, sua natureza cautelar e conferindo-as, portanto, qualidade de demandas probatórias autônomas. Todavia, não se atentou o legislador, quando da regulamentação, à necessidade de que fossem estabelecidas certas especificidades procedimentais que considerassem a natureza jurídica distinta que tais hipóteses ostentam. Por conseguinte, houve generalização inclusive de restrições ao exercício do contraditório e ao duplo grau de jurisdição, as quais têm sido alvo de intenso debate doutrinário. Nesse contexto, o presente trabalho teve por escopo analisar em que medida doutrina e jurisprudência têm contribuído na busca por soluções adequadas à resolução das questões práticas que emergem dessa nova previsão. Percebemos na jurisprudência, de forma majoritária, forte tendência à interpretação estritamente literal dos dispositivos legais que regulam a matéria, em detrimento da necessidade de que as normas relativas ao procedimento sejam interpretadas à luz da sistemática geral adotada no diploma processual vigente, como meio de promoção das garantias processuais. Há, dessa forma, potencial comprometimento da garantia de uma prestação jurisdicional justa, atinente a um modelo constitucional de processo, tão caro ao Estado democrático de direito.

Palavras-chave: Produção antecipada de provas. Contraditório. Duplo grau de jurisdição.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), ponto de grande relevo é a reconfiguração das hipóteses de cabimento da ação de produção antecipada da prova.

Embora a possibilidade de antecipação de provas não seja novidade em nosso ordenamento processual, constitui na sistemática vigente, segundo a doutrina mais abalizada, gênero no qual são reunidas diversas hipóteses voltadas à colheita de provas que, em sua maioria, independem do requisito de urgência, típico do extinto processo cautelar a que eram submetidas quando da vigência do CPC/1973.

Nessa perspectiva, a nova previsão alinha-se ao reconhecimento do direito autônomo à prova, distinguindo-o do direito de provar, na medida em que a prova passa a ser concebida, em determinadas situações, como um fim em si mesma, e, portanto, não mais restrita à sua aceção enquanto meio direcionado a evidenciar a legitimidade na busca pela prestação jurisdicional.

Não há na ação de produção antecipada da prova valoração das evidências colhidas em juízo. Não havendo, portanto, juízo de convicção do magistrado com declaração de existência ou inexistência de qualquer relação jurídica.

Destarte, a produção antecipada da prova, enquanto sede das demandas probatórias autônomas, vem ao encontro do defendido pela doutrina que, em uma perspectiva de constitucionalização do processo, alude que o direito probatório autônomo deriva da garantia fundamental de acesso à justiça, assegurada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Tal construção parte do pressuposto de que a prova tem por destinatário não apenas o órgão julgador, mas também os demais sujeitos processuais interessados na demanda.

Ocorre que, não obstante a evolução introduzida pela nova configuração legal do direito probatório autônomo, algumas questões de ordem têm surgido, fruto da generalização do procedimento previsto

pelo legislador, o qual não considerou as distinções de natureza jurídica das espécies ali reunidas.

Em virtude disso, há previsão de restrições expressas ao exercício do contraditório e à recorribilidade das decisões nessa matéria, o que têm gerado profundas divergências doutrinárias no que se refere à aplicabilidade de tais dispositivos.

Isto posto, buscaremos - a partir da análise e identificação das principais correntes doutrinárias que têm se debruçado sobre essa temática, bem como de levantamento jurisprudencial - delinear as principais estratégias elencadas para contornar os problemas oriundos de tais restrições, e avaliar, ainda que brevemente, em que medida os tribunais têm considerado tais contribuições.

2 A NOVA SISTEMÁTICA DA AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Sob o título “Da Produção Antecipada da Prova”, o CPC/2015 reúne, em seus artigos 381 a 383, distintas hipóteses de demandas probatórias autônomas, ampliando consideravelmente o âmbito de cabimento da ação frente à previsão do CPC/1973, no qual o procedimento consistia unicamente em meio de assecuração da prova³.

Entretanto – embora evidente a intenção do legislador de readequar a regulamentação da ação de produção antecipada de provas,

3 “Restringia-se a produção antecipada de provas às hipóteses de conservação da prova, sempre visando a garantia de utilização na ação que discutiria o mérito da relação material em momento posterior; jamais de forma desvinculada a uma outra ação. Em outras palavras, no contorno delimitado pelo CPC/73, a produção da prova na forma antecipada apenas se daria quando a parte comprovava o requisito da urgência” (CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. *Prova Antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da UFBA. Salvador, 2017. p. 50).

conferindo autonomia à tutela mediante ela requerida⁴, por meio da supressão do requisito de urgência⁵ – a antiga cautelar probatória, tal como concebida no diploma processual revogado, figura, ainda hoje, entre as hipóteses de cabimento da ação (art. 381, I do CPC/2015)

Prevê o dispositivo retrocitado espécie que tem por objetivo garantir a produção de prova útil a futuro processo de conhecimento, sob o

4 “O atual Código de Processo Civil brasileiro, ao que tudo indica, recepcionou a construção teórica no sentido de reconhecer uma espécie de direito autônomo à prova, o qual não se confundiria com o direito de provar, este último ligado essencialmente ao processo no qual se busca a declaração de um direito. Com efeito, na perspectiva do direito autônomo à prova seria possível dar amplitude ao direito à tutela jurisdicional de modo a permitir que o interessado, sem objetivar a declaração do direito material, se limite a postular a atuação estatal direcionada à busca, à obtenção e à produção de certa providência de instrução (RAATZ, Igor. *Pretensão à segurança da prova e produção antecipada da prova diante da urgência: uma grave confusão conceitual mantida pelo código de processo civil*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Volume 19. Número 3. Setembro a Dezembro de 2018).

5 Dentre as consequências positivas da retirada do requisito de urgência, a doutrina tem apontado o fomento à autocomposição. Nesse sentido: “A partir do momento em que as partes têm a oportunidade de conhecer as armas do seu adversário, são levadas a traçar suas estratégias processuais valendo-se de um arsenal maior de informações. Nota-se em outros ordenamentos uma tendência relativamente recente no sentido de utilizar as medidas probatórias com vistas à certificação fática, ou se obtém por intermédio de um compartilhamento de informações entre os litigantes. Acredita-se que o compartilhamento de todo o arsenal de informações importantes para o deslinde de uma controvérsia, favorece a composição e, assim, o desafogamento das instâncias judiciais” (GUIMARÃES, Filipe. *Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro*. Revista de Processo. n. 178, Revista dos Tribunais, 2009. p.129). No mesmo sentido: “Uma solução autocompositiva, quando alcançada anteriormente à obtenção, pelas partes, de informações necessárias respeito da situação conflituosa, pode ensejar a formalização de acordos absolutamente deletérios aos escopos do processo e da atividade jurisdicional” (LAUX, Francisco de Mesquita. *Relações entre a antecipação da prova sem o requisito de urgência e a construção de soluções autocompositivas*. Revista de Processo. n. 242, Revista dos Tribunais, 2015).

fundamento de risco capaz de comprometer sua produção oportunamente, configurando assim a urgência do pedido.

Há, deste modo, flagrante contrassenso à acepção da produção antecipada da prova enquanto demanda probatória autônoma⁶.

Nos incisos II e III do dispositivo, constam as modalidades relativas às demandas de descoberta de prova, que possuem inspiração no instituto conhecido como *discovery*, ou *disclosure*, presente nos sistemas de *common law*⁷. São elas cabíveis nos casos em que prova produzida possa vir a oportunizar a autocomposição ou outro meio alternativo de resolução de litígios, bem como nas hipóteses em que as evidências coletadas possam justificar ou evitar ajuizamento de ação futura.

Nos parágrafos 1º e 5º do art. 381, são previstas ainda como modalidades de demanda probatória autônoma o arrolamento de bens de natureza não contenciosa⁸ e a antiga cautelar de justificação⁹, respectivamente.

6 Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 243.

7 Idem.

8 O arrolamento de bens não contencioso já era defendido como hipótese de direito probatório autônomo. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. 2009. p. 436).

9 “Trata-se de medida que visa a produzir determinada prova a respeito da alegação de um fato ou de uma relação jurídica. A justificação não serve para simples assecuração da prova – nela se produz desde logo a prova pretendida. A justificação judicial tem por finalidade documentar determinada alegação de fato ou de existência ou inexistência de relação jurídica, seja pelo simples interesse na documentação, seja para que sirva oportunamente como prova em processo de qualquer espécie – judicial, administrativo, legislativo ou particular. Sua finalidade é a simples criação de prova. A justificação emprega o mesmo rito da assecuração da prova (embora com ela não se confunda), devendo o requerente apresentar, na petição inicial, a intenção específica da justificação, em manifestação circunstanciada” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHAT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2016. p. 485).

Na sistemática do CPC/1973, tanto a antiga cautelar de produção de provas, quanto a antiga ação de justificação, se prestavam à produção de prova oral, embora não se restringisse a esse meio de prova o espectro de cabimento da primeira. Sua distinção, em termos concretos, resumia-se à exigibilidade do requisito de urgência na cautelar de provas¹⁰. Nesse sentido, a unificação era defendida por parte da doutrina, devido à reconhecida superposição que havia entre os procedimentos¹¹.

Nessa esteira, na sistemática atual, a ação de justificação foi incluída entre as modalidades de produção antecipada de provas, independentemente do requisito de urgência.

3 TIPOS DE JURISDIÇÃO E EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO

Conforme dito alhures, a ausência de uma maior preocupação com as especificidades procedimentais requeridas pelas distintas naturezas jurídicas das demandas previstas como de “produção antecipada da prova” gerou certa generalização de tratamento, com implicações na viabilidade do exercício de importantes garantias processuais.

Dentre as diversas consequências, podemos identificar, na literalidade da previsão legislativa, a generalização à limitação do exercício do contraditório, princípio tão caro ao legislador do CPC/2015¹².

10 Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Produção antecipada de provas*. Coleção grandes temas do NCP: Direito Probatório. v. 5, Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 590.

11 “Outra via processual da qual se pode cogitar para o exercício do direito autônomo à prova consiste no arrolamento de bens. Sobre isso não parece haver dúvida, em primeiro lugar, de que referida medida se presta à função de documentar fatos, e, portanto, à tarefa de pré-constituir prova” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 436).

12 Sobre a importância da observação do contraditório pleno como regra, Leonardo Faria Schenk defende que, no modelo constitucional padrão de processo,

Nesse sentido, prevê o artigo 382, § 4º, do CPC/15, expressa vedação ao exercício do direito de defesa nas ações de produção antecipada de provas, inviabilizando a reação por parte do demandado, em contraponto ao entendimento, até então assentado na jurisprudência, que já lhe reconhecia a faculdade de defesa, ao menos, para alegação de ausência de condições da ação¹³.

Desta feita, embora a antiga ação de justificação, constante no artigo 381, § 5º, bem como a modalidade de arrolamento de bens não contencioso, prevista no art. 381, §1º, sejam encaradas como hipóteses de jurisdição voluntária – na qual majoritariamente defende a doutrina o não cabimento de citação para contestação, mas, tão somente, para a prática do ato requerido¹⁴ –, significativas divergências doutrinárias podem ser percebidas no que concerne à qualificação das demandas previstas no incisos I a III do art. 381 serem hipóteses de jurisdição voluntária ou casos típicos de jurisdição contenciosa, bem como no que diz respeito à relação de tais tipos de jurisdição com a possibilidade de exercício do contraditório.

o contraditório em sua plenitude é pressuposto essencial à garantia de uma prestação justa, a qual consiste na finalidade precípua do processo (SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. p. 150).

13 Nesse sentido, confira: YARSHELL, Flávio Luiz. *Da produção antecipada da prova*. In Breves comentários do código de processo civil. ALVIM, Teresa Arruda, et al. (Org.) 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1165.

14 Cabe salientar posicionamento de Flávio Luiz Yarshell, o qual defende, em contraposição à doutrina majoritária, que o contraditório seja efetivo até mesmo na hipótese em que a ação de produção antecipada de provas se destine à justificação (art. 381 § 5º). Critica, assim, o fato de o legislador ter previsto a ausência de participação dos interessados, segundo ele, equivocadamente limitada pela combinação dos arts. 381, § 5º e 382, § 1º – justificada por se tratar de medida administrativa, sem caráter contencioso. Aduz, ainda que não se poderia considerar a justificação pela perspectiva de que possuidora de caráter neutro, pois seria admitir ser ela incapaz de afetar a esfera jurídica de outrem, prejudicando a utilidade da prova – quer para a finalidade de convencimento do juiz, oportunamente, quer para estímulo das partes para finalidade de autocomposição (Cf. YARSHELL, Flávio Luiz, op. cit., 2009. p. 436.).

Grande parte da doutrina¹⁵ defende que todas as hipóteses de cabimento de ação de produção antecipada de provas referem-se a demandas de caráter sumário e não contencioso. Nessa perspectiva, ao juiz caberia apenas determinar, de ofício ou a requerimento, a citação dos interessados na produção da prova ou do fato a ser provado, bem como, desde já, designar audiência para a inquirição da testemunha ou interrogatório da parte, ou ainda determinação da produção da prova pericial. A citação, todavia, não para abriria prazo para apresentação de contestação¹⁶, à semelhança do que ocorreria quando a ação é voltada à justificação e ao arrolamento de bens não contencioso.

Interessante pontuar, entretanto, posicionamento de Fredie Didier¹⁷, o qual, embora entenda tratar-se de ações de jurisdição voluntária, afirma que o art. 382, § 4º deve ser interpretado à luz da conjuntura do ordenamento jurídico, de forma sistêmica, sendo a citação necessariamente para o exercício do contraditório. Argumenta o autor ser

15 Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. op. cit. p. 730; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHAT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2015. p. 212; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. p. 217; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. p. 935.

16 “Note-se que estes interessados não terão, neste procedimento, a oportunidade de se defenderem (art. 382, § 4.º), mesmo porque aqui, como já observado, a prova ainda não é produzida, mas apenas obtida. Assim, somente no processo em que aquela prova seja efetivamente produzida é que terá sentido alguma reação por parte desses interessados. Por isso, esses interessados não são citados para se defenderem, mas sim para participar da colheita da prova requerida pelo demandante e, eventualmente, para pedirem a produção de outras provas que se relacionem ao mesmo fato (art. 382, § 3.º). A citação, portanto, deve dar a esses interessados ciência a respeito do local e da data em que será colhida a prova antecipada, abrindo-lhes oportunidade para eventual pleito de realização das novas provas” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHAT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit. 2015. p. 212.

17 DIDIER JÚNIOR, Fredie. op. cit. p. 730.

incoerente que se permita que o juiz possa, ainda que de ofício, determinar a citação dos interessados, mas que estes não possam interferir na relação processual quando nela ingressarem.

Em sentido diametralmente oposto, corrente capitaneada por Flávio Luiz Yarshell¹⁸ defende que a atividade probatória antecipada, prevista nos incisos do art. 381, tem caráter jurisdicional (contencioso) e não administrativo. Aduz o autor que, embora não haja valoração da prova produzida, o simples fato de que a parte deve ser citada para apresentar documentos ou produzir prova em juízo já geraria o dever de observação ao contraditório, de modo a garantir a segurança jurídica.

Percebemos, entretanto, nos posicionamentos dos doutrinadores integrantes dessa corrente, certas nuances quanto às questões que poderiam ser suscitadas em sede de contestação.

Para Frank Gonçalves Nery, podem ser alegadas questões relacionadas à ausência de condições da ação, indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça e outras matérias de ordem pública¹⁹. No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim, acrescenta que, embora não seja permitido instaurar controvérsia sobre os fatos em si, na contestação é também possível contraditar testemunhas ou apontar o desrespeito a direitos fundamentais²⁰.

18 YARSHELL, Flávio Luiz, op. cit., 2009. p. 436.

19 “O réu poderá alegar na contestação incompetência absoluta e relativa, inépcia da petição inicial, litispendência, incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização, ausência de legitimidade ou de interesse processual, indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça e outras matérias de ordem pública. Entendemos também possível ao requerido alegar inclusive fato extintivo ao direito do autor, como pagamento e prescrição, pois não se deve tolerar a antecipação de prova sabidamente inútil. Com efeito, se o juiz pode negar liminarmente o pedido na ação principal quando verificar, desde logo a prescrição ou decadência (CPC, art. 332, § 1º), pode também negar a antecipação da prova concernente a direito sem ação” (NERY, Frank Gonçalves. *A produção antecipada de provas no novo código de processo civil*. p.178). No mesmo sentido: LOPES, Maria Elizabeth de Casto. *Da produção antecipada da prova*. p. 271.

De modo mais amplo, Flávio Yarshell²¹ salienta que, tendo em vista a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório e os demais dispositivos que regulam o procedimento – excluídas as questões de mérito, devido à ausência de valoração fática por parte do órgão julgador – o requerido poderá se defender da forma mais ampla possível, desde que a defesa seja compatível com os limites e os fins da produção antecipada da prova.

Ademais, contrariamente à doutrina que, em sua maioria, aponta um tratamento único quanto ao cabimento ou descabimento do contraditório nas hipóteses dos incisos I a III do art. 381, Guilherme Rizzo Amaral²² defende que apenas a modalidade prevista no inciso I, necessariamente, deve se submeter ao contraditório, pois, nesse caso, trata-se de querer assegurar a produção de prova que possa ser objeto de valoração em processo futuro.

Quanto às outras duas modalidades, constantes dos incisos II e III, não possuiriam natureza contenciosa na perspectiva do autor. Não requerendo, portanto, exercício do contraditório, muito, porém, não o afastassem. Isto porque, ainda, que a prova produzida nesses casos sirva apenas ao juízo particular das partes, sendo imprestável como elemento de convicção do órgão julgador em processo futuro, caberia ao magistrado a realização de juízo de valor, caso a caso, com vistas a averiguar eventual necessidade de oferecimento do contraditório²³. Adverte, contudo, que essa possibilidade tem caráter excepcional, e não de regra.

21 YARSHELL, Flávio Luiz, op. cit., 2016. p. 1165.

22 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 507.

23 Nesse sentido, Guilherme Rizzo Amaral salienta que: “Não obstante, é fácil ver que poderá haver dissenso relativo à existência do direito à prova, capaz de justificar a apresentação de defesa (contestação) pelo interessado. Tal ocorrerá sempre que a produção da prova puder causar dano ao interessado ou invadir sua esfera jurídica” (Ibid., p. 513).

Ao largo das divergências doutrinárias que buscam estabelecer critérios objetivos para a análise da aplicabilidade da vedação ao exercício de defesa prevista no art. 382, § 4º, percebe-se que os tribunais têm levado em consideração majoritariamente as circunstâncias do caso concreto na avaliação da necessidade de oferecimento do contraditório. Os critérios utilizados nessa avaliação, entretanto, são deveras abertos e imprecisos.

Dentre os elementos adotados pelos tribunais na evidenciação da pretensão resistida, estão a apresentação de contestação²⁴ ou a ocorrência de resistência, por parte do demandado, antes mesmo do ajuizamento da demanda²⁵. Há assim, conseqüente propensão à inaplicabilidade prática da vedação do dispositivo em todas as hipóteses do art. 381.

24 “Apelação cível. Ação cautelar de produção antecipada de provas. Denúncia de utilização de software sem licença. Extinção do feito ante a não propositura da ação principal no trintídio legal conforme art. 806 do CPC/1973. Irresignação das requerentes. Pleito de homologação do laudo pericial. Tese acolhida. Sentença em cautelar antecipatória que se limita a homologar ou não a prova produzida. Vistoria nos microcomputadores da ré com a finalidade de constituição da prova para possível utilização em momento futuro. Desnecessidade da interposição da demanda principal ante a natureza do pedido do procedimento cautelar. Reforma do *decisum* singular. Pedido de inversão dos encargos sucumbenciais e honorários advocatícios. Acolhimento. Pretensão resistida demonstrada pela existência de contestação. Peça de defesa a rebater pormenorizadamente os requisitos do pedido cautelar e o conteúdo do laudo pericial. Recurso conhecido e provido” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Apelação Cível n. 0004046-89.2013.8.24.0080. 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos. Relator: Des. Luiz Felipe Schuch, j. 11-06-2018).

25 “Apelação cível. Negócios jurídicos bancários. Produção antecipada de provas. Interesse processual. Ônus sucumbenciais. (...) 2. Caso concreto em que restou evidenciado que o pedido formulado pela parte autora não foi atendido na esfera administrativa, não havendo falar em ausência de pretensão resistida. 3. Demonstrado que a parte ré deu causa à demanda, ao deixar de atender ao pedido administrativo realizado, pelos princípios da causalidade e da sucumbência, deve arcar com as custas e com os honorários advocatícios em proveito do patrono da parte adversa. Apelação provida. Unânime” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70079138087. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Umberto

Tal entendimento jurisprudencial, contudo, revela grande atecnia nessa matéria, pois relegar a possibilidade de exercício do contraditório ao comportamento das partes, até mesmo anteriormente ao ajuizamento da demanda, não oferece parâmetros adequados e seguros a serem observados pelo julgador.

Há, dessa forma, potencial falta de isonomia no tratamento dos jurisdicionados, com possibilidade de subversão das finalidades da ação de produção antecipada de provas.

4 LIMITAÇÕES À RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES

O art. 382, § 4º, do CPC/2015, prevê também, em sua redação, restrição às possibilidades de cabimento de recurso contra as decisões proferidas na ação probatória autônoma, limitando-as aos casos em que for indeferida totalmente a produção de prova. Evidencia-se, desse modo, forte limitação também ao acesso ao duplo grau de jurisdição²⁶.

Por conseguinte, muito tem divergido a doutrina a respeito da aplicabilidade desta vedação, com posicionamentos favoráveis ou contrários à flexibilização da interpretação do referido dispositivo.

Guaspari Sudbrack. j. 09/10/2018). No mesmo sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível nº 0300687-17.2016.8.24.0092. Rel. Des. Robson Luz Varela. j. 01/08/2017.

26 Humberto Theodoro Júnior esclarece que de tal princípio decorre garantia segundo a qual “a parte tem direito a que sua pretensão seja conhecida e julgada por dois juízos distintos, mediante recurso, caso não se conforme com a primeira decisão” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit. p. 935).

Grande parte da doutrina tem optado pela interpretação literal do dispositivo²⁷, não vislumbrando interesse recursal, com base no argumento de que tais demandas se prestariam à mera documentação²⁸.

Nessa perspectiva, da decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada, por tratar-se de sentença, pondo fim ao processo, seria cabível apelação. A *contrario sensu*, seria vedada a recorribilidade das sentenças que deferirem totalmente ou parcialmente a produção da prova, bem como das decisões interlocutórias emanadas no decorrer do processo.

Insta salientar, entretanto, que o indeferimento total se refere à prova específica, individualizada, requerida pelo autor. Na hipótese de postulação da produção de dois tipos de prova distintos, por exemplo, prova testemunhal e prova pericial, se uma delas for totalmente indeferida, caberá naturalmente o recurso²⁹.

Acrescenta Fredie Didier³⁰ que, se nessa hipótese de cumulação de pedidos o indeferimento de uma das provas se der em sede de decisão interlocutória, é cabível agravo de instrumento, por tratar-se de decisão interlocutória de mérito (art. 1015, II, CPC).

27 Nesse sentido, vide: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. p. 245; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHAT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit. 2016. p. 486; THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit. p. 936; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. op. cit. p. 217.

28 “Como o juiz não aprecia o valor da prova colhida e, portanto, ocorre mera documentação e arquivamento da prova para eventual futura utilização, não há, a princípio, prejuízo que possa implicar interesse recursal”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHAT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit. 2016. p. 487).

29 Defende Guilherme Rizzo Amaral que “caso contrário, estimular-se-ia o requerente a instaurar dois procedimentos distintos, um para cada espécie de prova, tão somente para garantir o acesso à instância recursal” (AMARAL, Guilherme Rizzo. op. cit. p. 381 a 382).

30 DIDIER JÚNIOR, Fredie. op. cit. p. 730.

Corrente em sentido contrário³¹ defende que não se pode negar recorribilidade às decisões não abarcadas pelo artigo 382, § 4º, sob pena de violação de direitos constitucionalmente assegurados.

Dessa forma, tal norma deveria ser interpretada em uma perspectiva sistemática, à luz da Constituição da República e dos limites estabelecidos pelo art. 382, § 2º, do CPC/2015. Como consequência, concluem só não haver interesse recursal para tratar de questões relativas ao mérito da decisão³².

Guilherme Rizzo Amaral defende intermediariamente que a existência de interesse recursal nas hipóteses não abarcadas pelo art. 382, § 4º, estaria condicionada à anterior apresentação de defesa na fase postulatória³³.

Analisando a jurisprudência percebemos, entretanto, que quanto à vedação da apelação nas hipóteses em que não há indeferimento total da produção antecipada de prova, os tribunais têm seguido a aplicação literal do dispositivo, no sentido da corrente que não admite interesse recursal nos casos não previstos expressamente no dispositivo retrocitado³⁴.

31 Vide: YARSHELL, Flávio Luiz. op. cit. 2016. 1165; ALVIM, Teresa Arruda, et. al. op. cit. p. 730; NERY, Frank Gonçalves. op. cit. p. 183.

32 Aduz ainda, Flávio Luiz Yarshell, que a utilização de outros mecanismos de impugnação autônomos, caso não seja permitida interposição do recurso (YARSHELL, Flávio Luiz. op. cit. 2016. p. 1165).

33 “Caberá recurso não apenas da decisão que indeferir a produção antecipada de provas pelo requerente originário – como expressamente estatui o art. 382, § 4º – como também da decisão que conceder a medida quando tiver havido expressa resistência do requerido ao seu deferimento. Não caberá recurso, contudo, da decisão que negar ao interessado ampliação do escopo do procedimento, com a produção de provas distintas daquelas pretendidas pelo requerente originário” (AMARAL, Guilherme Rizzo. op. cit. p. 513).

34 “Apelação cível. Ação cautelar de produção de provas. Recurso inadmissível. Art. 382, §4º do CPC. Ação destinada, tão somente, a evitar o perecimento da prova. Pretensão satisfeita. Recurso não conhecido. Conforme o § 4º do art. 382 do CPC só se admitirá recurso contra sentença que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada, logo,

Todavia, no que concerne à recorribilidade das decisões interlocutórias, percebemos intensa divergência jurisprudencial.

Para além da discussão quanto à taxatividade do rol de cabimento do agravo de instrumento, previsto no art. 1015 CPC/2015³⁵, verifica-se que a maioria dos tribunais têm inadmitido tais recursos³⁶. Contudo, tal

inadmissível o recurso que desafia sentença que homologou o laudo pericial realizado. A medida cautelar de produção antecipada de provas é medida destinada a permitir que se garanta a futura produção da prova no processo de conhecimento, assegurando-se que a fonte da prova estará preservada. A sentença proferida na ação cautelar de produção antecipada de provas não possui nenhuma declaração acerca da veracidade da prova, pois esta só poderá ser feita por seu destinatário principal, que é o juiz do processo principal, onde a prova será, posteriormente, produzida. Logo, no caso, além do presente recurso ser inadmissível nos termos do art. 382, §4º, do CPC, não se verifica interesse recursal do recorrente. Recurso não conhecido.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL. Apelação Cível nº 0819181-87.2013.8.12.0001. 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. j. 11/04/2017). No mesmo sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível nº 0082057-97.2016.8.19.0038. Sexta Câmara Cível. Relator: Cláudia Pires dos Santos Ferreira, j. 12/07/2018; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO. Apelação Cível nº 0000602-21.2014.8.11.0033 – 136888/2017. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator (a): Nilza Maria Pôssas de Carvalho. j. 08/05/2018); (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70078718228. Sexta Câmara Cível. Relator: Ney Wiedemann Neto. j. 11/10/2018).

35 Via de regra os tribunais, até o momento, não têm admitido agravo de instrumento para hipóteses não contempladas expressamente no rol do art. 1015, alegando ser a previsão do rol taxativa. Nesse sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento nº 00501672620178190000. Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator: Carlos Eduardo Moreira da Silva. j. 08/11/2017.

36 “Agravo de Instrumento – Produção Antecipada De Provas. Propositura de ação de obrigação de fazer, visando a obtenção de cópia dos contratos mencionados na exordial, que deram causa a negativação do nome do autor. Recebimento da petição inicial como ‘produção antecipada de provas’. Inadmissibilidade do recurso. (...) Ademais disso, a teor do art. 382, § 4º do CPC, no procedimento de “produção antecipada de provas”, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário, hipótese que não se amolda ao caso. Recurso não conhecido” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posicionamento parece longe de ser consenso na jurisprudência. Há julgados de tribunais conhecendo dos recursos interpostos com fulcro nas hipóteses do artigo 1015 do CPC/2015, desde que não relativas ao mérito da questão³⁷, bem como câmaras recursais dentro de um mesmo tribunal julgando de forma diversa³⁸.

Tais divergências, até o momento, não foram alvo de pacificação por parte do Superior Tribunal de Justiça, o qual, a partir da invocação da súmula 7³⁹, não tem chegado à análise do mérito de recursos especiais intentados com esses fins⁴⁰.

DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento nº 21846225920188260000. Décima Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Afonso Bráz. j.08/10/2018). No mesmo sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO. Apelação Cível nº 10035369220188110000. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Nilza Maria Pôssas de Carvalho. j. 17/07/2018).

37 “Agravo de instrumento. Produção antecipada de prova. Decisão que indeferiu a concessão da justiça gratuita. Insurgência do autor. Justiça gratuita. Declaração de hipossuficiência acostada na origem. Presunção relativa. Necessidade do beneplácito não comprovada. Comprovante de despesas não acostados. Decisão acertada. A pretensão da parte em ser amparada pela Justiça Gratuita impõe-lhe o dever de comprovar cabalmente sua situação de hipossuficiência, a fim de justificar a concessão desta benesse. Recurso conhecido e desprovido” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Agravo de Instrumento nº 40157268920188240900. Primeira Câmara de Direito Comercial. Relator: Guilherme Nunes Born. j. 23/08/2018).

38 A décima nona câmara cível do Tribunal de Justiça do RS tem admitido agravos de instrumentos com fulcro nas hipóteses do art. 1015 do CPC. Nesse sentido, vide: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento nº 70075633735. Décima Nona Câmara Cível, Relator: Voltaire de Lima Moraes. j. 14/05/2018. Em sentido contrário, a Vigésima Segunda Câmara Cível do mesmo tribunal não têm admitido agravos de instrumento contra decisões proferidas em sede de ação de produção antecipada da prova: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento nº 70075716464. TJRS, Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator: Marilene Bonzanini, j. 03/11/2017.

39 *In verbis*: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

40 “Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Produção Antecipada de Provas. Acórdão em consonância com precedentes desta corte. Súmula 83 do STJ.

5 CONCLUSÕES

Não obstante a tentativa de sistematização das modalidades de demandas probatórias autônomas, reunindo-as no gênero de produção antecipada da prova, tenha trazido significativos avanços na esteira do reconhecimento do direito autônomo à prova, não se atentou o legislador do CPC/2015 à necessidade de prever maiores especificidades de tratamento aplicáveis às distintas espécies reunidas nessa sede.

Como consequência, foram previstos dispositivos que restringem acentuadamente o exercício do contraditório e o acesso ao duplo grau de jurisdição. O que tem gerado intensa polarização doutrinária quanto à aplicabilidade de tais dispositivos.

Em contrapartida, percebeu-se que os tribunais, em sua maioria, têm optado pela interpretação literal dos dispositivos legais, em desarmonia com a vocação do CPC/2015, o qual busca aproximar o processo das garantias constitucionais a ele reservadas.

Ademais, em virtude dos recursos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça, quanto a tais restrições, não serem pela Corte Especial analisados, sob o argumento de demandarem reexame de circunstâncias

Matéria que demanda reexame de fatos e provas. Súmula 7 do STJ. Agravo interno não provido. (...) 3. O Tribunal de origem, amparado no acervo fático - probatório dos autos, entendeu que não houve resistência na apresentação dos documentos requeridos pela demandante, no procedimento da produção antecipada de provas. Assim, alterar o entendimento do acórdão recorrido demandaria, necessariamente, reexame de fatos e provas, o que é dado em razão do óbice da Súmula 7 do STJ. 4. Agravo não provido” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.193.560. Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. j. 15/05/2018). No mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo em Recurso Especial nº 1173119. Quarta Turma. Relator(a) Ministro Luís Felipe Salomão. j. 01/02/2018; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo em Recurso Especial nº 1221810. Quarta Turma. Relator: Ministro Marco Buzzi. j. 27/08/2018.

fático-probatórias, o cenário de insegurança jurídica se agrava, com reais consequências ao jurisdicionado e comprometendo, consequentemente, o efetivo acesso à justiça.

Por fim, cabe salienta que não se pretendeu por meio das breves considerações aqui apresentadas esgotar a discussão a respeito das implicações práticas oriundas da nova sistemática da ação de produção antecipada da prova. Faz-se necessário que sejam abordadas outras questões resultantes da regulamentação do procedimento, bem como traçadas estratégias para contorná-las à luz dos princípios processuais constitucionais.

Estratégias essas que sejam efetivamente consideradas pelos tribunais ao aplicar o regramento atinente à matéria, de modo a assegurar as garantias processuais demandadas por um modelo constitucional de processo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda, et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. **Prova Antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da UFBA. Salvador, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Produção antecipada de provas**. Coleção grandes temas do NCPC: Direito Probatório. v. 5, Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

GUIMARÃES, Filipe. **Medidas probatórias autônomas**: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. Revista de Processo. n. 178, 2009.

LAUX, Francisco de Mesquita. **Relações entre a antecipação da prova sem o requisito de urgência e a construção de soluções autocompositivas**. Revista de Processo. n. 242, 2015.

LOPES, Maria Elizabeth de Casto. **Da produção antecipada da prova**. In Comentários ao código de processo civil. Bueno Scarpinella, Saraiva, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHAT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Frank Gonçalves. **A produção antecipada de provas no novo código de processo civil**. In Publicações da Escola da AGU. V. 9, n. 2, 2017. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1950>. Acesso em 10 jun. 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 2. 5ª Edição. Saraiva, 2018.

RAATZ, Igor. **Pretensão à segurança da prova e produção antecipada da prova diante da urgência: uma grave confusão conceitual mantida**

pelo código de processo civil. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. v.19. Nº 3, 2018.

RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira; MENEZES, Pedro Henrique da Silva. **Análise comparativa entre o regime de produção antecipada de provas no projeto do NCPC e o CPC português de 2013.** Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 3, n. 5. Lisboa, 2014.

SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição sumária:** limites impostos pelo contraditório no processo civil. Saraiva, 2013.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. V. 1. 57ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Da produção antecipada da prova.** In Breves comentários do código de processo civil. ALVIM, Teresa Arruda, et al. (Org.) 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1149 a 1168.

ANTECIPATED ACTION OF EVIDENCE PRODUCTION: REFLEXIONS ON THE CONTRADICTION ACTING AND THE DUAL DEGREE OF JURISDICTION ON THE AUTONOMOUS PROBATIVE LAWSUITS.

ABSTRACT

The civil suit code of 2015 has been amassed within the kind: “Antecipated action of

evidence”, a number of probative lawsuits, eliminating the provisional nature and granting them, therefore, the quality of autonomous probative lawsuits. The legislator, nevertheless, regarding the regulation, was not aware of the need for establishing certain procedure specificities which should consider the distinct juristic nature that such hypothesis might bear. In this regard, there has been some generalization, also regarding the restrictions to the assignment of contradictory action and the dual degree of jurisdiction, thus being the object of an intense doctrinaire debate. In this context, the present article aims to analyse how accurately doctrine and jurisprudence have contributed in the search of adequate solutions for the resolution of practical issues which emerge from this new prevision. A strong tendency for a strictly literal understanding of the legal devices in the jurisprudence that regulate the issue has been perceived from our part, to the detriment of the need that the relative norms to the procedure may be interpreted to the light of the general systematic adopted in the current lawsuit certificate, as a means to promote the procedural assurances. In this way, there is a potential commitment to render a fair juristitutional assistance, attributive to a constitutional lawsuit model and really fond of the Democratic State of Law.

Keywords: Anticipated action of evidence production. Contradictory. Dual degree of jurisdiction.