



UNISUL DE FATO E DE DIREITO

Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina



UnisulVirtual



UNISUL DE FATO E DE DIREITO

ANO IX | Nº 16
JANEIRO A JULHO | 2018

Copyright © UnisulVirtual 2018.

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio sem a prévia autorização desta instituição.

Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul

Reitor

Mauri Luiz Heerdt

Vice-Reitor

Lester Marcantonio Camargo

Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa, Pós-graduação, Extensão e Inovação

Hércules Nunes de Araújo

Pró-Reitor de Administração e Operações

Heitor Wensing Júnior

Assessor de Marketing, Comunicação e Relacionamento

Fabiano Ceretta

Director do Campus Universitário de Tubarão

Rafael Ávila Faracor

Director do Campus Universitário da Grande Florianópolis

Zacaria Alexandre Nassar

Directora do Campus Universitário UnisulVirtual

Ana Paula Reusing Pacheco

Campus Universitário UnisulVirtual

Directora

Ana Paula Reusing Pacheco

Gerente de Administração e Serviços Acadêmicos

Renato André Luz

Gerente de Ensino, Pesquisa, Pós-graduação, Extensão e Inovação

Moacir Heerdt

Gerente de Relacionamento e Mercado

Guilherme Araujo Silva

Gerente da Rede de Polos

José Gabriel da Silva

Universidade do Sul de Santa Catarina
Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina

UNISUL DE FATO E DE DIREITO

ANO IX | Nº 16
JANEIRO A JULHO | 2018

Unisul De Fato e De Direito

Rosângela Tremel MSc.

Editor-chefe

OAB/SC 13.891 | DRT/SC 919-JP

Conselho Editorial

Professor Doutor Adolfo Mamoru Nishiyama - Unip
Professor Doutor Alex Sandro Sommariva - Unisul
Professor Mestre Ana Márcia Marquez Targa - OAB/SP
Professor Doutor Baltazar de Andrade Guerra-Unisul
Professor Doutor Felipe Asensi - UERJ
Professor Doutor Gilberto Fachetti - UFES
Professor Doutor José Calvo Gonzáles -
Universidade de Málaga
Professor Doutor José Eduardo de Miranda -
Universidade de Deusto
Professor Doutor Karla Leonora Dahse Nunes - Unisul
Professor Mestre/Doutorando Leonardo Andreotti Paulo
de Oliveira - Instituto Brasileiro de Direito Desportivo
Professor Mestre Lester Marcantonio Camargo - Unisul
Professor Doutor Luciano Nascimento Silva - UEPB
Professor Mestre Maurício Daniel Moncons
Zanotelli - Unisul
Professor Doutor Miguel Gutiérrez Bengoechea -
Universidade de Málaga
Professor Especialista Rejane Johansson - Unisul
Professor Doutor Rennan Faria Kruger Thamay - Fadis

Pareceristas Permanentes

Professor Mestre/Doutorando Alexandre Botelho - Unisul
Professor Doutor Bruno Stigert - Estácio de Sá Juiz de Fora
Professor Mestre Evinis Talon - UNISC
Professor Doutor Jonathan Regis - Univali
Professor Mestre Paulo Carvalho - Unisul
Professor Doutor Rafael Freire Ferreira - UNIME
Professor Doutor Regina Célia Pezzuto Rufino - UNIP
Professor Doutor Rodrigo Ferreira - UEPB

Créditos

Assessoria de Ensino UnisulVirtual

Lis Airê Fogolari

Projeto editorial e Diagramação

Frederico Trilha

Capa

Foto: Família de baleias Orca na costa catarinense
Fotógrafo: Tycho Brahe Fernandes ([autorretrato-
alheio.blogspot.com.br](http://autorretrato-alheio.blogspot.com.br))

ISSN

2358-601X

UNA- Ciências Sociais, Direito, Negócios e Serviços

U49

Unisul de fato e de direito : revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina /
Universidade do Sul de Santa Catarina. – v. 1, n. 1 (jul./dez. 2010) – . Palhoça : UnisulVir-
tual, 2018.

Semestral

ISSN 2177-5303

e-ISSN 2358-601x

1. Direito. I. Universidade do Sul de Santa Catarina.

CDD 340

Sumário

EDITORIAL

DE FATO

CONSELHEIROS EM DESTAQUE	11
--------------------------------	----

DE DIREITO

BREVE COMENTÁRIO SOBRE A INTERNET DAS COISAS A LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO	15
--	----

Claudio Joel Brito Lèssio | Carolana Aurélio Almeida Camargo Santos

O GARIMPO ILÍCITO NA TERRA INDÍGENA YANOMAMI ENTRE A COSMOVISÃO INDÍGENA E AÇÕES ESTATAIS	25
---	----

Alan Robson Alexandrino Ramos | Francilene Dos Santos Rodrigues

A (IM)POSSIBILIDADE DE MEDIDA PROVISÓRIA NA REGULAMENTAÇÃO DE ATIVIDADE MINERÁRIA	37
---	----

Pedro Ataíde

O REFERENDO CONSTITUCIONAL	47
----------------------------------	----

Alexandre Marçal Pereira

A HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL TRABALHISTA	61
---	----

Murilo Reis Silva | Rafael Freire Ferreira

PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO EM NORMA COLETIVA SOBRE O LEGISLADO	69
--	----

Ricardo Souza Calcini

TRIBUTACIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES CON LA LEY 44/2015, DE 14 DE OCTUBRE, DE SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS	79
--	----

Miguel Gutiérrez Bengocheca

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA: EVOLUÇÃO DO CONCEITO E SUA CONCRETIZAÇÃO NA JUSTIÇA TRABALHISTA BRASILEIRA	101
--	-----

Rosângela Trimal

ANÁLISE CRIMINOLÓGICA-CRÍTICA DA POLÍTICA DE PREVENÇÃO/REPRESSÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER	123
---	-----

Allan Jones Andreza Silva | Luciano Nascimento Silva

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: A POSSIBILIDADE DE ESCOLHER QUAL PROCESSO UTILIZAR	135
--	-----

Vinicius Silva Lemos | Iury Peixoto Souza

SEGURANÇA PÚBLICA E AS GUARDAS MUNICIPAIS: APARENTE LEGALIDADE POR MEIO DA LEI Nº 13.022/2014	157
---	-----

Eason Rosa Gomes da Silva

A ORIGEM DO ESTADO: UMA VISÃO A PARTIR DOS CONTRATUALISTAS - ABSOLUTISTA (THOMAS HOBBS), LIBERAL (JOHN LOCKE) E DEMOCRÁTICA (JEAN-JACQUES ROUSSEAU)	175
---	-----

Arthur Bezerra de Souza Júnior | Ronaldo Jarnyk

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM NO BRASIL	187
--	-----

Rodrigo Pereira Costa Saraiva

OS ATUAIS DESAFIOS DA METODOLOGIA DE PESQUISA NA ÁREA JURÍDICA NO BRASIL	195
--	-----

Guilherme Miraldi da Silva Santos | Carlos Leonardo Laurício Cardoso

O QUE ESTAMOS PESQUISANDO

DIRETRIZES PARA AUTORES

Editorial

Esta edição caracteriza-se pela abordagem nunca antes feita em nossas páginas de assuntos ligados à sustentabilidade jurídica e sistêmica.

O ineditismo já vem na capa, em que o clique de Tycho Brahe Fernandes imortaliza a passagem, rara, de uma família de baleias orca na costa catarinense.

De Direito, há inúmeros artigos instigantes para ampliar áreas de interesse.

A internet das coisas é assunto que não nos permite ignorar o espaço crescente que vem ganhando o direito digital.

A questão indígena, sob o olhar de quem habita o norte do país, nos leva à profunda reflexão.

Tendo como pano de fundo a discussão da necessidade ou não de agência nacional de mineração, trazemos artigo sobre a validade de medidas provisórias neste setor estratégico.

São muitas as incertezas do cotidiano, tantas pesquisas feitas para todos os lados, que é importante ter claro o funcionamento do mecanismo constitucional do referendo, fundamental para fortalecimento da cidadania em efetiva participação popular.

A discutida reforma trabalhista se materializa em nossas páginas por dois artigos nacionais em temas sensíveis: um sobre o acordo de homologação extrajudicial e outro abordando o negociado sobre o legislado. Ampliando horizontes, temos uma visão das questões laborais na Espanha, sob o ângulo fiscal. Em homenagem aos 25 de magistério do professor doutor Omar Toledo Toríbio, também magistrado da mais alta Corte Trabalhista do Peru, tem-se reflexão sobre o princípio constitucional da eficiência e o direito do trabalho.

No processo civil, o tema em estudo é o instituto do negócio jurídico processual, sua formação, possibilidades e limites, seu impacto diante do novo ordenamento.

A violência doméstica é trazida à discussão sob as cores fortes da criminologia crítica.

A abrangência da competência da atuação guarda municipal na questão da manutenção da segurança pública, objeto de muitos e bem recentes julgados, é tema de artigo em que se procura elucidar vários aspectos polêmicos.

As raízes contratuais são objeto de considerações acuradas, bem como a evolução histórica da arbitragem.

A seção De Direito encerra-se com o indispensável estímulo ao pesquisador na área jurídica.

É importante ressaltar a abrangência de nossos colaboradores e leitores, visto que os artigos chegaram de diferentes Estados: Bahia, Espírito Santo, Maranhão, Paraíba, Rio de Janeiro, São Paulo, Rondonia, Roraima e Santa Catarina. O toque internacional ficou por conta de Málaga, Espanha. É, de fato e de direito, o mundo digital consolidando formas de olhar, de pensar e de saber.

Em se tratando de notícias que estimulem nossa publicação, agora **De Fato**, estamos indexados ao DOI - *Digital Object Identifier* - padrão para identificação atribuído às publicações digitais.

Nossos conselheiros se destacam em várias frentes: um deles por organizar um dos maiores congressos *on line* da América Latina; o outro por comemorar exitosa segunda edição de sua obra impressa e o terceiro aqui mencionado conseguiu a façanha de publicar dois livros quase simultaneamente no início de 2018. E isso que destacamos apenas alguns de nossos ativos conselheiros. Confira os detalhes.

Na seção '**O que estamos pesquisando**', o leitor que tiver interesse em conhecer o conteúdo completo do trabalho monográfico indicado para publicação, pode entrar em contato direto com o autor, cujo e-mail passa a ser disponibilizado junto com a ementa. Mais um mecanismo para aproximar pesquisadores.

De norte a sul, sem fronteiras, a todos, uma boa leitura.

Rosângela Tremel

Editor-chefe

DE FATO



Conselheiros em Destaque

CAED – Jus

Nosso conselheiro editorial, Felipe Asensi, é um dos membros do Conselho do CAED–Jus, Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito. Trata-se de um dos maiores congressos jurídicos do mundo e ocorre de maneira 100% online. A nossa Revista De Fato e De Direito tem orgulho em apoiar e divulgar o evento, bem como de manter o convite para que os premiados no Prêmio CAED–Jus e no Prêmio Academy publiquem artigo em nossas páginas, a exemplo da professora mestre Tatiana Emerich. Este ano o CAED–Jus acontecerá nos dias 22 e 23 de junho.

Liberdade em segunda edição

A Revista De Fato e De Direito comemora com o integrante de nossa equipe editorial, professor **Rafael Freire Ferreira**, o lançamento da segunda edição do livro “A autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação”.

A obra, sob selo Lumen Juris, que trata da liberdade de cada um em uma sociedade repleta de “likes”, é leitura que se impõe a todos nós, integrantes da era digital, na qual as informações circulam com muita velocidade.

Direito Constitucional em dois livros

Prática de Direito Constitucional para o exame da OAB e **Manual de Processo Constitucional**, são livros complementares entre si, ambos escritos pelo Conselheiro Editorial de nossa Revista, **Adolfo Mamoru Nishiyama**, o segundo em coautoria com Rafael de Lazari, os dois lançados sob o selo da Editora D’Plácido no começo de 2018.

No livro **Prática de Direito Constitucional** são apresentados os modelos completos dos diversos exames da OAB, como, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade genérica, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceitos fundamentais, o mandado de segurança individual e coletivo, a ação popular, a ação civil pública, recurso extraordinário. Todos os modelos foram atualizados com a legislação em vigor, como, por exemplo, o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015).

O autor teve a preocupação de facilitar o estudo das peças, apresentando o enunciado da OAB, o gabarito oficial e o modelo da peça prático-profissional. Assim, o aluno ou o candidato poderá ler o enunciado e elaborar a peça sem olhar no gabarito e no modelo. Após a confecção da peça, ele poderá conferir com o gabarito e o modelo, analisando o que faltou ou fez de errado. Professor Adolfo ainda reforça e aconselha: "Fazendo as peças repedidas vezes, o processo fica automático. O êxito depende de quantas vezes a pessoa treinou/estudou."

O último capítulo do livro, traz várias questões dissertativas com o enunciado e o gabarito oficial. Assim, será possível identificar quais pontos são mais cobrados pelo examinador.

Para aqueles que desejarem se aprofundar nas questões específicas da área, o já citado **Manual de Processo Constitucional** é leitura que se impõe, abordando desde aspectos de controle de constitucionalidade e convencionalidade, sem descuidar de tratar de cada uma das ações constitucionais típicas.

DE DIREITO



BREVE COMENTÁRIO SOBRE A INTERNET DAS COISAS A LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

BRIEF COMMENT ON THE INTERNET OF THINGS UNDER BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Claudio Joel Brito Lóssio¹ | Coriolano Aurélio Almeida Camargo Santos²

Resumo: A sociedade atual onde vivemos está sendo tomada por uma nova sociedade digital, onde praticamente todas as relações entre pessoas e máquinas estão voltadas para a comunicação via internet, e essa situação dá vez a IoT (Internet of Things). Todo esse processo é uma transformação social que traz a sociedade a quo para um novo status, a ad quem, na sociedade digital. A IOT é a sigla da Internet of Things, traduzindo para o português, Internet das Coisas, terminologia voltada para todos os computadores, máquinas, dispositivos, equipamentos que possuam chip de processamento e acesso a internet, que possa interagir com seres humanos com a finalidade de proporcionar uma maior eficiência e comodidade na vida de todos. Os riscos de ter esses dispositivos violados por terceiros mal-intencionados podem dar acesso a dados privados do proprietário, podendo ser de amplitude cruel ou até mesmo catastrófica. Uma breve abordagem relacionando a IoT ao Direito Penal Brasileiro será apresentada na forma relacional entre alguns artigos legais e riscos do IoT, assim como medidas preventivas para que seja minimizada a incidência de violação ilegal dos dispositivos IoT, para que se permita uma maior cognição acerca desta nova seara.

Palavras-Chave: Sociedade Digital. Internet das Coisas (IoT). Direito Penal Brasileiro, Direito das Máquinas.

Abstract: *The current society in which we live is being taken over by a new digital society, where practically all people and machines relationships are on communication via the internet, and this situation gives rise to IoT (Internet of Things). This process is a social transformation that brings society a quo status for a new status, the ad quem, in the digital society. IOT is the acronym of Internet of Things, translating into Portuguese, Internet das Coisas, terminology aimed at all computers, machines, devices, equipment that have processing chip and internet access, that can interact with humans for the purpose to provide greater efficiency and convenience in everyone's life. The risks of having these devices violated by malicious third parties may give access to private data of the owner and may be cruel or even catastrophic. A brief approach linking IoT to Brazilian Criminal Law will be presented in relational form between some legal articles and IoT risks, as well as preventive measures to minimize the incidence of illegal IOT violations, to allow a greater cognition about this new crop.*

Keywords: Digital Society. Internet of Things (IoT). Brazilian Criminal Law, Law of machines.

1 Mestrando em Ciências Jurídicas pela UAL - Universidade Autónoma de Lisboa-Portugal; Pós-Graduando em Direito Digital & Compliance pela Damásio Educacional, Pós-Graduando em Direito Penal e Criminologia pela URCA - Universidade Regional do Cariri, Pós-Graduando em Direito Notarial e Registral pela Damásio Educacional, Pós-Graduando no MBA Executive em Gestão de TI pela FACEAR - Faculdade Educacional Araucária. (2017). Membro da Coordenadoria de Pesquisa de Tecnologias Disruptivas da OAB/SP. Membro da Comissão de Direito Digital e Compliance da OAB/SP. Advogado. Palestrante. Professor. Email: claudiojoel@juscibernetica.com.

2 Ph.D. Advogado. Diretor Titular Adjunto do Departamento Jurídico da FIESP. Conselheiro Estadual eleito da OAB/SP (2013/2018). Presidente da Comissão de Direito Digital e Compliance da OAB/SP. Mestre em Direito na Sociedade da Informação e certificação internacional da "The High Technology Crime Investigation Association (HTCIA)". Doutor em Direito com certificado internacional em Direito Digital pela Caldwell Community College and Technical Institute. Professor e coordenador nacional do programa de pós-graduação em Direito Digital e Compliance da Faculdade Damásio. Professor convidado dos cursos de pós-graduação da USP/PECE, Fundação Instituto de Administração, Univeridade Mackenzie, Escola Fazendária do Governo do Estado de São Paulo Fazesp, Acadepol-SP, EMAG e outras. Desde 2005 ocupa o cargo de juiz do Egrégio Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Professor convidado do curso superior de Polícia da Academia de Polícia Civil de São Paulo. Professor da Escola Nacional dos Delegados de Polícia Federal - EADELTA.

1 INTRODUÇÃO

O meio social está cada vez mais envolvido com a era da informática visto que a maioria das atividades seja de entretenimento ou de trabalho estão relacionadas diretamente com a internet, e isto traz um novo status social, a sociedade digital.

Estamos em tempos onde praticamente todos os dispositivos que se adquire, possui conexão com internet, como também chip para processamento. Casas automatizadas, geladeiras que analisam a quantidade de comida estocada, além da data de validade dos produtos, carros autônomos, smartwatches, são exemplo de coisas, e estas preservam uma quantidade imensa de informações de seus proprietários.

Conforme citado anteriormente já estamos vivendo tempos em que a sociedade normal está em transito para um novo molde de sociedade, a digital e para tanto em um futuro próximo estaremos assim como os seres humanos são parte de um meio ambiente, também faremos parte de um meio ambiente digital.

No decorrer desta escrita será apresentado no primeiro capítulo o que realmente é esse novo termo que está sendo abordado como objeto de breve apresentação, IoT, Internet of Things ou Internet das Coisas, que, de antemão, já antecipamos o conceito deste como sendo todo equipamento com chip de processamento e internet. Equipamento o qual poderá ser inteligente ao ponto de ajudar a nós humanos e nossas atividades diárias.

No segundo capítulo serão abordados alguns dos riscos que os equipamentos com chip e internet poderão causar aos seres humanos, visto que estes terão acesso a informações relacionadas a vida privada e a intimidade de cada pessoa que interagir consigo. E se estes sofrerem algum tipo de violação por um terceiro não autorizado, este acabará por violar a garantia fundamental do direito a privacidade e a intimidade por exemplo.

Já no terceiro capítulo ocorrerá uma relação do que os equipamentos com chip e internet poderão causar ao terem sua segurança violada por um terceiro não autorizado, e os artigos do Código Penal Brasileiro. Por último serão apresentadas braves medidas de segurança para que reduzam tanto os riscos quando não se criem novas vulnerabilidades nestes equipamentos. Agora iniciaremos com o IoT.

2 O QUE É IOT?

A todo momento na internet surgem novas terminologias que todo mundo vê em cada compartilhamento de Internet, em cada notícia, mas ninguém sabe ao certo o que significa, como por exemplo, temos os termos *Big Data*, *Blockchain*, *Machine Learning*, *Data Mining*, como também a *Internet of Things*.

IoT é a sigla de *Internet of Things*, que traduzindo para o português temos Internet das Coisas, que é a denominação atribuída para dispositivos com chip de processamento e acesso a internet que pode se comunicar com pessoas, máquinas, computadores, animais e objetos sem que seja necessário qualquer tipo de intervenção humana. (COELHO, 2017).³

Casas Inteligentes; cidades inteligentes, incluindo controle de acessos, tráfegos, pessoas; controle de água, luz, gás e serviços municipais automatizados; monitoramento da saúde de pessoas por dispositivos médicos com alarme assim como comunicação de dispositivos que monitoram a evolução e os exercícios físicos praticados, para assim o personal trainer e os planos de saúdes assim como o nutricionista acompanhar seu cliente; Todos os produtos não necessitarão de códigos de barras visto que os RFIDs identificarão os produtos e todas as suas características; controle de animais, vacinação automática, colheita; na segurança, a detecção de pessoas através do controle facial, assim como o monitoramen-

³ COELHO, Pedro. Internet das Coisas: Introdução Prática. Lisboa: FCA.2017. p.02.

to de eventos atípicos fará parte do dia a dia; O RFID proporcionará uma logística de extrema eficácia; Os sapatos, roupas, e acessórios inteligentes também nos completarão. Mas por último, a localização de pessoas e animais através de implantes de chips com internet nos transformará em uma coisa? (COELHO, 2017).⁴

Algumas problemáticas devem ser levantadas para que respostas surjam o mais breve possível quando se fala em violação ilegal dos dispositivos IoT dentro de um âmbito do Direito:

- 1) Esses dispositivos possuem qualidade suficiente em seus meios de proteção?
- 2) Qual tipo de criptografia utilizada na comunicação entre dispositivos?
- 3) O algoritmo contido nesses dispositivos que estão coletando informações é aberto ou fechado?
- 4) O usuário está de acordo com o que a maneira que a tecnologia do dispositivo tem acesso a sua privacidade?

Essa problemática está sendo apresentada com a maior brevidade possível visto que a Internet das Coisas, utilizam-se de sensores, sistemas operacionais próprios, equipamentos sem controle de qualidade, plataformas de análise de dados que podem ser armazenados em servidores sem qualquer tipo de controle e ou segurança. Cade pelo menos os termos de uso?

A pergunta fundamental, contudo, não é qual a próxima tecnologia, e sim como o Direito lidará com a IoT?

Passamos, portanto, a descrever os riscos que envolvem essas tecnologias.

2.1 RISCOS

O maior risco diante do exposto acerca da IoT está relacionado à violação ao direito a privacidade e a intimidade de seus proprietários certo? Não. A internet das coisas, segundo o exposto anteriormente, não está vinculada de forma exclusiva a forma privada de cada indivíduo em seu ambiente particular. Os equipamentos com chip de processamento ligados a internet estarão também presentes no meio ambiente digital, na sociedade digital, e estando neste novo modelo de sociedade dinâmica consequentemente estará dentro da vida de todos.

Submetendo-se às regras de direito vigentes, inclusive às pedras de toque expressas por Melo (2014)⁵, fundamentalmente, o Princípio da supremacia do interesse público e Princípio da indisponibilidade do interesse público. As futuras criações envolvendo IoT deverão se atentar não só no bem estar individual do futuro proprietário de alguma criação, como também na influência, riscos e vulnerabilidades ao coletivo.

Segundo o exposto anterior, além de ficarem submissos aos princípios fundamentais do direito administrativo, há uma real importância de um funcionamento e regulamento de excelência da IoT visto que a privacidade e a intimidade praticamente são direitos constitucionais que podem ser violados facilmente ao conseguir invadir um dispositivo IoT. Mas quando a invasão a um dispositivo IoT acabar por gerar um crime que atentem contra a vida de alguma pessoa diversa do proprietário, por exemplo?

Segundo Coelho (2017)⁶, os principais perigos que essa nova roupagem de sociedade com IoT, a digital, poderá causar são:

⁴ Idem. p. 05.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 98.

⁶ COELHO, Pedro. Internet das Coisas. p. 212.

- 1) Danos Físicos ou estragos materiais, incluindo ferimentos e morte;
- 2) Redução ou inibição de sistemas de segurança;
- 3) Danos de Imagem;
- 4) Perda de Confiança;
- 5) Indisponibilidade de Serviços;
- 6) Roubo de Propriedade Intelectual;

Essas acima, são alguns riscos citados, muito embora uma extensão infinita de possibilidades possa ser gerada, e a seguir veremos as situações acima relacionadas ao Código Penal Brasileiro.

A despeito dos bens jurídicos ofendidos nestes casos, um outro fator complicador em relação a essas tecnologias é que as principais práticas que as envolvem em ilícitos, assim como os delitos gerados através da internet, são voltados para o anonimato. O criminoso acredita que a omissão de sua identidade durante suas práticas é perene, e que isso é suficiente para que não responda por seus atos. O raciocínio ganha ares de veracidade se pensarmos na estrutura de segurança pública disponível hoje no Brasil. A busca pela anonimato é simplesmente a busca da fuga do ato punível visto que o criminoso que busca a internet, e consequentemente, a IoT, para a prática delituosa sabe que este ambiente está fértil para a prática criminosa impune.

Conforme nossa exposição no último tópico, um dos meios para se promover maior segurança e impossibilitando esse tipo de delito, o cibercrime, é através de uma maior rigidez nas políticas de segurança não só em amplitude governamental, mas sim advindo principalmente das empresas que disponibilizam estas tecnologias e dos próprios usuários (UNDERSINGER, 2014)⁷.

2.2 IOT E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

A busca pelo direito para se chegar a justiça é uma garantia constitucional de cada pessoa que compõe um país, e segundo a Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 5: XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

E como ficará definido a violação de um equipamento com internet, visto que, esta “coisa com internet” pode ser considerada um dispositivo informático? Sim, pois a informática é a junção dos termos informação automática, que é o principal fundamento de operação técnico das coisas com internet. Então a violação deste cairia bem para Código Penal Brasileiro no Artigo 152-A⁸:

Invasão de Dispositivo Informático. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. (grifo nosso)

Diante do exposto, a violação e ou a geração de vício em dispositivos, máquinas, computadores, pessoas que sejam e ou estejam envolvidas na IoT, caberá além de ação cível de dano material e moral, caberá diretamente ação de cunho penal.

Rememorando os itens propostos por Coelho (2017), listamos abaixo os tipos penais no do Código Penal Brasileiro⁹ correspondentes mais comuns àquelas práticas arroladas pelo autor.

7 UNDERSINGER, Martin. Anonymat sur Internet. p. 217.

8 CÓDIGO Penal Brasileiro. Decreto-Lei 2.848/1940, de 07 De dezembro. [Em linha]. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 set. 2017.

9 CÓDIGO Penal Brasileiro. Decreto-Lei 2.848/1940, de 07 De dezembro. Ibidem.

2.2.1 Danos Físicos ou estragos materiais, incluindo ferimentos e morte

- **Homicídio simples:** Art. 121. Matar alguém;
- **Lesão corporal:** Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem;
- **Dano:** Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia.
- **Incêndio:** Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem;
- **Perigo de desastre ferroviário:** Art. 260 - Impedir ou perturbar serviço de estrada de ferro;
- **Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo:** Art. 261 - Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea;
- **Atentado contra a segurança de outro meio de transporte:** Art. 262 - Expor a perigo outro meio de transporte público, impedir-lhe ou dificultar-lhe o funcionamento.
- **Epidemia:** Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos.

2.2.2 Redução ou inibição de sistemas de segurança

- **Violação de domicílio:** Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências.

2.2.3 Danos de Imagem

- **Difamação:** Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação;
- **Injúria:** Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

2.2.4 Perda de Confiança

- **Violação de correspondência:** Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem;
- **Divulgação de segredo:** Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem.

2.2.5 Indisponibilidade de Serviços

- **Furto:** Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel;
- **Extorsão indireta:** Art. 160 - Exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro;
- **Apropriação indébita:** Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção;
- **Estelionato:** Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento;
- **Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública:** Art. 265 - Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública;

- **Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública:** Art. 266 - Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento.

2.3 ROUBO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Violação de direito autoral: Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos.

Diante de todos os tipos penais expostos acima, alguns podem estar se perguntando, como a IoT poderá influenciar para se chegar a todos esses crimes. Pois é, a invasão dessas coisas com internet é o meio para se chegar a qualquer delito citado anteriormente. Mas alguns ainda podem estar se perguntando como a IoT poderá causar uma Epidemia? É muito simples, imagine que em um determinado laboratório, o local onde um vírus que esteja em quarentena para estudo para a criação de uma vacina seja completamente controlado pela internet, onde apenas máquinas poderão manusear esse vírus e um determinado *Cracker*¹⁰ invade o sistema de controle desse laboratório e tem acesso a essas máquinas. Poderão realmente fazer o que quiser, não é? Inclusive deixar esse tal vírus em contato com pessoas desse local. Parece coisa de filme, mas tal realidade pode não estar tão distante. (UNTERSINGER, 2014).¹¹

O principal fator que proporcionará violação destes dispositivos será o usuário, visto que a falta de perícia, imprudência ou negligência causada por este é o que normalmente abre as portas para que pessoas com finalidade delituosa tenha acesso aos equipamentos com internet.

Veremos a seguir mais detalhes acerca de algumas medidas de segurança que proporcionam maior risco e abrindo novas vulnerabilidades em redes com equipamentos com internet.

2.4 MEDIDAS DE SEGURANÇAS BÁSICAS

Como citado, o ponto mais fraco que pode gerar danos em uma estrutura de segurança é o próprio usuário, pois comumente este acredita que não será invadido, e assim faz com que não busque se aperfeiçoar em medidas básicas de segurança da informação, ou continue no modo imprudente e negligente de se operar os equipamentos com chip e internet.

Veja o seguinte exemplo, onde um usuário pode ter seu dispositivo com a segurança violada ao se conectar em uma rede sem fio, como a que vários estabelecimentos comerciais oferecem. Segundo uma das maiores empresas em segurança da informação do mundo, a Kaspersky¹²:

As redes sem fio são muitas vezes inseguras e são paraísos para os cibercriminosos que que andam em cafés, hotéis restaurantes e muitos outros lugares com acesso público a Internet e que buscam roubar o mais possível for de informações financeiras e pessoais.

Assim, ao ter seu dispositivo violado ao acessar uma rede sem fio sem segurança e posteriormente se conectar na rede de sua casa e ou de sua empresa poderá estar permitindo que o hacker que obteve a violação do dispositivo do usuário, consiga acesso aos equipamentos desta nova rede, seja computador, smartphone, ou equipamentos com chip e internet.

¹⁰ Crime Hacker, Cracker. Quebrador: É a pessoa que detém vasto conhecimento em informática, e o utiliza com fins ilícitos.

¹¹ UNTERSINGER, Martin. Anonymat sur Internet. p. 202.

¹² Kaspersky. Como Evitar uma rede wi-fi insegura. [Em linha]. Disponível em: <<https://www.kaspersky.com.br/blog/como-evitar-uma-rede-wi-fi-insegura/3593/>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

Segundo o parágrafo anterior, apenas uma simples conexão em uma rede wireless que até então seria inofensiva, gerou várias violações fundamentais de direitos e garantias na vida deste usuário, como a violação da vida privada, de correspondência por exemplo, e futuramente caso os equipamentos com chip e internet forem hackeados¹³, caberá com certeza alguns dos delitos expressos no tópico 3 desta escrita.

Em consequência desta falta de segurança em redes wireless, se recomenda que os usuários nunca se conectem em redes que tenha certeza desta segurança como em sua casa e ou trabalho (caso o trabalho possua medidas de segurança). E ainda assim não fornecer a sua senha de internet residencial para exclusivamente ninguém.

Seguem algumas medidas expressas pela Microsoft (2017)¹⁴ para que se obtenha uma maior segurança acerca de violação de dispositivos informáticos:

- Não visitar sites não seguros, suspeitos ou falsos;
- Não abrir emails e anexos de email que você não estava esperando ou enviados por pessoas que você não conhece. (situação abordada nesta escrita);
- Não abrir links mal-intencionados ou ruins em emails, Facebook, Twitter e outras postagens de mídias sociais ou em chats de mensagens instantâneas, como o Skype.
- Manter seu computador atualizado com a versão mais recente do sistema operacional;
- Fazer backup do conteúdo em seu computador com regularidade;
- Manter duas cópias de segurança dos dados do computador, em dispositivos distintos.

Outros autores, como o Cleórbete Santos¹⁵, profissional de Segurança da Informação, seguem algumas das suas medidas:

- Buscar utilizar o melhor antivírus e o navegador mais seguro;
- Manter atualizados o Windows, aplicações instaladas e antivírus;
- Nunca abrir anexos sem ter certeza da origem;
- Usar firewall;
- Nunca usar softwares não originais.
- Proteção das Informações por Backup (como política de segurança).

Assim como a Kaspersky (2017)¹⁶ que é uma das grandes empresas mundiais quando se fala em segurança da informação, fala que:

- Devem ser evitadas redes sem fios desconhecidas.

¹³ Hackeados: violação de segurança por hacker / cracker.

¹⁴ MICROSOFT. Proteger seu computador contra ransomware. 2017. [Em linha]. Disponível em: <<https://support.microsoft.com/pt-br/help/4013550/windows-protect-your-pc-from-ransomware>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁵ SANTOS, Cleórbete. Muito Além do Antivírus. Palmas: [s.e.], 2017. [Edição do Kindle].

¹⁶ Kaspersky. Milhões de Smartphones Vulneráveis a Pontos Falsos. [Em linha]. Disponível em: <<https://www.kaspersky.com.br/blog/milhoes-de-smartphones-vulneraveis-%E2%80%8B%E2%80%8Ba-pontos-falsos-de-wi-fi/3535/>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

Diante do crescimento da conduta de oferecer acesso a internet grátis através de redes sem fio, por estabelecimentos, cria-se uma brecha para que pontos de acesso falsos sejam criados por hackers mal-intencionados com finalidades ilícitas diante dos dispositivos que conectarem nesta. Mas caso o usuário necessite o acessar a internet por uma rede pública seguem algumas das medidas propostas pela Kaspersky (2017)¹⁷:

- Desconfie de todos os pontos de acesso;
- Tente verificar a legitimidade do ponto de acesso;
- Use uma VPN (Virtual Private Network);
- Evite acessar sites específicos (redes sociais ou bancos, por exemplo);
- Proteja seu dispositivo.

As medidas de segurança são básicas e simples, e ainda assim é a principal ferramenta de proteção que um usuário pode proporcionar para si mesmo. Todo esse procedimento de segurança é de extrema necessidade para se manter tantos os dispositivos pessoais seguros, seja computador, smartphone ou equipamentos IoT.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tecnologicamente, estamos sempre no modo evolução ativo, diante de uma sociedade que cada vez mais necessita da tecnologia para facilitar a vida de nós, seres humanos, através das inovações que fazem com que a informação seja cada vez mais automática.

Estamos vivendo em uma cibercultura onde cada vez mais termos facilidades acessíveis através dos dados que produzimos, sejam direcionados a outros humanos, sejam coletados pelas máquinas. E quando se fala em máquina que pode compreender, surge o viés da IoT (*Internet of Things*), Internet das Coisas, que através de um chip de processamento buscarão cada vez mais entender as nossas necessidades, agilizando os resultados que pretendemos.

As coisas com internet, ou seja, as máquinas cada vez terão mais acesso a nossas privacidades e intimidades, e expostas a tanta informação que sequer realizamos produzir, acabarão por perceber eventos e pessoas sem mesmo que percebamos. Mas ao saber tanto sobre nós mesmos, juntamente com nossa acomodação em ter tantos serviços com esforço mínimo, estamos sob o risco das consequências dessa união, visto que o fato de um equipamento IoT hackeado dar acesso a dados completos da vida privada e a intimidade de alguém, para outrem, de má-fé.

Algumas medidas básicas poderão ser buscadas para minimizar tais riscos, e ainda que os equipamentos possuam meios de segurança nativos, como também a responsabilidade dos governos em prover segurança seja vital, os usuários será a principal ferramenta de proteção diante de suas atitudes, passando assim a ter papel fundamental nesse cenário de fluxo incontável de informação.

¹⁷ Kaspersky – Segurança em Redes Wi-Fi Públicas. [Em linha]. Disponível em: <<https://www.kaspersky.com.br/resource-center/preemptive-safety/public-wifi>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CÓDIGO Penal Brasileiro - **Decreto-Lei 2.848/1940, de 07 De dezembro**. [Em linha] Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 set. 2017.

COELHO, Pedro. **Internet das Coisas: Introdução Prática**. Lisboa: FCA. 2017.

KASPERSKY: **Como Evitar uma rede wi-fi insegura**. [Em linha]. Disponível em: <<https://www.kaspersky.com.br/blog/como-evitar-uma-rede-wi-fi-insegura/3593/>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. **Milhões de Smartphones Vulneráveis a Pontos Falsos**. [Em linha]. Disponível em: <<https://www.kaspersky.com.br/blog/milhoes-de-smartphones-vulneraveis-%E2%80%8B%E2%80%8Ba-pontos-falsos-de-wi-fi/3535/>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. **Segurança em Redes Wi-Fi Públicas**. [Em linha]. Disponível em: <<https://www.kaspersky.com.br/resource-center/preemptive-safety/public-wifi>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

MICROSOFT. **Proteger seu computador contra ransomware**. 2017. [Em linha]. Disponível em: <<https://support.microsoft.com/pt-br/help/4013550/windows-protect-your-pc-from-ransomware>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

SANTOS, Cleórbete. **Muito Além do Antivírus**. Palmas: [s.e.], 2017. [Edição do Kindle].

UNDERSINGER, Martin. **Anonymay sur Internet**. Paris: Eyrolles. 2016.

O GARIMPO ILÍCITO NA TERRA INDÍGENA YANOMAMI ENTRE A COSMOVISÃO INDÍGENA E AÇÕES ESTATAIS

ILLEGAL ARTISANAL MINING IN THE YANOMAMI INDIGENOUS LAND BETWEEN THE INDIGENOUS WORLDVIEW AND STATE ACTIONS

Alan Robson Alexandrino Ramos¹ | Francilene Dos Santos Rodrigues²

Resumo: A exploração de ouro na Amazônia, especialmente em garimpos no interior de terras indígenas, é atividade lucrativa, poluidora e ilícita, classificada como criminosa pela legislação estatal. É realizada de forma clandestina com utilização de pessoal e equipamentos que fazem a sucção de material do leito de rios ou através do jateamento de barrancos, com ulterior separação do ouro através de processos de gravimetria e amalgamamento, com uso e descarte de mercúrio no meio ambiente. Objetivase o cotejo das consequências do garimpo, entre as percepções ameríndias, especialmente dos índios Yanomami, e o sistema jurídico da justiça criminal estatal, decorrente da tutela penal do meio ambiente. A análise é bibliográfica e documental, envolvendo a literatura jurídica, antropológica e depoimentos dos envolvidos no garimpo na Terra Indígena Yanomami, bem como da observação participante dos autores, que pesquisam e atuam em atividades profissionais correlatas ao fenômeno, analisando-se as respostas estatais a um caso concreto de extração ilícita de ouro na Terra Indígena Yanomami, ocorrido em julho de 2017. Percebeu-se que, sob o perspectivismo ameríndio, há distinto vislumbre da relação homem-natureza. A partir de tal cosmovisão, apresentam discurso e ações de maior respeito e valor ao Meio Ambiente, mais combativo que o do sistema de justiça estatal em relação às decorrências do garimpo na Amazônia. No discurso Yanomami, a fumaça do garimpo – *Xawara* – culminará em doenças incuráveis e na queda do céu, ou, em seu similar na compreensão ocidental não indígena, no fim do mundo. No sistema criminal estatal, há consequências jurídicas brandas aos envolvidos na extração ilegal de ouro, o crime é classificado como de menor potencial ofensivo e não há, em regra, prisão dos envolvidos, gerando sensação de impunidade e reiteração de práticas ilícitas geradoras de poluição.

Palavras-Chave: Garimpo. Meio Ambiente. Tutela Penal. Ameríndios. Perspectivismo.

Summary: Gold mining in the Amazon, especially in mines in the interior of indigenous lands, is a profitable, polluting and illegal activity, classified as criminal by state legislation. It is carried out clandestinely with the use of personnel and equipment that suck up material from the riverbed or through the blasting of gullies, with further separation of the gold through gravimetry and amalgamation processes, with the use and disposal of mercury into the environment. The objective of this study is to compare the consequences of mining among Amerindian perceptions, especially of the Yanomami Indians, under the anthropological categories of perspectivism and multinaturalism and the state criminal justice system, arising from the environmental crime protection. This bibliographic and documentary analysis, comprises the juridical and anthropological literature and testimonies of those involved in the mining of the Yanomami Indigenous Land, as well as the participant observation of the authors, who research and act in professional activities related to the phenomenon, analyzing the state responses to a particular case of illegal gold extraction in the Yanomami Indigenous Land, which took place in July 2017. It was found that, under Amerindian perspectivism, there is a distinct view of

1 Universidade Federal de Roraima. Doutorando em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Roraima. Bacharel em Filosofia pela Universidade Sul de Santa Catarina. Delegado de Polícia Federal.

2 Universidade Federal de Roraima. Professora Adjunta Universidade Federal de Roraima – programas de pós-graduação Sociedade e Fronteiras e Recursos Naturais. Pós-doutorado pela Universidade de Huelva - Espanha - Programa de Gênero, Identidade e Cidadania. Doutora em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília.

the man-nature relationship. From this view, discourse and actions of greater respect and value to the environment are presented; these being more antagonistic than that of the state justice system in relation to the consequences of mining in the Amazon. In the Yanomami discourse, the smoke produced during the mining activities – also known as Xawara – will culminate in incurable diseases and the fall of the sky, or in the equivalent non-indigenous western understanding, the end of the world. In the state criminal justice system, soft legal consequences apply to those involved in the illegal extraction of gold; it is considered a lower offence crime and as a rule, imprisonment is not stipulated for those involved, generating a sense of impunity and reiteration of illegal practices that generate pollution.

Keywords: Mining. Environment. Criminal protection. Amerindians. Perspectivism.

1 INTRODUÇÃO

A mineração ilegal em terras indígenas na Amazônia é atividade criminosa que se desenvolve há aproximadamente 50 anos e envolve logística arquitetada e onerosa. Estima-se, no ano de 2016, em dez milhões de reais o faturamento da extração mensal de ouro no rio Uraricoera, no interior da Terra Indígena Yanomami, oeste de Roraima. Os índios Yanomami suportam diretamente as consequências danosas dessa exploração minerária ilegal (FIOCRUZ, 2016; MILARÉ, 2004; MACHADO, 2016), sem que sua rica cosmovisão indígena (CASTRO, 2015; BARRETO, 2014) seja refletida na deficiente atuação estatal repressiva e punitiva da atividade ilegal (BRASIL, 2017b).

Enquanto na compreensão dos indígenas da floresta os efeitos da mineração ilegal são devastadores e culminará na morte de toda a fauna e flora existentes (KOPENAWA; ALBERT, 2015), o Estado atua, através de leis e políticas públicas, sem aplicação efetiva de relevantes consequências penais aos autores de crimes (BRASIL, 1995). Há uma assimetria valorativa do meio ambiente como bem (FIORILLO, 2011), refletida nas divergentes consequências punitivas entre as ações do Estado e naquilo que compreendem os povos indígenas da Amazônia.

No fenômeno da mineração na Amazônia, especificamente nas relações entre Estado e indígenas Yanomami, perquire-se, através de análise documental, bibliográfica e estudo de caso como observadores participantes, quais as percepções ameríndias sobre a exploração ilícita de ouro na Amazônia, as consequências ao infrator, no sistema jurídico estatal brasileiro, sobre essa exploração e o que fundamenta as discrepantes consequências punitivas para a exploração ilícita de ouro na Terra Indígena Yanomami – Amazônia, em se comparando as cosmologias ameríndias e a tutela penal do meio ambiente, refletida em leis e ações estatais.

2 A EXPLORAÇÃO ILÍCITA DE OURO NA AMAZÔNIA NA COSMOVISÃO INDÍGENA

É dificultoso o levantamento daquilo que pensa o conjunto dos indígenas da floresta Amazônica sobre um fenômeno executado por não indígenas – a exploração de ouro, “recurso mineral mais famoso da história da humanidade” (FEIGELSON, 2014, p. 247), em suas terras e as decorrências ao meio ambiente e aos povos indígenas.

A atuação dos pesquisadores, como servidores públicos, demonstra que cada representante indígena, chamados de “tuxauas” no norte do país, têm distintas percepções, inclusive opostas análises sobre a exploração de recursos naturais em terras indígenas. Entretanto, há manifestação uníssona de lideranças Yanomami sobre os malefícios do garimpo ilícito ao meio ambiente e reiteradas exigências de combate estatal ao crime.

O estudo antropológico dos índios da floresta aponta a existência de um elaborado pensamento (CASTRO, 2015) que ainda não é considerado em políticas públicas nas terras indígenas. Há necessidade de labor estatal para compreender as vozes indígenas e refleti-las em leis e políticas públicas, mormente na tutela penal do meio ambiente, considerando divergências nas bases do conhecimento indígena e no conhecimento científico, pois “o que uns chamam de ‘natureza’ pode bem ser a ‘cultura’ dos outros (CASTRO, 2015, p. 53) ou que “os animais também são humanos” (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 206).

Davi Kopenawa, xamã Yanomami, tem destacada representatividade dos índios Yanomami, por ter atuação em foros políticos nacionais e internacionais, bem como densa literatura sobre sua história e identidade (KOPENAWA; ALBERT, 2015). O Xamã Kopenawa é um dos responsáveis pela “notoriedade científica e midiática” (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 557) dos Yanomami., indígenas com terras demarcadas em 1992 (BRASIL, 1992) no extremo norte do Brasil.

Entretanto, tal representatividade é contestada por outros líderes de comunidades indígenas Yanomami, com menos voz e representatividade política no Brasil e exterior. Buscamos apresentar, na literatura antropológica e experiência profissional, elementos para a compreensão indígena do fenômeno da extração ilícita de ouro e consequências dessa atividade criminosa.

O interesse na busca do ouro na Amazônia por não indígenas, “povo da mercadoria” (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 407), se dá em face do esgotamento dos recursos naturais nas terras dos brancos, tendo como consequência que, na busca do ouro

Se puseram a cortar todas as árvores, a maltratar a terra e a sujar os rios. Começaram onde moravam seus antepassados. Hoje já não resta quase nada de floresta em sua terra doente não podem mais beber a água de seus rios. Agora querem fazer a mesma coisa na nossa terra (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 407).

Para convencer os Yanomami a permanecerem nas terras indígenas da Amazônia, os exploradores de ouro oferecem em troca “facões e machados novos, panelas de metal brilhante, grandes espelhos, peças de pano vermelho, redes enormes de algodão colorido e espingardas barulhentas como trovões” (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 409).

Debate-se soluções fáceis e rápidas para regularização do garimpo, como o pagamento de impostos e *royalties* aos indígenas, mas a solução para o fenômeno não é tão simples como poderia pensar o agente estatal tomador de decisões em políticas públicas. Os Yanomami não têm o apego às mercadorias como relação de propriedade compreendido na sociedade não indígena, sendo comum as constantes trocas e doações de mercadorias entre indígenas e não indígenas (KOPENAWA; ALBERT, 2015). Lembra o Xamã Yanomami que “o dinheiro não nos protege, não enche o estômago, não faz nossa alegria” (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 217).

O elaborador de leis, o agente estatal aplicador em políticas públicas, a ciência do direito e a consequente tutela penal do meio ambiente precisam conhecer o indígena, tirando seu pensamento da “antessala do verdadeiro conhecimento verdadeiro (a Ciência), cada vez que ele parece querer ultrapassar os limites modestos e confortáveis da enciclopédia e da categorização” (CASTRO, 2015, p. 73).

O antropólogo Eduardo Viveiros de Castro, prefaciando a obra do Xamã Yanomami, afirma que

O sistema do garimpo é semelhante ao do narcotráfico, e, em última análise, à tática geopolítica do colonialismo em geral: o serviço sujo é feito por homens miseráveis, violentos e despreparados, mas quem financia e controla o dispositivo, ficando naturalmente com o lucro, está a salvo e confortável bem longe do front, protegido por imunidades as mais diversas (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 23).

Mais do que esse engenhoso sistema capitalista de exploração ilegal de recursos naturais, tomando a extração de ouro como uma “agressão sumária à natureza adormecida, representando um dos ramos industriais mais perversos do ponto de vista ambiental” (MILARÉ, 2004, p. 325), o Xamã Yanomami vislumbra o garimpo como causador de severos danos no mundo (ou no que chamamos de meio ambiente na cosmologia não indígena), que culminarão na queda do céu, esmagando a população indígena e não indígena (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 194).

A atuação ilícita na extração de ouro gera dano ambiental, compreendido na ótica Yanomami, que vê que “As fumaças das máquinas e dos motores são perigosas para os habitantes da floresta. Trata-se também de fumaça de metal, fumaça de epidemia. Jamais tínhamos cheirado tal coisa antes da chegada dos brancos” (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 310).

Para obter o ouro, o Xamã Yanomami detalha que os garimpeiros “lavam o pó de ouro misturando-o com o que chamam de azougue. Os outros brancos chamam isso de mercúrio” (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 336).

O ouro e outros minérios deveriam ficar debaixo da terra, onde foram deixados, na ótica Yanomami, pelo Deus Omama (KOPENAWA; ALBERT, 2015), tendo como finalidade a sustentação do mundo (KOPENAWA; ALBERT, 2015). Em sendo extraído, é liberada a fumaça de epidemia Xawara, que matará todos os Yanomami (KOPENAWA; ALBERT, 2015), bem como os não indígenas, pois a Europa e a floresta são o mesmo mundo (KOPENAWA; ALBERT, 2015) sustentado pelos metais incrustados no subsolo.

Portanto, o garimpo na Terra Indígena Yanomami culminará em danos irreversíveis ao meio ambiente (ou Terra-Floresta, na ótica Yanomami) e, por consequência, o fim do mundo, com a morte de todos os yanomami e dos membros da sociedade não indígena.

3 TUTELA PENAL DA EXTRAÇÃO ILÍCITA DE OURO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E CONSEQUÊNCIAS AO AUTOR DE CRIME

Sabe-se da febre do ouro na Amazônia nas duas últimas décadas do século XX, em específico no oeste do Estado de Roraima, interior da Terra Indígena Yanomami (KOPENAWA; ALBERT, 2015), que culminou na morte de muitos indígenas Yanomami pelas doenças levadas pelos exploradores. Essa corrida do ouro ainda é uma realidade neste século XXI, com novas e sofisticadas nuances.

Em 06 de julho de 2017 pôde-se perceber uma das facetas da atual exploração de ouro na Amazônia. O Exército Brasileiro, em atuação conjunta com outros órgãos estatais que atuam na repressão ao garimpo em terras indígenas na Amazônia brasileira, difundiu Nota à Imprensa com título “1ª Brigada Infantaria de Selva – realiza interdição de área de degradação ambiental”, sendo noticiado flagrante de número estimado de 800 pessoas em atuação ilícita em um dos garimpos existentes na Terra Indígena Yanomami, às margens do rio Uraricoera, com apreensão de 25 motores e 06 balsas de garimpo.

Foi informado no texto oficial da divulgação dos órgãos estatais que “os cidadãos que trabalhavam no garimpo evadiram-se para o interior da selva e os que não estavam em flagrante de trabalho de garimpagem ilegal foram orientados a sair do interior da TIY.”³ A divulgação, decorrente de ação de vários órgãos estatais que atuam no combate a ilícitos na Amazônia, como Polícia Federal, Ibama, FUNAI e Polícia Militar, foi acompanhada de fotos anexadas ao e-mail, que demonstram impactos ambientais da ação criminosa na floresta Amazônica, no interior da Terra Indígena Yanomami, às margens do Rio Uraricoera.



Fonte: Disponível em: <<http://www.defesaaereanaval.com.br/operacao-curare-viii-cidade-de-garimpeiros-em-plena-selva-amazonica-no-interior-de-roraima/>> | <<http://www.1bdainfsl.eb.mil.br/>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

Percebe-se no fato noticiado a necessidade de rediscussão da mineração artesanal da Amazônia e da geografia do ouro da Amazônia, pois já se apontou que “não há mais terreno fértil para novos impulsos de crescimento populacional em busca de ouro” (WANDERLEY, 2015, p. 78). Mantém-se na região a exploração de ouro “do tipo desmonte hidráulico sobre os depósitos aluvionares, mas também por balsas e dragas trabalhando nos leitos dos rios” (IDEM, p. 100).

As leis brasileiras, em caso de flagrância de práticas criminosas, preveem rito procedimental que precisa ser cotejado com o fato, conforme noticiado pelo Estado brasileiro.

A Constituição Federal, regulando o meio ambiente como bem jurídico (FIORILLO, 2011, p. 173) no artigo 225, determina “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, detalhando nos parágrafos desse dispositivo constitucional que “Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado” e “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas” (BRASIL, 1988)

O artigo 6º do Código de Processo Penal brasileiro apresenta deveres à autoridade policial ao se deparar com uma prática criminosa como a noticiada (BRASIL, 1941). Quanto aos envolvidos na prática criminosa flagrancial, o artigo 301 do Código de Processo Penal brasileiro determina que “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (BRASIL, 1941)

Na divulgação do fato sob análise, observamos que houve fuga de uma parte dos envolvidos no ilícito e, quanto aos que permaneceram na área de garimpagem ilegal, orientação pelos servidores públicos para que deixassem a área. Foi informado que a estrutura do garimpo foi inutilizada pelas forças estatais.

As leis penais protegem bens mais caros à sociedade, prevendo penas de prisão aos infratores. A prisão é das mais graves penas inscritas do ordenamento jurídico brasileiro, restrita àqueles que subsumam suas condutas aos tipos penais previstos na legislação brasileira.

Para aplicação das leis penais estatais em desfavor dos envolvidos em práticas ilícitas, com aplicação de penas ao final de um processo penal, é necessária apuração dos crimes em procedimento investigatório, em regra o inquérito policial, que tem como objetivo apurar, nos autos de um procedimento policial formal, a autoria e materialidade criminosa. Com o resultado do inquérito policial, havendo indícios de prática criminosa, é possível ao Ministério Público – titular da ação penal - ingressar em juízo para aplicação da lei penal decretada pelo Poder Judiciário.

Nada obstante a relevante atuação de órgãos estatais noticiada neste estudo de caso, sem a prisão em flagrante dos envolvidos e apreensão dos instrumentos e objetos ligados ao crime a aplicação da lei penal restou extremamente dificultada. Sem a atuação ditada pela legislação processual penal, no calor dos acontecimentos flagrados pelos agentes estatais, não restaram atendidos os dispositivos constitucionais que determinam proteção ao meio ambiente e que determinam responsabilização penal, administrativa e cível do infrator explorador de recursos naturais na Amazônia.

A destruição imediata do material utilizado na prática ilícita também é relevante do ponto de vista da interrupção da prática ilícita, mas impede a atuação policial investigativa para aplicação da lei penal, por carência de materialidade criminosa, frustrando ulterior ação penal. Ademais, sem apreensão de maquinário, documentos e aparelhos de comunicação ou eletrônicos (inclusive ocultados por criminosos), fica obstada a descoberta de outros envolvidos no crime, sem atuação direta na floresta, como fornecedores, financiadores, transportadores ou receptores do ouro oriundo do garimpo ilegal na Amazônia.

A tutela penal do meio ambiente, na proteção desse bem com regulação constitucional, tem “*una dimensión no sólo disuasoria sino también simbólica ya que determina el grado de importancia que para las sociedades odernas tiene la protección ambiental*” (BORRILLO, 2011, p. 5), mas só se efetiva a tutela penal quando o Estado age, em obediência à legislação, na identificação do criminoso, apreensão e perícia da materialidade criminosa (MACHADO, 2016) e investigação de todas as nuances da prática criminosa, possibilitando atuação do Poder Judiciário na aplicação da lei penal.

Analisando o mesmo fenômeno na União Europeia, quanto á perícia para aplicação da lei penal, afe-re-se que “*la complejidad de la matéria ambiental hace necesario el auxilio de peritos (ingenieros, químicos, geólogos, etc.) en el proceso, capaces de aportarle al juez los elementos necesarios para determinar la responsabilidad*” (BORRILLO, 2011, p.12).

No Brasil, em caso de atuação estatal conforme a lei, com efetiva prisão ou identificação dos autores da prática criminosa, apreensão e perícia nos objetos de crime – balsas, máquinas, bateias, mercúrio – as leis brasileiras possibilitam as respostas penais, em regra, por crimes contra o meio ambiente e contra o patrimônio da União, respectivamente artigos 55 da lei 9.605/98 (BRASIL, 1998) e 2º da lei 8.176/91, conforme decisões reiteradas da justiça brasileira (BRASIL, 2015; BRASIL, 2017; BRASIL, 2017b):

Art. 55 da Lei n. 9.605/98.

Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. (BRASIL, 1998)

Art. 2º da Lei n. 8.176/91.

Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no caput deste artigo. (BRASIL, 1991)

A comparação entre as penas previstas para as condutas citadas – crime contra o meio ambiente na lei de crimes ambientais e crime contra o patrimônio da União previsto na lei 8.176/91 – permite afe-rrir que o legislador entende que o meio ambiente tutelado pela lei penal merece sanção ao infrator de detenção de no máximo um ano, enquanto a subtração de bem da União consistente nos minérios extraídos da Amazônia, merece sanção maior, de cinco anos, com valorização bem maior do patrimônio que do meio ambiente.

O crime contra o meio ambiente consistente na exploração ilegal de minérios, é considerado de menor potencial ofensivo para a tutela penal brasileira (BRASIL, 1995; BRASIL, 2001), havendo projeto de lei tramitando desde o ano de 2007 no intuito de reforçar as penas do crime (BRASIL, 2007). A literatura jurídica aponta a pena de prisão como inadequada resposta para crimes contra o meio ambiente (MILARÉ, 2004; MACHADO, 2016).

Em análise do ordenamento jurídico, afere-se portanto que são extremamente brandas as consequências penais do crime ambiental de extração ilícita de ouro na Amazônia. Assim como na Europa, “*La mayoría de los delitos ecológicos implican la pena de prisión*” (BORRILLO, 2011, p. 12), mas a jurisprudência brasileira demonstra, por outro lado, que não são aplicadas, em regra, pena de prisão aos condenados por crimes ambientais.

Após o fim do processo, em confirmada a prática criminosa em sentença criminal, a prática dos tribunais aponta que não são culminadas penas de prisão nem mesmo para a soma de ambos os crimes – contra o patrimônio da União e contra o meio ambiente – cometidos em concurso formal (BRASIL, 2012; FEIGELSON, 2014), em face de regras de execução penal que permitem substituição das penas de prisão por restritivas de direitos e multa, possibilitando ainda transação penal, suspensão do processo e da pena (BRASIL, 2017b; MILARÉ, 2004).

O mesmo desvalor ao meio ambiente, refletido em leis penais, ocorre em outros países, “*a pesar de sanciones severas, los delitos ecológicos como los delitos económicos continúan gozando de una relativa impunidad en los diferentes países de la Unión Europea y particularmente en España*” (BORRILLO, 2011, p. 13).

No Brasil, as prisões preventivas, no curso do processo, quando eventualmente deferidas de forma fundamentada pelo Poder Judiciário em primeira instância, para proteção cautelar do meio ambiente em casos de exploração ilegal de minérios, são normalmente revertidas em recursos junto aos tribunais (BRASIL, 2016; BRASIL, 2016b), fundamentando-se que crimes contra o meio ambiente não são praticados “com violência ou grave ameaça à pessoa nem seja daqueles que causam clamor público” (BRASIL, 2017c) bem como sob argumento de que se, em caso de condenação, as penas ao fim do processo são brandas, não culminando na efetiva prisão dos envolvidos, não se justifica a prisão cautelar durante o curso do processo.

A tutela penal do meio ambiente no tocante à exploração ilícita de ouro na Amazônia poderia ser mais eficiente, refletindo as vontades indígenas diretamente afetadas, caso aplicada a teoria jurídica dos delitos de acumulação ou crimes cumulativos:

Os delitos cumulativos compreendem ações que, consideradas isoladamente, não possuem o condão de afetar o bem jurídico, adquirindo relevância penal a acumulação dos comportamentos humanos. Significa dizer que a probabilidade efetiva de sua multiplicação configura o motivo de inserção da figura no campo jurídico-penal. (LIMA, 2009, p. 54).

Cada um dos envolvidos na extração ilícita de ouro na Amazônia comete atos que, analisados individualmente, podem ser considerados irrelevantes a violar o bem jurídico meio ambiente, tutelado pela lei penal.

Considerados os atos em conjunto, a ação dos envolvidos na atuação ilegal flagrada na Floresta Amazônica, sejam aqueles que trabalham no refeitório, limpeza, financiadores, receptores do ouro, transporte de combustível, mecânica de maquinário, mergulhadores, pilotos de aeronaves ou de embarcações, a violação do bem jurídico meio ambiente é patente, afetando diretamente os indígenas moradores das terras exploradas e o meio ambiente, merecendo resposta efetiva da tutela penal estatal.

4 CONCLUSÃO

As divergências entre a tutela penal ambiental e os saberes yanomami sobre o meio ambiente decorrem das extremamente distintas percepções do cosmo e da relação entre homem e natureza, entre os ameríndios e a sociedade não indígena, com consequentes compreensões e valorações díspares do meio ambiente como bem a ser protegido pela sociedade pelas leis e políticas públicas.

A sociedade não indígena vê o meio ambiente como fonte de recursos a serem explorados, com reflexos na previsão de penas de pequena monta a violadores da lei penal e ações estatais repressivas deficientes, que culminam em não aplicação da lei penal ambiental. O discurso yanomami vislumbra a natureza e o meio ambiente como bens maiores, cuja exploração, especialmente dos minérios do subsolo, pode resultar na queda do céu, ou em palavras não indígenas, no fim do mundo.

Os Ameríndios da Terra Indígena Yanomami compreendem que a exploração ilícita de ouro em terras indígenas é causa de doenças incuráveis no mundo e culminará no próprio fim do mundo dos brancos e dos índios. Tal cosmovisão Yanomami, se compreendida, discutida e considerada na elaboração de leis pelos não indígenas, seria suficiente a uma maior valoração do bem penal tutelado – meio ambiente. Interpretando-se a cosmovisão Yanomami, deveria haver maior controle estatal na vedação da exploração ilícita de minérios na Amazônia e recrudescimento da tutela penal decorrente da exploração ilícita de ouro, em face das gravosas consequências ao meio ambiente.

O sistema jurídico estatal, seja na análise de caso, legislação penal ou nas jurisprudências citadas, apresenta respostas brandas à violação da lei penal ambiental, tomando o crime de mineração ilegal, inscrito no artigo 55 da lei de crimes ambientais, como de menor potencial ofensivo e ratificando a cosmovisão ameríndia de que o não indígena são os “seres da mercadoria”, despreocupados com as consequências da exploração de minérios em terras indígenas.

As divergências na comparação entre as consequências punitivas decorrentes da extração ilícita de ouro na Amazônia, na cosmologia ameríndia e no sistema jurídico estatal, confirmam o histórico descompasso brasileiro entre o a produção legislativa, atuação em políticas públicas estatais e o que compreendem e almejam as populações de minorias indígenas diretamente afetadas pela poluição ambiental decorrentes da extração aurífera ilícita na Amazônia. O clamor indígena apontado no primeiro capítulo não tem força para chegar às leis e aos os tribunais brasileiros.

Toda a sociedade brasileira suporta os prejuízos das externalidades negativas da extração ilícita de ouro na Amazônia, atividade econômica que gera lucros para poucos financiadores e executores da atividade, mas os indígenas da floresta são mais diretamente afetados pelas consequências dessa poluição, não tendo voz nos foros políticos para que essa afetação seja considerada na legislação e atuação estatal.

A assimetria valorativa do bem ambiental, refletida nas divergentes consequências punitivas entre as ações do Estado e na compreensão dos povos indígenas da Amazônia, não encontra eco no pretensão multiculturalismo e convivência não hierárquica e multicultural entre povos indígena e não indígenas no Brasil (BAUMAN, 2012), como registra parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro (BRASIL, 2009), nem é consonante com a boa perspectiva de Feigelson (20014), que vislumbra uma futura harmonia entre mineração e meio ambiente.

O estudo confirma, por outro lado, que a região amazônica, em face da branda aplicação da tutela penal do meio ambiente, ainda aparece neste século XXI “como um vazio que precisa ser vencido em nome de um projeto integrador e desenvolvimentista” (COSTA; OLIVEIRA; RAVENA, 2017, p. 17), desde que a ‘indolência’, a ‘preguiça’, a ‘corrupção dos costumes’ indígenas, entre outros obstáculos da ótica etnocêntrica não indígena possam ser removidas (CARVALHO, 2005, p. 93). A ação estatal na valoração ambiental desconsidera a rica cosmovisão indígena (CASTRO, 2015; BARRETO, 2014) e o fato histórico de que esse “desenvolvimento” exploratório de recursos naturais resultou em 87 etnias indígenas destruídas na primeira metade do século XX (LENÁ, 1991, p. 39).

Para atuação equânime na proteção dos bens ambientais é necessária melhor relação dialógica entre os índios e o Estado, na regulação e atuação jurídico-penal que afetem bens fundamentais à existência dos povos indígenas. As percepções ocidentais universais de valorização do meio ambiente precisam ser submetidas ao diálogo com as realidades e cosmovisões locais, para que não seja repetida a histórica apropriação dos recursos naturais em terras indígenas pelo sistema econômico capitalista, global e hegemônico, que encontra eco na legislação penal estatal que dá tutela penal branda para proteção do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

- ALBERT, Bruce. Urihi: Terra, Economia e Saúde Yanomami. In: **Série Antropologia** 119.UNB, 1992.
- _____. O ouro canibal e a queda do céu: uma crítica xamânica da economia política da natureza. Trad. Alcida Ramos. In **Série Antropologia**. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://sis.funasa.gov.br/portal/publicacoes/pub405.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2016.
- BORRILLO, Daniel. Delitos ecológicos y derecho represivo del medio ambiente: reflexiones sobre el derecho penal ambiental en la Unión Europea. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 3(l), jan.-jun., p. 1-14, 2011.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei 80/2007**. Altera a pena cominada a crimes ambientais, previstos na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Autor Antonio Carlos Mendes Thame - PSDB/SP.08/02/2007.
- _____. **Código de Mineração**. Dec.Lei 227/1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/DeL0227.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.
- _____. **Constituição** (1988) Constituição da república federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015
- _____. Decreto-Lei 2.848/40. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/DeL2848compilado.htm>. Acesso em: 09 jul. 2017.
- _____. Lei 9.099/90. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 09 jul. 2017.
- _____. Lei 9.605/98. **Lei dos Crimes Ambientais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 09 jul. 2017.
- _____. Lei 10.259/01. **Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.html>. Acesso em: 09 jul. 2017.
- _____. **Os Indígenas no Censo Demográfico 2010**. IBGE, 2012. Disponível em: <http://indigenas.ibge.gov.br/images/indigenas/estudos/indigena_censo2010.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus** 48646. Relator Felix Fischer. 04/03/2015. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 08 jul. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** 111762. Relatora Carmem Lúcia. 13/11/2012. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 08 jul. 2017.
- _____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação** 00200020720114013600. Relator Ney Bello. 07/04/2017b. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Habeas Corpus** 00136340520174010000. Relatora Juíza Rogéria Maria Castro Debelli, 24/04/2017. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Habeas Corpus** 00111493220174010000. Relator Néviton Guedes, 06/04/2017c. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Habeas Corpus** 00414924520164010000. Relatora Mônica Sifuentes, 29/07/2016. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Habeas Corpus** 00414526320164010000. Relator Olindo Menezes, 27/07/2016b. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

CAHETÉ, Fredeciro Luiz Silva. A extração do ouro na Amazônia e suas implicações para o meio ambiente. **Revista Novos cadernos Naea**, V. 1, N. 2, 1998.

CASTRO, Eduardo Viveiro de. **A inconstância da alma selvagem: e outros ensaios de antropologia**. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

_____. **Metafísicas canibais: Elementos para uma antropologia pós-estrutural**. Cosac Naify, 2015.

CASTRO, Eduardo Viveiro de. DANOWSKI, Déborah. **Há um mundo por vir?** Ensaio sobre os medos e os fins. Instituto Socioambiental. Desterro, 2014.

CLEARY, David. **A garimpagem de ouro na Amazônia: uma abordagem Antropológica**. Rio de Janeiro - RJ: UFRJ. [1992] 1990.

CURI, Melissa Volpato. **Mineração em Terras Indígenas: caso Terra Indígena Roosevelt**. IGEO/ UNICAMP, Campinas, 2015. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?-code=vtls000375632>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. Aspectos legais da mineração em terras indígenas. **Revista de Estudos e Pesquisas**, FUNAI, Brasília, v.4, n.2, p. 221-252, 2007.

FEIGELSON, Bruno. **Curso de Direito Minerário**. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

FIOCRUZ. **Avaliação da exposição ambiental ao mercúrio proveniente da atividade garimpeira de ouro na terra indígena Yanomami, Roraima, Amazônia, Brasil**. 2016.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. Ed.ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANKS, Daniel M.; BOGER, David V.; CÔTE, Claire M.et al. Sustainable development principles for the disposal of mining and mineral processing wastes. **Resources Policy**, V. 36, Issue 2, Jun. 2011.

FRÉRY, N.; MAURY-BRACHET, R.; MAILLOT, E et al. Gold-Mining Activities and Mercury Contamination of native amerindian communities in French Guiana: Key Role of Fish in Dietary Uptake. **Environmental Health Perspectives**.V. 109, n. 5, French Guiana, 2001.

HACON, S; BARROCAS, P.G. R; VASCONCELLOS, A.C.S. de et al Um panorama dos estudos sobre contaminação por mercúrio na Amazônia legal no período de 1990 a 2005 – avanços e lacunas. **Revista Geochimica Brasiliensis**, 23(1), Rondônia, 2009.

KEMP, Deanna. BOND, Carol J. FRANKS, Daniel M. COTE, Claire. Mining, water and human rights: making the connection. **Journal of Cleaner Production**, 18, 1553-1562, 2010.

- KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. **A queda do céu: Palavras de um xamã yanomami**. Trad. Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- LIMA, Vinicius de Melo. O Princípio da culpa e os delitos cumulativos. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 63, p. 51-86, maio-set. 2009.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 24. Ed. rev., ampl.e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
- MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3. Ed.rev, atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- OLIVEIRO-VERBEL, Jesús. CABALLERO-GALLARDO, Karina. NEGRETE-MARRUGO, José. Relationship Between Localization of Gold Mining Areas and Hair Mercury Levels in People from Bolivar, North of Colombia. **Biol Trace Elem Res**, Dec, 144(1-3):1458, 2011.
- REPETTO, Maxim. Derechos indígenas y grandes proyectos de desarrollo: Guri, la línea de transmisión eléctrica Venezuela-Brasil. In: BAINES, Stephen; OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Nacionalidade e etnicidade em fronteiras**. Coleção Américas, UNB, Brasília, 2006.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIVAS, Alexandre. **Economia e valoração de serviços ambientais utilizando técnicas de preferências declaradas**. Manaus: EDUA, 2014.
- VELASQUEZ-LOPEZ, P. C. VEIGA, M.M., HALL, K. Mercury balance in amalgamation in artisanal and small-scale gold mining: identifying strategies for reducing environmental pollution in Portovelo-Zaruma, Ecuador. **Cleaner Production**, V. 18, 3, p. 226-232, 2010.
- WANDERLEY, Luiz Jardim. **Geografia do Ouro na Amazônia brasileira: uma análise a partir da porção meridional**. Tese, UFRJ/PPGG, 2015.

A (IM)POSSIBILIDADE DE MEDIDA PROVISÓRIA NA REGULAMENTAÇÃO DE ATIVIDADE MINERÁRIA

THE IMPOSSIBILITY OF A PROVISIONAL MEASURE IN THE REGULATION OF MINERAL ACTIVITY

Pedro Ataíde¹

Resumo: A mineração necessita de elevada estabilidade regulatória em virtude do alto risco da atividade. Nesse sentido, o presente artigo busca analisar se é possível a utilização de Medidas Provisórias na regulamentação de atividade mineral. Far-se-á pesquisa bibliográfica e documental, com a utilização do método dedutivo. O núcleo do Direito Minerário está contido no art. 176 da Constituição Federal, que foi alterado pela Emenda Constitucional promulgada em 1995. Considerando que, segundo o art. 246 da Constituição, é indevida a adoção de Medida Provisória na regulamentação de artigos com redação dada por Emenda Constitucional promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001, tem-se por inconstitucional a adoção do referido instrumento normativo no tratamento da atividade minerária.

Palavras-chave: Mineração. Medida provisória. Regulamentação.

ABSTRACT: Mining requires high regulatory stability due to the high risk of the activity. In this sense, the present article seeks to analyze if it is possible to use Provisional Measures in the regulation of mineral activity. Bibliographical and documentary research will be done using the deductive method. The core of the Mining Law is contained in art. 176 of the Federal Constitution of Brazil, which was amended by the Constitutional Amendment promulgated in 1995. Considering that, according to art. 246 of the Constitution, the adoption of a Provisional Measure in the regulation of articles with wording given by Constitutional Amendment promulgated between January 1, 1995 and September 11, 2001 is unconstitutional. It is considered unconstitutional the adoption of the mentioned normative instrument in the treatment of the activity mining.

Keywords: Mining. Provisional measure. Regulation.

1 INTRODUÇÃO

A mineração é caracterizada pela pesquisa e extração de recursos naturais não renováveis que constituem patrimônio da União. Por esse motivo, a atividade mineral só poderá ser realizada mediante anuência desse ente federado, que se perfaz por atos proferidos ou registrados pela Agência Nacional de Mineração (ANM) e/ou pelo Ministério de Minas e Energia (MME).

Na fase de pesquisa (também chamada de exploração), o minerador irá realizar os trabalhos de definição da jazida e de seu aproveitamento econômico; vale dizer, são os estudos teóricos e empíricos para identificar e definir a viabilidade econômica da jazida. Já na fase de lavra, chamada de exploração, ocorre a efetiva extração do minério. O Direito Minerário abrange as questões relacionadas à pesquisa e lavra de substâncias minerais e todos os aspectos decorrentes, como os *royalties*, as condições subjetivas do interessado em requerer direitos minerários, a relação com os proprietários/posseiros de imóveis, objeto de atividade mineral etc..

Em geral, os empreendimentos minerários demoram anos para alcançar a fase de lavra. Por esse motivo, a atividade é considerada de alto risco, pois exige elevado aporte financeiro para a atividade de pesquisa, que nem sempre consegue atingir a fase de lavra. Além disso, os que alcançam a etapa de lavra podem suportar prejuízos em decorrência da variação mercadológica no preço do minério.

¹ Advogado. Autor do livro "Direito Minerário" (Editora Juspodivm, 2017). Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela mesma Instituição.

Dessa forma, a estabilidade regulatória é essencial à mineração. Não é crível que as regras vigentes no início da pesquisa sejam modificadas no decorrer dos estudos e novamente alteradas na fase de lavra. À primeira vista, a edição de Medidas Provisórias para regular a atividade minerária não se apresenta como instrumento adequado para regulamentar o Direito Minerário, pois constitui espécie normativa com força de lei, mas de duração máxima de cento e vinte dias, cuja continuidade depende de sua conversão em espécie legal pelo Poder Legislativo.

Por sua vez, as disposições que fixam o regime jurídico do Direito Minerário² estão dispostas no art. 176 da Constituição Federal de 1988, que foi alterado pela Emenda Constitucional n° 6, de 1995. Ocorre que o art. 246 da mesma Carta veda a edição de Medida Provisória na regulamentação de artigo da Constituição com redação alterada por Emenda promulgada entre 1° de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001.

Nesse sentido, o problema da presente pesquisa consiste em analisar se é juridicamente possível a adoção de medida provisória na regulamentação da atividade minerária. A presente discussão ganhou especial relevo após a edição das Medidas Provisórias n° 789, 790 e 791, todas de 2017, que trouxeram modificações na estrutura regulatória do Direito Minerário.

A tramitação de tais Medidas Provisórias (na etapa do processo legislativo de conversão em lei) foi alvo do Mandado de Segurança n° 35371/2017, impetrado no Supremo Tribunal Federal (STF) por Deputado Federal, com o escopo de realizar o controle preventivo de constitucionalidade, impedindo o prosseguimento da deliberação legislativa. Utilizou-se como parâmetro a limitação formal do art. 246 da Constituição Federal.

Parte-se da hipótese de que não é juridicamente possível a adoção de Medida Provisória na regulamentação do art. 176 da Constituição, porque existe a limitação formal trazida pelo art. 246 do aludido diploma, além da inadequação de se usar espécie normativa com força de lei, mas que poderá caducar em poucos dias, caso não aprovada pelo Poder Legislativo.

Tem-se como objetivos o estudo da (in)adequação das Medidas Provisórias no tratamento da atividade minerária, bem como dos dispositivos constitucionais acima elencados e do Mandado de Segurança n° 35371/2017. Utilizar-se-á o método dedutivo, na medida em que investiga a limitação formal à edição de medidas provisórias (art. 246) para, num segundo momento, apreciar o problema específico regulamentação do núcleo do Direito Minerário (art. 176). Por fim, a pesquisa foi desenvolvida com base bibliográfica e documental.

2 A (IN)ADEQUAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO MINERÁRIO: O IMPERATIVO DA ESTABILIDADE REGULATÓRIA

As Medidas Provisórias são espécie normativa primária, oriundas de processo legislativo específico. Iniciadas pelo Chefe do Poder Executivo, nos casos de urgência e de relevância, possuindo força de lei. São submetidas de imediato ao Congresso nacional, de acordo com o art. 62, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (com redação dada pela Emenda Constitucional n° 32/2001).

Como o próprio nome já indica, as Medidas possuem caráter provisório, com prazo de vigência de sessenta dias, prorrogáveis (por idêntico período) quando a apreciação/votação não estiver encerrada nas duas Casas do Legislativo (art. 62, § 7°). Haverá perda da eficácia se as Medidas Provisórias não forem convertidas em lei (art. 62, § 7°).

2 E, por isso, as mais importantes. Constituem o núcleo do Direito Minerário.

Nessa senda, a espécie normativa em apreço possui dois pressupostos imprescindíveis: a relevância e a urgência. Não há, pois, conteúdo específico do que venha a ser urgente ou relevante. São conceitos vagos, embora existam circunstâncias em que é possível dizer, de forma cristalina, se a norma é ou não relevante/urgente.³

A respeito da relevância, tal requisito poderá ser vislumbrado na quase totalidade dos dispositivos que regulamentam a atividade, pois os minérios são bens imprescindíveis⁴ à satisfação das necessidades humanas. A mineração “não se restringe às pedras preciosas, mas abrange a água mineral, os agregados da construção civil (areia, cascalho, brita, caulim etc.), calcário, mármore, ferro, terras raras, minerais energéticos (a exemplo de petróleo, urânio e gás natural), dentre outros” (ATAÍDE, 2017, p. 36). É tão importante para a trajetória da espécie humana que a periodização da história ocidental é baseada nos estágios da mineração: paleolítico (ou pedra lascada), neolítico (ou pedra polida) e idade dos metais. Dessa forma, a maior parte das alterações no sistema normativo dos recursos minerais necessariamente possui relevância, ressalvadas as transformações pontuais (como a fixação de prazos e a exigência de documento).

Contudo, é difícil vislumbrar o requisito da urgência. Dificilmente ocorrerá hipótese em que determinada norma exija alteração imediata, apta a justificar o atropelamento do processo legislativo comum (ATAÍDE, 2017).

No aspecto econômico, a mineração é caracterizada pelas seguintes peculiaridades: alto risco de empreendimento e necessidade de altas taxas de retorno (HERRMANN, 2010). Conforme asseverou-se em outro trabalho, “o alto risco de empreendimento é o pressuposto econômico segundo o qual a chance de sucesso no desenvolvimento da atividade é relativamente pequena” (ATAÍDE, 2017, p. 49). Poucas áreas requeridas para pesquisa alcançam a etapa de lavra. Diversos fatores contribuem para essa situação, desde questões naturais (como baixa concentração de minério) até aspectos mercadológicos e de infraestrutura, a exemplo do preço da substância mineral, a inexistência de vias de acesso ao local da mina (estradas, linhas de trem, portos e aeroportos). Segundo dados do DNPM (BRASIL, 2018), no ano de 2017 foram outorgados 9.569 (nove mil quinhentos e sessenta e nove) alvarás de pesquisa e apenas 206 (duzentos e seis) títulos de lavra.

Do requerimento de pesquisa até a efetiva lavra, há normalmente o lapso temporal superior a uma década⁵ (SOUZA, 1995; FREIRE, 2011). Nesse período, o empreendedor apenas irá despender recursos financeiros. É bastante improvável que receba alguma receita em virtude dos trabalhos de pesquisa e de montagem do empreendimento. Por tais razões, há a exigência de altas taxas de retorno. “Se tantos fatores podem prejudicar o desenvolvimento da mineração, havendo baixo percentual de sucesso nas áreas requeridas, é forçoso inferir que serão exigidos ganhos elevados nos locais em que a lavra for alcançada” (ATAÍDE, 2017, p. 51). A pesquisa é incógnita, cujos trabalhos não trazem qualquer recompensa imediata ao pesquisador (BEDRAN, 1957).

Em virtude dessas peculiaridades, a mineração exige estabilidade regulatória, ou seja, segurança nas relações jurídicas estabelecidas no decorrer da atividade. Na verdade, a segurança jurídica é necessária em todas as searas do Direito, mas na atividade minerária recebe especial atenção, em decorrência dos aludidos riscos. As ameaças naturais, mercadológicas e sociais, aliadas ao longo prazo de maturação dos empreendimentos minerários, não devem conviver com alterações constantes no sistema normativo.

3 Na preleção de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 132): “Que é urgência? Que coisa deve ser havida como urgente? Mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido será inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou, no mínimo, existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora”.

4 “A mineração converteu-se em indústria fundamental dos povos. Estende-se a todas as latitudes do globo” (VIVACQUA, 1942, p. 9). “De fato, a vida hodierna não consegue prescindir das substâncias minerais, por constituírem elas, cada vez mais, elementos essenciais de grande parte dos produtos de uso cotidiano. Assim, as indústrias da construção, de cosméticos, de produtos farmacêuticos e eletrônicos, de vidros, metais, tintas, papéis e plásticos são apenas alguns exemplos da extensa e variada aplicação dos recursos minerais pela espécie humana, em especial nas sociedades contemporâneas” (VIANA, 2007, p. 80).

5 “Do automóvel ao tijolo, do cosmético à telefonia e da máquina hospitalar ao satélite, quase tudo o que se consome possui alguma espécie de minério ou é produzido com a utilização de algum recurso mineral” (FARIAS, 2015, p. 159).

5 Tal espaço de tempo diz respeito a empreendimentos de médio porte. Em projetos de grande porte e também de maior complexidade, o prazo deverá ser dilatado.

Nesse palmilhar, é difícil encontrar o requisito da urgência nas Medidas Provisórias que venham a regulamentar a atividade mineral, havendo vício de inconstitucionalidade formal por ausência de pressuposto da espécie normativa. A mineração não pode ficar refém de regra cuja vigência máxima seja de cento e vinte dias, caso não convertida em lei. Entretanto, conforme será demonstrado a seguir, o STF não tem admitido o controle jurisdicional dos pressupostos da urgência e da relevância, por entender que estão insertos na discricionariedade do Chefe do Executivo.

3 A LIMITAÇÃO FORMAL DOS ARTS. 246 E 176 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O art. 246 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/2001, determina que “é vedada a adoção de medida provisória na regulamentação⁶ de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive”. Ou seja, os dispositivos constitucionais alterados por Emendas promulgadas no período de 1º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001 não poderão ser regulamentados por Medida Provisória. Há, pois, clara limitação formal ao poder do Presidente da República de editar normas com força de lei. Observe-se que o dispositivo leva em conta a data de promulgação, e não de vigência ou publicação do ato normativo.

Faz-se mister analisar o art. 176 para verificar referida limitação:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

§ 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

Vê-se que apenas o § 1º sofreu transformação pela Emenda Constitucional nº 6/1995, a qual foi promulgada no período de limitação, estabelecido pelo art. 246 da Constituição Federal. À primeira vista, poder-se-ia indagar se a limitação será referente apenas ao § 1º, ou à totalidade do art. 176 (*caput* e §§ 1º a 3º).

Embora só o § 1º tenha sido alterado por emenda, todo o art. 176 deverá sofrer a limitação de regulamentação por Medida Provisória. Isso porque o art. 246 veda a regulamentação por meio de Medida Provisória “de artigo da Constituição”. Por essa terminologia, deve-se entender o artigo em si (*caput*) e dos elementos menores, quais sejam, os parágrafos. Se a limitação estivesse apenas na parte modificada, o art. 246 teria utilizado a expressão “dispositivo” (que iria abarcar artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens) no lugar de “artigo”.

⁶ Segundo Vital Moreira (1997, p. 35) a regulação, *lato sensu*, pode ser entendida como qualquer instrumento de intervenção estatal na economia. Pode também significar a intervenção do Estado na ordem econômica através da participação em atividades econômicas, ou mesmo (num sentido estrito) a limitação normativa das atividades econômicas privadas. Nesse sentido, a regulamentação nada mais é do que espécie da qual o termo regulação é gênero, relacionada à noção de Poder Regulamentar. Observe-se que nem sempre o poder de expedir normas estará presente do conceito de regulação; por esse motivo, não se pode confundir a regulação com o termo em língua inglesa *regulation*, que diz respeito apenas à regulamentação (FRISON-ROCHE, 2005, p. 214-215).

De acordo com o art. 10, II, da Lei Complementar nº 95/1998, “os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens”. Dessa forma, a modificação de qualquer dos desdobramentos do artigo implica em alteração do próprio artigo. Ressalte-se que, ao citar a referida Lei Complementar, não se está interpretando a Constituição de acordo com norma infraconstitucional. O que se faz, na verdade, é verificar a amplitude do termo “artigo” a partir da técnica legislativa vigente no Brasil, que está insculpida na Lei Complementar.⁷

Por sua vez, ao analisar a íntegra do art. 176 acima transcrito, percebe-se que as seguintes matérias não podem ser objeto de Medida Provisória:

- distinção entre a propriedade do imóvel e das jazidas, demais recursos minerais e potenciais de energia hidráulica (*caput*);
- domínio da União sobre os recursos minerais nas jazidas (*caput*);
- a propriedade do produto da lavra em favor do concessionário (*caput*);
- necessidade de autorização ou concessão da União para a pesquisa e a lavra de recursos minerais (§ 1º);
- a pesquisa e a lavra só poderão ser efetuadas sob o fundamento do interesse nacional, por pessoa física que apresente nacionalidade brasileira ou por empresa constituída na forma da lei brasileira, que tenha sede/administração no país (§ 1º);
- condições específicas, estabelecidas em lei, para a mineração localizada em faixa de fronteira e em terras indígenas (§ 1º);
- o proprietário do imóvel em que localizada a jazida terá direito à participação nos resultados da lavra, nos termos em que dispuser a lei (§ 2º);
- o título de autorização de pesquisa terá, necessariamente, prazo determinado (§ 3º);
- as autorizações de pesquisa e as concessões de lavra só poderão ser objeto de cessão ou transferência, total ou parcial, se houver prévia anuência do Poder Concedente (§ 3º);
- o aproveitamento de energia renovável de capacidade reduzida é dispensada de autorização/concessão (§ 4º).

As matérias elencadas acima representam o núcleo do Direito Minerário, estabelecendo seu regime jurídico e os aspectos mais importantes. Outros assuntos, se não tratarem diretamente do art. 176, estarão relacionados pela via reflexa. Dessa forma, a quase totalidade das regras legais em Direito Minerário não deverá ser alterada por Medida Provisória, em virtude da limitação formal do art. 246, da Constituição Federal.

Por fim, é importante destacar que o art. 177 também trata de mineração, mas não será objeto do presente artigo porque cuida apenas das substâncias sujeitas ao regime de monopólio (petróleo e gás natural).

4 ANÁLISE DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 35371/2017 (IMPETRADO NO STF) E BREVES COMENTÁRIOS ÀS MEDIDAS PROVISÓRIAS Nº 789, 790 E 791, DE 2017

Em julho de 2017, foram editadas as Medidas Provisórias nº 789, 790 e 791, tratando, respectivamente, da compensação financeira pela exploração de recursos minerais (CFEM), dos regimes de aproveitamento das substâncias minerais, da transformação do Departamento Nacional de Produção Mineral

⁷Marques Neto (2014, p. 134), analisando outro dispositivo, declarou que “embora sejamos absolutamente conscientes de que não se interpreta a Constituição conforme uma norma infraconstitucional, cremos que a abrangência [...] deve ser vista ao lume da legislação específica”.

em agência reguladora – ANM, bem como da instituição de taxa de fiscalização de atividades minerais. A Medida Provisória nº 789 foi convertida na Lei nº 13.540/2017. A Medida Provisória nº 790 teve seu prazo de vigência encerrado, conforme Ato Declaratório da Mesa do Congresso nacional nº 64/2017. Por sua vez, a Medida Provisória nº 791 foi convertida na Lei nº 13.575/2017.

Durante a tramitação das referidas Medidas Provisórias, o Deputado Federal José Carlos Aleluia Costa impetrou o Mandado de Segurança nº 35371/2017, com o objetivo de realizar controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade,⁸ para proteger direito hígido ao devido processo legislativo. O parlamentar alegou (STF, 2017b, s-p) que as referidas Medidas Provisórias regulamentam os arts. 176 e 177. Dessa forma, a edição dos três instrumentos normativos foi inconstitucional, pois o art. 246 da mesma Carta proíbe a edição de Medida Provisória na regulamentação de dispositivo alterado por Emenda Constitucional promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001.

O Deputado também defendeu que as Medidas Provisórias violavam o art. 62, *caput*, da Constituição Federal, no tocante aos requisitos da “relevância” e da urgência”. Aduziu ainda que as três Medidas implicam em fraude ao procedimento legislativo constitucional, pois tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 5.807/2013, que pretende instituir novo marco regulatório da mineração. Na prática, as Medidas Provisórias constituiriam a cópia de três pontos do referido PL.

O Mandado de Segurança em comento foi distribuído para a Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Este, contudo, estava licenciado, conforme certidão de 28/11/2017. Ato contínuo, a análise da liminar encaminhada para o Ministro Dias Toffoli, que entendeu (em despacho na mesma data) prejudicada a apreciação, pois as Medidas Provisórias nº 789 e 791 já haviam sido aprovadas pelas duas casas do Legislativo, bem como a Medida Provisória nº 790 iria perder a eficácia exatamente na data do despacho em comento (28/11/2017) (STF, 2017b).

De fato, o ajuizamento da demanda deveria ter ocorrido pouco tempo após a edição das Medidas Provisórias, tornando possível a apreciação do pedido liminar de suspender a tramitação do processo legislativo. Contudo, o protocolo da petição inicial só foi realizado em 22/11/2017, poucos dias antes do esgotamento do prazo de vigência dos três instrumentos normativos. É provável que

8 “[...] a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem recusado o controle preventivo em sede abstrata e admitido, excepcionalmente, o controle preventivo *in concreto*, em face de mandado de segurança impetrado por parlamentar para a defesa de suas prerrogativas em decorrência de proposta inconstitucional de emenda à Constituição. Nesse caso, o STF tem admitido o cabimento de mandado de segurança quando a vedação constitucional se dirigir ao próprio processamento da lei (art. 57, § 7º e art. 67), ou da emenda (art. 60, §§ 4º e 5º), vedando a sua apresentação na primeira hipótese e sua deliberação na segunda hipótese. A inconstitucionalidade, diz o Supremo, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita a Constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 95).

o Mandado de Segurança seja extinto por perda superveniente de objeto,⁹ tendo em vista que não mais é possível impedir a tramitação das três Medidas Provisórias, pois uma perdeu a eficácia e duas já foram convertidas em lei.

Contudo, nada impede que exista questionamento por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ou mesmo através do controle difuso de constitucionalidade.

Retomando o exame sobre os argumentos do Parlamentar federal, tem-se que as Medidas Provisórias nº 790 e 791 implicam em afronta direta aos arts. 246 e 176 da Constituição Federal. É que os dois diplomam cuidam, respectivamente, dos regimes de aproveitamento das substâncias minerais e da transformação do DNPM em ANM.

Quanto à primeira (nº 790), é certo que art. 176, § 1º, da Constituição Federal trata dos regimes de aproveitamento das substâncias minerais,¹⁰ pois fala da necessidade de concessão/autorização da União para a realização de atividade mineral. Ora, a necessidade de consentimento da União é exatamente traduzida nos regimes de autorização e concessão, além de outros dispostos da legislação minerária.

Já a segunda (nº 791) também regulamenta o art. 176 da Constituição Federal, pois trata da criação de ente regulador para a atividade mineral. Se as jazidas pertencem à União (art. 176, *caput*), o controle da atividade de pesquisa e lavra, por óbvio, será realizado pelo ente regulador.

9 A impetração ou continuidade do Mandado de Segurança não poderá ocorrer após a conversão do projeto em lei ou emenda constitucional, pois haverá perda superveniente de objeto. Não há como impedir a tramitação de projeto que não mais existe. Veja-se a jurisprudência do STF (2017a, s-p) sobre o assunto:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PROJETO DE LEI (PLNº 4.302/1998). NULIDADE ALEGADAMENTE OCORRIDA DO CURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO PARLAMENTAR À CORRETA ELABORAÇÃO, PELO PODER LEGISLATIVO, DAS LEIS E DEMAIS ESPÉCIES NORMATIVAS. POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO, PELO CONGRESSISTA, DE MANDADO DE SEGURANÇA. ULTERIOR TRANSFORMAÇÃO DA PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA EM LEI ORDINÁRIA (LEI Nº 13.429/2017), EM DECORRÊNCIA DE SANÇÃO PRESIDENCIAL. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, UMA VEZ CONSUMADA A CONVERSÃO, EM LEI, DO RESPECTIVO PROJETO. PREJUDICIALIDADE DO "WRIT" MANDAMENTAL. PRECEDENTES. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora reconheça ao membro do Congresso Nacional qualidade para fazer instaurar o controle jurisdicional pertinente ao processo de elaboração normativa, nega-lhe, no entanto, legitimidade ativa para prosseguir no processo mandamental, se, em decorrência de fato superveniente, a proposição normativa, em tramitação na esfera parlamentar, vem a transformar-se em lei (ou, quando for o caso, a converter-se em emenda à Constituição). – A ação de mandado de segurança, uma vez consumada a conversão, em lei (ou em emenda à Constituição, quando for o caso), do respectivo projeto (ou proposta), torna-se prejudicada, pois não pode ser utilizada como sucedâneo de qualquer das modalidades viabilizadoras de controle normativo abstrato de constitucionalidade (adin, adc, ado ou adpf). Precedentes" (MS 34723 MC, Relator(a): Min. Celso De Mello, julgado em 04/04/2017, publicado em Processo Eletrônico Dje-072 Divulg 06/04/2017 Public 07/04/2017) [grifo nosso].

10 "Conceituam-se os regimes minerários como os processos administrativos representados por um conjunto de atos, compreendidos desde o requerimento do particular até a anuência (ou registro) do DNPM/MME, relativos à realização de pesquisa e/ou aproveitamento de substâncias minerais, bem como dos atos de gestão/acompanhamento posteriores. Tais processos possuem como finalidade a obtenção de título minerário. Assinale-se que os regimes minerários podem ser conceituados, a partir de outro parâmetro, como sendo o arcabouço normativo incidente sobre o aproveitamento dos recursos minerais (semelhante à expressão "regime jurídico)" (ATAÍDE, 2017, p. 160). Já Luciana Rangel Nogueira (2004, p. 29) preleciona que os regimes de aproveitamento das substâncias minerais podem ser definidos como os requisitos e condições para a obtenção dos títulos minerários, através de um procedimento administrativo adequado.

Por outro lado, a Medida Provisória nº 789 regulamenta a CFEM, que possui supedâneo direto no art. 20, § 1º, da Constituição Federal.¹¹ A CFEM é o *royalty* pago em virtude da realização da lavra mineral (exploração), cuja receita é repartida entre os entes federados. Cuida-se de receita originária,¹² decorrente da utilização do patrimônio público (SCAFF, 2009, p. 288-289).

Poder-se-ia questionar se a Medida Provisória nº 789 não está contida na limitação formal do art. 246, da Constituição, tendo em vista que a redação do art. 20, § 1º, não é oriunda de Emenda Constitucional Promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001. No entanto, defende-se no presente artigo que, embora o principal fundamento constitucional da CFEM seja o art. 20, § 1º, a instituição de tal *royalty* também implica em regulamentação do art. 176 da Constituição. Isso porque a exação só é cobrada em virtude da lavra de substâncias minerais, que constituem patrimônio público – fundamentos que estão no art. 176 da Constituição Federal. Em outras palavras, a CFEM está intimamente relacionada com o conteúdo desse dispositivo constitucional, estando, por essa razão, inserta na limitação formal ao poder de regulamentação por Medida Provisória; qualquer alteração na legislação da CFEM por meio de Medida Provisória é inconstitucional, em virtude da violação ao art. 246 combinado com o art. 176.

Não bastasse a limitação formal contida no mencionado art. 246, a edição de Medidas Provisórias em atividade minerária não é instrumento adequado, em virtude da imprescindível estabilidade regulatória do setor. No mesmo sentido:

Como destacado no decorrer desta obra, a segurança jurídica é essencial ao desenvolvimento da atividade minerária – caracterizada pelo alto risco do empreendimento e pela extração de recursos naturais não renováveis (bem público). Logo, a alteração da legislação mineral por Medida Provisória é prejudicial tanto ao setor produtivo quanto ao Poder Concedente, pois o destino da matéria pode tomar rumos diversos, como a conversão em lei ou a rejeição das Medidas, criando-se, assim, um quadro de instabilidade regulatória.

Setor dotado de importância política, econômica, social e estratégica não pode ficar à mercê de espécie normativa com prazo de vigência de sessenta dias prorrogáveis por igual período. Não raras vezes, a maturação de um empreendimento minerário requer longos anos de pesquisa e de instalação do complexo industrial, motivo pelo qual a estabilidade regulatória é imprescindível (ATAÍDE, 2017, p. 226).

Dessa forma, está correta a argumentação (exarada na exordial do Mandado de Segurança nº 35371/2017) de que as três Medidas Provisórias em comento violam o requisito da urgência está correta. Não há, pois, qualquer urgência que justifique a alteração imediata da legislação minerária, atropelando o processo legislativo comum. Contudo, o STF normalmente não tem declarado a inconstitucionalidade de Medidas Provisórias por violação aos requisitos da urgência e da relevância, por entender que tal análise está contida no exame discricionário do Chefe do Executivo, a exemplo do julgamento da ADI 2.150 (ATAÍDE, 2017). Em outras palavras, cabe ao Presidente da República dizer o que é ou não urgente e relevante; como se trata de ato discricionário, seria incabível o controle judicial. Embora seja esse o entendimento dominante no STF, defende-se, no presente artigo, que em alguns casos é possível aferir se a norma é urgente/relevante ou não, quando a presença/ausência da característica for bastante clara, como nas três Medidas Provisórias em comento. Nestas, não há qualquer cenário que justifique a alteração imediata na norma.

11 “Art. 20 [...] § 1º: É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”

12 Em geral, das receitas públicas são divididas em duas categorias: as originárias e as derivadas. Nesse sentido, preleciona Scaff (2009, p. 288-289): “As *Receitas Originárias*, como o próprio nome já indica, possuem sua gênese na exploração do próprio patrimônio do Estado. São as que decorrem da exploração de terras, dos recursos hídricos, dos recursos minerais, das instalações industriais e comerciais do Estado, e por aí assim. Ou seja, a formação dos preços decorre de uma relação quase que ‘de mercado’, ou dizendo melhor, ‘de mercado regulado’. São transações contratuais do Estado, fruto da exploração de seu próprio patrimônio. Já as *Receitas Derivadas*, como o nome indica, derivam do poder de império do Estado. Daí surgem os tributos e as multas. Não decorrem de uma exploração de bens públicos, mas do exercício do poder; daí decorrem de *poder de império*, e não de uma *relação contratual*”.

Por outro lado, discorda-se da colocação (constante na petição inicial do aludido *mandamus*) de que as Medidas Provisórias não possuem o requisito da relevância. Conforme amplamente demonstrado no decorrer deste artigo, os minérios são bens imprescindíveis ao desenvolvimento humano, social e econômico, na medida em que a quase totalidade dos bens de consumo são formados por recursos minerais. Nesse palmilhar, a maior parte das alterações na estrutura regulatória da mineração deve ser considerada relevante; apenas questões pontuais e de menor amplitude para o setor (como a fixação de prazos) deve ser considerada irrelevante, o que não ocorre com as três Medidas Provisórias em comento, cujas alterações são significativas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, verifica-se que a hipótese de pesquisa foi confirmada. Não é juridicamente possível a adoção de Medida Provisória na regulamentação de atividade mineral, pois o núcleo do Direito Minerário está no art. 176 da Constituição Federal. Qualquer alteração na estrutura regulatória da mineração irá incidir em regulamentação do mencionado dispositivo constitucional.

O art. 246 proíbe que artigos da Constituição, com redação alterada por Emenda Constitucional promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001, sejam regulamentados por Medida Provisória. Como se viu, o art. 176, § 1º possui redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995. Embora o *caput* e os demais parágrafos não tenham sido modificados, a vedação à regulamentação por Medida Provisória abarca a integralidade do art. 176 (*caput* e todos os desdobramentos - os parágrafos). É que o art. 246 se valeu do termo "artigo", que é composto por parágrafos, incisos, alíneas e itens. Se a limitação fosse dirigida apenas aos desdobramentos alterados, o art. 246 teria utilizado a expressão "dispositivo".

Dessa forma, as Medidas Provisórias nº 789, 790 e 791, de 2017 são inconstitucionais, por violação ao art. 246, combinado com o art. 176, ambos da Constituição Federal. Até mesmo a Medida Provisória nº 789, que regulamenta a CFEM, é alcançada pela referida inconstitucionalidade. Embora o principal supedâneo constitucional da CFEM seja o art. 20, § 1º, ainda assim sua regulamentação implica em por menorizar as matérias contidas no art. 176, em virtude da propriedade da União sobre as jazidas, bem como da necessidade de autorização/concessão para a realização de pesquisa ou lavra.

Ademais, a Medida Provisória não é instrumento normativo adequado para regulamentar o Direito Minerário, pois este ramo exige elevada estabilidade regulatória, em virtude do alto risco dos empreendimentos (poucos requerimentos de pesquisa alcançam a fase de lavra, em que ocorre a efetiva extração mineral e, conseqüentemente, a obtenção de lucro). Em raríssimos casos será possível vislumbrar o requisito da urgência, que é imprescindível para a adoção de Medidas Provisórias.

Contudo, o atual entendimento do STF é no sentido de que a urgência e a relevância são aferidas por ato discricionário do Chefe do Executivo, sendo difícil o controle jurisdicional. Não obstante a preponderância das decisões do STF, defende-se que é possível o controle dos requisitos constitucionais das Medidas Provisórias, em situações que claramente se amoldam ou não aos conceitos de relevante ou urgente.

Ressalte-se, por fim, que as alterações na legislação minerária, em regra, possuem o requisito da relevância, em virtude da imprescindibilidade dos minérios para o desenvolvimento humano, social e econômico. Não serão relevantes, entretanto, os aspectos pontuais e de pouca amplitude ao sistema normativo da mineração, a exemplo da alteração de prazos.

REFERÊNCIAS

- ATAÍDE, Pedro. **Direito minerário**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BEDRAN, Elias. **A mineração à luz do direito brasileiro: comentário, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Alba Limitada, 1957.v.1.
- BRASIL. DNPM. **Evolução dos direitos minerários – 1988 – 2017**. Brasília: DNPM, 23/01/2018 (data da última modificação do arquivo). Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/dnpm/planilhas/estatisticas/titulos-minerarios>> Acesso: 24 jan. 2018.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 3. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2008.
- FARIAS, Talden. A atividade minerária e a obrigação de recuperar a área degradada. **Revista de Direito Ambiental**, v. 79, ano 20, p. 157-187. São Paulo: jul.- set. 2015.
- FREIRE, William. Regime jurídico da mineração e marco regulatório a partir de uma análise de direito comparado. In: MARTINS, J; LIMA, P. C. R.. **Setor mineral rumo a um novo marco legal**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011. p. 149-170.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do Direito da Regulação Econômica. Tradução de Thales Morais da Costa. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Ano 3, n. 9, p. 207-217, Belo Horizonte: jan./mar. 2005.
- HERRMANN, Hildebrando. Direito minerário: avaliação e perspectivas. **Revista Areia & Brita**, São Paulo, n. 52, p. 16-25, Nov./dez. 2010.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica – o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.
- NOGUEIRA, Luciana Rangel. **Direito minerário brasileiro e as restrições à propriedade superficiária**. 137 f. Dissertação (Mestrado em Geociências) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004.
- SCAFF, Fernando Facury. Aspectos controvertidos sobre a CFEM – Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (Royalties da mineração). In: SCAFF, F. C.; ATHIAS, J. A. (Coord.). **Direito Tributário e Econômico aplicado ao Meio Ambiente e à Mineração**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 282-310.
- SOUZA, Marcelo Gomes de. **Direito minerário e meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- STF. **Mandado de Segurança nº 34723**, julgado em 04/04/2017a, publicado em 07/04/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000329880&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 22 jan. 2018.
- _____. **Mandado de Segurança nº 35371 de 2017b**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 22 jan. 2018.
- VIANA, Maurício Boratto. **Licenciamento ambiental de minerações em Minas Gerais: novas abordagens de gestão**. 305 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
- VIVACQUA, Attilio. **A nova política do sub-solo e o regime legal das minas**. Rio de Janeiro: Editora Panamericana, 1942.

O REFERENDO CONSTITUCIONAL

EL REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL

Alexandre Marçal Pereira¹

Resumo: O presente artigo foi realizado com o objetivo de apresentar o Referendo Constitucional como instrumento de participação popular. Nesse contexto, propusemos um estudo histórico-evolutivo e conceitual elementares no intuito de melhor compreender o instituto. Ao término do presente trabalho pode-se concluir que o tema torna-se útil, atual e necessário na busca da paz social e da efetiva democracia.

Palavras-chaves: Democracia participativa. Plebiscito. Referendo. Referendo Constitucional.

Resumen: El presente artículo fue realizado con el objetivo de presentar el Referendo Constitucional como instrumento de participación popular. En ese contexto, propusimos un estudio histórico-evolutivo y conceptual elemental con el fin de comprender mejor el instituto. Al término del presente trabajo se puede concluir que el tema se vuelve útil, actual y necesario en la búsqueda de la paz social y de la efectiva democracia.

Palabras-claves: Democracia participativa. Plebiscito. Referendum. Referéndum Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho lança luzes sobre importante e atual tema do direito constitucional moderno, qual seja: o referendo constitucional.

Sabe-se que na ideologia democrática, é assegurado aos povos direitos fundamentais que sobressaem como parte integrante da constituição do Estado, não somente como parte dele, mas sim em relação às decisões para o bem coletivo.

A intervenção popular nas decisões do Estado evidencia-se como elemento crucial e precípua para a transformação social, na medida em que cria oportunidades para expor um cenário real das questões sociais, bem como na identificação de soluções mais urgentes, consequentemente a gestão da res pública e a legitimação das decisões da coletividade.

Também propicia o surgimento de uma sociedade participativa e crítica quanto à realidade, com condições de desenvolver dinâmicas para enfrentar situações que objetivem a inclusão de grupos minoritários e a efetivação dos direitos fundamentais.

Considerando esta abordagem introdutória, tem-se as seguintes indagações: o que é referendo? É democrático alterar a Constituição por tal via? Há riscos de desvirtuamento?

Assim, diante dos problemas levantados o objetivo deste trabalho é o de fazer uma descrição acerca da dinâmica da participação popular em uma democracia, mais especificamente em um Estado Democrático de Direito.

Este artigo se justifica no sentido de se constitui um material atual para informações, bem como para suscitar questionamentos para análise e reflexão sobre o tema proposto.

¹Mestre em Direito pela Universidade Autónoma (UAL) de Lisboa/Portugal. Advogado no Espírito Santo. E-mail: amarcalpereira@gmail.com.br.

2 DEMOCRACIA

Não se pode falar em referendo sem abordar a democracia. Para as teorias clássicas sobre a democracia, esta nada mais é do que uma forma de efetivação da soberania popular, sendo que um exame retrospectivo se torna essencial.

A ideia de democracia “não é invenção dos tempos modernos”², sendo tema familiar desde a Antiguidade com Aristóteles. Aliás, a origem grega da palavra não deixa dúvidas, *demos* significando povo e *cratos* significando poder ou força, ou seja, o sentido semântico é aquele de exercício do poder pelo povo.

Na idade média conservou-se o núcleo conceitos democráticos, na qual a autoridade do governo era determinada na vontade expressa do povo, ou seja, no povo residiria o poder legislativo³.

Já na idade moderna, com a contribuição dos filósofos e escritores deste período promoveu-se uma revolução cultural e intelectual na história do pensamento moderno. É o movimento do Iluminismo que veio preparar o clima revolucionário da época. Esse movimento visava fundamentalmente estimular a luta da razão contra a autoridade como um conflito da luz contra as trevas, com destaques para o inglês Locke, os franceses Montesquieu, Voltaire e principalmente o suíço Jean-Jacques Rousseau.

O referendo – instituição que constitui o cerne do presente artigo – é habitualmente ligado ao nome de Rousseau, sendo seu início como instituição no processo histórico de participação popular com o advento da Revolução Francesa, “à luz do dia no último quarte do século XVIII”⁴.

Logo, a temática da participação popular se desenvolveu entre as teses do governo representativo, sustentada entre outros por Montesquieu, e da democracia mediante soberania popular, por Rousseau⁵.

Anos mais tardes (a partir de 1799) Napoleão voltou a defender e utilizar o mecanismo das consultas populares, denominando-o de plebiscito. Como a iniciativa, objeto e forma de procedimento destes ficavam ao talante do chefe do Executivo, que conseguia colocar a sua causa como se fosse de interesse da nação frente às classes populares, terminou-se por deturpar o mecanismo, que acabou a ser uma consulta a favor ou contra um homem, e não a favor ou contra uma ideia.

Tal repasse pela perspectiva histórica do instituto serve para justificar a conotação dada ao mesmo na França, onde o plebiscito aparece como a deturpação do referendo.

Segundo a tipologia abstrata tradicionalmente utilizada, a democracia poder-se-ia caracterizar como direta, semidireta e representativa. A direta seria uma verdadeira utopia, somente realizada aproximadamente nas cidades-estados gregas. Nela, em tese, os assuntos públicos seriam submetidos à deliberação de todos os cidadãos, sem intermediários. A democracia semidireta representaria elementos de representação direta da vontade popular ao lado de outros de representação indireta. Já a democracia representativa seria aquela em que a vontade popular é expressa por representantes eleitos periodicamente, a cuja deliberação decidirá em nome de seus representados, os eleitores⁶.

No mundo contemporâneo prevalecem as democracias representativas. Dado tal caráter, ostentado pela ampla maioria, seja em regimes presidencialistas ou parlamentaristas, com notável descolamento da atuação dos representantes em relação à vontade – ainda que presumível – dos representados, dá-se a crise de representação, gerando uma tensão entre Constitucionalismo e Democracia, cuja resposta eficaz constitui um dos desafios políticos da contemporaneidade.

2 ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 166.

3 Idem, ibidem.

4 ROSÁRIO, Pedro Trovão do. A Democracia Semidirecta em Portugal. Madrid: Universitas, S.A., 2013, p. 24.

5 URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. O Referendo: Perfil histórico-evolutivo do Instituto. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 8.

6 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 137-138.

Assim, recorde-se, o referendo nasce com a Constituição francesa de 1793, sendo o próprio texto constitucional aprovado em referendo nacional. No entanto, foram a Suíça e os Estados Unidos quem assumem o protagonismo da experiência referendaria⁷.

E a partir da última década do século XIX generaliza-se, principalmente na Europa, a consagração jurídico-constitucional dos institutos da democracia semidireta, notadamente do referendo⁸.

Por fim, e a traços largos, ao longo do século XX foram vários os textos constitucionais que integraram o referendo constitucional, com destaque para Constituição mexicana de 1917 e de Weimar em 1919, sendo que no Brasil conheceu particular consagração em 1988 (art. 49, inciso XV).

2.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Como visto anteriormente, o Brasil, e assim como outros países periféricos, teve um marco temporal diferenciado do restante do mundo, diante do fato de ter vivido por longo período sob regime militar (1964 a 1985), passando por uma lenta abertura política que somente se principiou em 1974. Assim, apenas em 05 de outubro de 1988, com o advento da Constituição Federal, é que se impôs ao Brasil sua afirmação como um “Estado Democrático de Direito”.

Realmente, era preciso um novo modelo para enfrentar a crescente mobilização de vários segmentos da sociedade civil que exigiam, dentre outras coisas, participação constante nos debates de interesse público e a implantação de direitos individuais, sociais, coletivos e difusos. Não era mais possível limitar o conceito de povo e sua participação na vida política do Estado, a não ser implantar institutos pelos os quais o povo pudesse se manifestar e tivesse voz ativa.

Nesse processo de evolução histórica da *democracia* e o *Estado de Direito* surge o *Estado Democrático de Direito*, que a Constituição brasileira acolhe no art. 1.º, tanto quanto o é, por exemplo, o conceito de *Estado de Direito Democrático* da Constituição da República Portuguesa (art. 2.º).

Logo, atendendo à pretensão de que todos os participantes do jogo realmente dele façam parte, é preciso ressaltar que o Estado Democrático de Direito reconhece como fundamental a participação do cidadão, “de forma a assegurar a participação dos destinatários do ato final de decisão nos atos intermediários de formação dessa decisão, bem como o direito de questionar *a posteriori* a decisão tomada na sua esfera de interesses”⁹.

Diante das considerações, constata-se que foi imprescindível a ruptura com o antigo modelo, o que envolveu a reestruturação da relação entre a esfera pública e a privada, por meio da retomada da soberania popular. Este resgate garante ao cidadão, de certa forma, ser autor das normas jurídicas, e ao mesmo tempo, com a consolidação dos direitos fundamentais, ser destinatário destas normas.

Com isso, o Estado Democrático de Direito realiza a conjunção da autonomia pública e da autonomia privada dos sujeitos de direitos.

Hermes Zaneti Júnior aduz que numa democrático participativa:

7 URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. Op. cit. p.23-25.

8 ROSÁRIO, Pedro Trovão do Op. cit. p. 25.

9 ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 115.

[...] é inarredável a percepção de que os modelos normativos de democracia liberal (indivíduo como centro do sistema e garantia da autodeterminação) e de democracia comunitária (comunidade como centro do sistema e garantia do "bem comum", coletivamente identificado com uma concepção de "bem" fornecida a priori pelo consenso moral) não conseguem dar vazão às pretensões de um regime democrático pluralista, no qual a Constituição revela-se o eixo narrativo da unidade¹⁰.

Nada se alterou com relação à titularidade do poder, que sempre foi do povo, mas o modo de exercer esse direito. Dessa forma, na medida em que há evolução social, seu conteúdo se enriquece. Assim, "a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história"¹¹.

O constitucionalista, citando Lincoln, afirma que a democracia, como regime político, é governo do povo, pelo povo e para o povo. É, pois, um processo de convivência social "em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo, e em proveito do povo". Em suma, "além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes"¹².

Na esteira dessa doutrina, "a democracia não precisa de pressupostos especiais. Basta a existência de uma sociedade. Se seu poder emana do povo, é democracia; se não, não é"¹³.

É a partir da aplicação da concretização dos direitos previstos na Constituição que se mostra a força do Estado Constitucional Democrático, inclusive o direito de dizer que uma norma constitucional é inconstitucional e, por isso mesmo, desobedece-la¹⁴.

Como em uma democracia participativa deve existir espaço para a participação dos cidadãos, não se pode ignorar que certamente haverá conflitos de valores decorrentes das interações sociais. Nesse caso, surge a questão de como agir diante do dissenso, quer dizer, como se deve neutralizar normativamente pela positividade a garantia da coexistência em igualdade de direitos com o asseguramento da legitimação mediante procedimentos, ou seja, como lidar com a tensão entre facticidade e validade em um ambiente de interação social.

Habermas aponta que é preciso buscar uma regulamentação neutra:

[...] uma regulamentação capaz de encontrar, no plano mais abstrato da coexistência de diversas comunidades eticamente integradas, o reconhecimento racionalmente motivado de todas as partes envolvidas no conflito e que convivem em igualdade de direitos. Para essa mudança do plano de abstração é necessária uma mudança de perspectiva. Os envolvidos precisam deixar de lado a pergunta sobre que regulamentação é "melhor para nós" a partir da respectiva visão que consideram "nossa"; em vez disso, precisam checar, sob o ponto de vista moral, que regulamentação "é igualmente boa para todos" em vista da reivindicação prioritária da coexistência sob igualdade de direitos.¹⁵

Por conseguinte, a teoria discursiva do jusfilósofo alemão Habermas contribui para a afirmação de um novo modelo de democracia — a democracia participativa — fundada numa compreensão discursiva da democracia, a exigir que a legitimidade do Direito esteja vinculada à existência de um espaço em que as pessoas democraticamente se comunicam e se consideram reciprocamente em um discurso racional, a fim de fundamentar a aceitação do resultado do processo.

10 Op. cit. p. 265-266.

11 Op. cit. p. 126.

12 Idem, ibidem.

13 Idem, p. 128.

14 Sobre a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais, ver: BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Coimbra: Almedina, 2009.

15 HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 311.

2.2 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Segundo o jurista argentino Carlos Santiago Nino¹⁶ o chamado Constitucionalismo se origina nos Estados Unidos, com a ideia de *Rule of Law*, que implica na preservação de determinadas regras jurídicas fundamentais, limitadoras do poder estatal.

Em termos sucintos, pode-se definir Constitucionalismo como uma "*técnica específica de controle do exercício do poder com fins garantísticos*"¹⁷. Esta é a vocação essencial do Constitucionalismo: impor limites ao exercício do poder.

Suas expressões máximas são a rigidez constitucional, isto é, a possibilidade de salvaguardar determinadas normas constitucionais de alterações ulteriores, seja pela técnica do procedimento mais dificultoso, seja pela proibição peremptória de deliberação em tal ou qual sentido.

De modo geral tanto a ideia de Democracia quanto a de Constitucionalismo são reputadas valiosas no pensamento político contemporâneo, eis que parecem atrativas as pretensões de um governo pelo povo e da limitação do exercício do poder, salvaguardada por um arcabouço institucional adequado.

Não obstante, existem tensões imanentes entre Constitucionalismo e Democracia, na medida em que a Constituição, no intuito de limitar o exercício dos poderes constituídos, põe a salvo determinadas matérias da discussão e deliberação da política parlamentar quotidiana, retirando a possibilidade dos órgãos políticos – mais ou menos – legitimamente eleitos em regimes democráticos e – supostamente – representantes da vontade do eleitorado, restringe as possibilidades de manifestação da vontade política.

Uma Constituição não apenas impede maiorias, mas também atribui poderes, regulando a forma pela qual esses poderes são empregados. Em geral, as regras constitucionais são possibilitadoras e não incapacitantes e, portanto, é insatisfatório identificar o Constitucionalismo exclusivamente como limitação de poder.

A Constituição não só limita, mas também cria e organiza o poder, dando-lhe uma certa direção. E o mais importante de tudo é que os limites ao governo podem servir à autonomia governamental, ajudando a criar ou construir uma unidade nacional.

Segundo Stephen Holmes¹⁸, Professor de Direito da Universidade de Nova York, democracia não consiste tão somente em uma regra de governo da maioria, mas sim um governo para o povo e para o bem comum.

Os compromissos constitucionais previamente assumidos continuam a ser observados pelas gerações posteriores, que consentem tacitamente com a sua importância para a manutenção de um regime democrático.

Essa constatação é perceptível e não impede, por exemplo, a instauração de uma nova constituinte em que o poder constituinte seja ilimitado juridicamente e desvinculado daqueles compromissos.

Mas será que somente o processo formal de alteração constitucional faz com que as gerações atuais e futuras possam participar a criação das normas que regem seu viver? O Brasil pós-1988 tem recorrido inúmeras vezes ao processo de emenda constitucional¹⁹ mas, em muitos casos, a alteração da Constituição deve-se muito mais a questões de governabilidade do que às reivindicações das gerações atuais.

Se a via de uma nova Assembleia Constituinte não acontece é porque aqueles compromissos fundamentais continuam sendo vistos como importantes para as gerações presente e futuras.

16 Apud CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia: Soberania e Poder Constituinte. Revista Direito GV. São Paulo: v.6, n.1 (Jan.-Jun. 2010), p. 166.

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

18 HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. Constitutionalism and Democracy [Em linha]. Cambridge University Press, 1988. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20532/o-mito-da-incompatibilidade-entre-democracia-e-constitucionalismo-analise-do-pensamento-de-stephen-holmes#ixzz3lmwiBTDX>>. Acesso em: 18 nov. 2014>

19 Foram aprovadas, até o momento, 83 emendas constitucionais e 6 emendas de revisão à Constituição da República do Brasil de 1988.

E a despeito de tais reações a tal limitação do poder, hoje existentes, o fato é que a maioria dos regimes democráticos contemporâneos buscou, em suas Constituições, compatibilizar a política representativa com o Constitucionalismo, com a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade.

A tensão, no entanto, permanece, e não são poucas as tentativas tanto no campo político quanto no campo acadêmico no sentido de deslegitimar as restrições ao exercício do poder políticas trazidas pelo Constitucionalismo, colocando em permanente rediscussão questões já definidas no momento constituinte originário ou anterior.

2.3 INSTITUTOS DE DEMOCRACIA SEMIDIRETA

Em face da crise entre Constitucionalismo e Democracia, as Constituições vêm dando abertura para formas alternativas de representação direta ou semidireta, variando a terminologia nos diversos autores, como o plebiscito e o referendo.

Os critérios mais comumente usados na tentativa de distinção entre referendo e plebiscito são: tempo da consulta popular, objeto da deliberação e efeitos da manifestação popular.

Pelo critério temporal, o referendo é convocado após a edição do ato normativo, enquanto o plebiscito é anterior à medida a ser tomada. No critério do objeto, o referendo incidiria sobre atos normativos e o plebiscito sobre questões não consignadas em texto normativo. Pelo critério dos efeitos, o referendo teria caráter vinculante, o que não possuiria o plebiscito.

O constitucionalista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho adota a terminologia de procedimentos de democracia semidireta para referenciar tais institutos²⁰.

Tal denominação não é inequívoca, tendo sido utilizada diferentemente em locais e períodos diversos, inclusive com fungibilidade²¹, encontrando-se atualmente, ao menos na doutrina constitucionalista brasileira, pacificada a distinção aqui empregada²².

Ambas as técnicas consistem em consultas populares, com caráter vinculante ou não – referendo consultivo ou deliberativo – diferindo entre si essencialmente pelo fato de darem-se anteriormente à tomada de decisão – caso do plebiscito no Brasil – ou posteriormente à tomada de decisão – referendo.

Assim sendo, em nossa literatura jurídica se cristalizou um entendimento quanto ao emprego de tais termos no sentido de tal *caráter autorizatório prévio* do plebiscito e *ratificatório ou revogatório ulterior* do referendo.

O constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva ensina:

[...] o *referendo popular* que se caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo legislativo devam ser submetidos à vontade popular, atendidas certas exigências, tais como pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio chefe do executivo, de sorte que o projeto se terá por aprovado apenas se receber votação favorável do corpo eleitoral, do contrário, reputar-se-á rejeitado (grifos do original)²³.

20 CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 294-295: "O exercício do poder directamente pelo povo – *democracia directa* – pressupõe uma estrutura territorial e social praticamente inexistente na época actual. O arquétipo dos *Town Meetings* americanos ou dos *Landsgemeine* suíços desapareceu quase por completo nas democracias constitucionais complexas (cfr. entre nós, art. 245º/2 da CRP, que prevê o 'plenário de cidadãos eleitores'). Não desapareceram, porém, os mecanismos político-constitucionais de *democracia semi-directa*, progressivamente presentes nas constituições modernas de vários Estados (Suíça, Dinamarca, Irlanda, França, Áustria, Alemanha, Itália, Suécia)".

21 Neste sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit. p. 80.

22 Não assim em Portugal, onde o emprego da terminologia é diverso. CANOTILHO define referendo como a consulta feita aos eleitores sobre uma questão ou texto através de um procedimento formal regulado em lei (op. cit. p. 295), ao passo que plebiscito é definido pelo jurista lusitano como a pronuncia popular sobre escolhas ou decisões políticas – i.e., confiança num chefe político ou opção por uma ou outra forma de governo (op. cit. p. 296).

23 Op. cit. p. 142.

Ainda conforme o magistério de Silva, plebiscito:

[...] é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere deste no fato de que visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, através de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre a aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional, já aprovados; o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida [...] ²⁴.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê ambos os mecanismos em seu artigo 14, incisos I e II, ao lado dos mecanismos representativos do sufrágio universal e do voto direto, secreto e com igual valor para todos, nestes termos:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto, secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo; [...]

Consagra também uma contradição, dando a competência, com exclusividade, ao Congresso Nacional, conforme o art. 49, XV.

Sobre este tema, tramita na Câmara dos Deputados projeto de Lei n.º 4718/200 de autoria do jurista Fábio Konder Comparato, que pretende permitir que plebiscitos e referendos sejam convocados por iniciativa popular (1% do eleitorado), ou por iniciativa de um terço dos membros de uma das Casas do Congresso.

É bem verdade que antes de 1988 não existia no Brasil a possibilidade desses institutos, excetuando apenas a necessidade de plebiscito, a partir da Constituição de 37 (nunca realizado), para mutações territoriais entre Estados federados e, a partir de 67, para Municípios.

Portanto, só a partir de 88 o ordenamento jurídico pátrio passou a dar tratamento sistemático à participação popular. Inclusive, o art. 2º do ADCT previu plebiscito referente a forma e regime de governo adotados, vencendo a forma de governo republicana e sistema de governo presidencialista.

A regulamentação desses institutos só foi complementado pela Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998, tendo já sido proposto uma única consulta, por meio de referendo, previsto no Decreto Legislativo nº 780, de 7 de julho de 2005, que teve por objeto a seguinte questão: “o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?”. Naquela oportunidade o eleitorado nacional optou pelo “não”.

De relevante, esta lei traz a definição do que seja, para o direito posto, o que seja referendo e plebiscito, ao adotar o critério temporal.

De qualquer modo, estes institutos, diferentemente de sua execução internacional, enfrentam no Brasil resistências de aplicação. De um lado, aspectos estruturais como a desigualdade social e os limites colocados pela cultura são obstáculos ao incremento da participação popular. De outro, a própria autorização legal para o seu exercício que, como visto, cria obstáculos formais, por ora, intransponíveis.

Com a onda de manifestações populares ocorridas no país em julho de 2013, o Governo brasileiro está a procurar soluções para conter a insatisfação popular, e uma das alternativas sugeridas é a realização de uma reforma política, razão pela qual a presidente Dilma Rousseff sugeriu uma consulta popular na forma de um plebiscito.

Entretanto, as oposições recusaram tal proposta e acenaram com a possibilidade de um referendo. E o debate agora entre líderes do Governo e oposição é acerca de qual a melhor forma de consulta popular para realização das reformas políticas, plebiscito ou referendo.

²⁴ Idem, ibidem.

Contudo, “não há mal algum nisso [participação popular] e a manifestação democrática constituinte será bem recebida”, ocorre que o mecanismo adotado para tal será revelado equivocadamente, pois não é razoável que se viva um novo momento constituinte, quando sequer concluímos o instante positivo escolhido em 1988²⁵.

3 REFERENDO CONSTITUCIONAL

Como visto, uma das formas pelas quais pode sobrevir declaração do povo numa democracia participativa é a figura do referendo.

Frise-se que para Rocha, “*referendum* significa o procedimento pelo qual o povo é provocado para sufragar proposta normativa [...]”²⁶. Sua natureza consiste em decidir se determinado ato jurídico-público deve ser aprovado ou rejeitado²⁷. E o âmbito das questões a ele submetido é avaliado em razão da relevância²⁸.

Toda interpretação, contudo, ocorre em um determinado contexto, que não pode ser desconsiderado. Em verdade, não há texto sem contexto, de modo que se torna imperioso, antes de discorrer sobre o referendo constitucional propriamente dito, tecer considerações sobre as transformações da Constituição.

A problemática de reforma constitucional se coloca porque as regulações de uma Constituição não são completas e nem perfeitas. Mas de sua incompletude resulta também sua abertura, tornando-se inevitáveis as modificações com o objetivo de se adequar à realidade.

Como lembra Konrad Hesse:

Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes²⁹.

Logo, ainda segundo o autor alemão, o desenvolvimento da força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas de sua *práxis*, que se efetiva por uma interpretação adequada, “que é aquela que consegue concretizar, de forma excelentes, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”³⁰.

A negação de modificações constitucionais justificar-se-ia apenas se a Constituição fosse entendida unicamente como a reunião de forças fáticas apreendidas em um determinado momento. Como evidencia Hesse, “a Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo”³¹. Nesse sen-

25 BERCOVICI, Gilberto; CATTONI, Marcelo; LIMA, Martonio Barreto, STRECK, Lenio Luiz. Movimento Ingênuo: Defender assembleia constituinte, hoje, é golpismo e haraquiri institucional. Revista Consultor Jurídico. (26 Ago. 2014). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/defender-assembleia-constituente-hoje-golpismo-institucional>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

26 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O referendum e a representação democrática no Brasil. Revista de informação legislativa, Brasília, n. 92, out./dez. 1986, p. 13-40.

27 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 308.

28 Idem, p. 310.

29 HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 20-21.

30 Op. cit. p. 22-23.

31 Op. cit. p. 25.

tido, é indispensável aproximar o mundo fático e o mundo normativo a fim de que não haja qualquer mitigação à supremacia da Constituição, tendo em vista que o fático não pode sobrepujar o normativo.

Dito isso, trata-se o referendo constitucional de efetiva participação do eleitorado no procedimento de reforma constitucional.

É importante que não se paire dúvidas sobre a possibilidade do referendo constitucional no Brasil, eis que a lei n.º 9.709/98, assim o evidencia:

Art. 2º-Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

Logo, segundo o objeto da consulta feito ao povo, classifica-se o *referendum* em constitucional quando se trata de matéria referente às normas fundamentais do Estado, sendo que, de maneira geral, existem três limites para reformar a Constituição: (a) limites temporais; (b) limites circunstanciais; e (c) limites materiais explícitos e implícitos³².

Os limites temporais são prazos impostos pela Constituição ao poder reformador. Assim, tal limitação pode ser entendida como maneira de dar tempo para que Constituição escrita e realidade constitucional possam se estabilizar uma a outra. Na história constitucional do Brasil, apenas a Constituição imperial previu tal limitação, sendo que a Constituição portuguesa declara que pode ser revista decorridos cinco anos sobre a data da publicação de qualquer lei de revisão (art. 284)³³.

Os limites circunstanciais dizem sobre determinado momento em que, por sua excepcionalidade, impôs a Constituição limite de reforma ao poder reformador. Na Constituição brasileira tal espécie de limitação foi assim estabelecida:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Os limites materiais, por fim, são restrições intangíveis, impostas no âmbito de disposições valoradas como fundamentais à própria existência do Estado e da Constituição.

Na Constituição brasileira são limites materiais explícitos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

Segundo Nelson de Souza Sampaio, estariam implicitamente fora do alcance do poder de reforma, as seguintes vedações materiais: (1) “as concernentes ao titular do poder constituinte”; (2) “as referentes ao titular do poder constituinte; e (3) “as relativas ao processo da própria emenda”³⁴.

³² SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 65-68.

³³ SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 66.

³⁴ Apud SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 68.

Afonso³⁵, no entanto, uma tendência a ampliar as hipóteses de limitações materiais expressas que tem a consequência de não mais reconhecer-se a possibilidade de limitações implícitas. É o caso da Constituição portuguesa que arrolou como limites materiais uma enorme relação de matérias (art. 188).

Procedido, atrás, ao exame da diferença entre plebiscito e referendo, percebe-se que a doutrina majoritária optou pelo critério do objeto, bem como se viu que o critério legal adotado foi o temporal.

Qualquer que seja o critério adotado, ambos – o do objeto e o temporal – convergem para um ponto comum: no plebiscito a escolha popular não encerra o processo legislativo, permanecendo o órgão institucionalizado com considerável liberdade; enquanto que no referendo a atuação do Legislativo no processo legislativo já está encerrada, cabendo ao povo votar um texto normativo pronto e acabado.

Como a emenda constitucional é espécie normativa, tratando-se de normas constitucionais, e não apenas da aprovação de diretrizes ou programas de ação, parece mais adequado exigir-se que o referendo suceda a uma votação parlamentar³⁶. Assim, apenas por meio de referendo é que poderia haver uma consulta de âmbito constitucional.

Conveniente ou não, a verdade é que como consulta popular o referendo vem sendo largamente usado em vários países.

A Suíça, por exemplo, apresenta o maior número de referendos praticados no mundo, sendo vários os assuntos, sobretudo no âmbito cantonal, entre eles: questões fiscais e para fiscais, espaço econômico europeu, proteção dos animais, segurança nacional, tráfego, recentemente imigração, etc.

A Constituição dos Estados Unidos, ratificada pelos Estados em 1788, não continha quaisquer procedimentos democráticos diretos. A partir do final do século XIX, os Estados passaram a introduzir a iniciativa, o referendo e a revogação popular, a que se deu o nome de movimento progressivo. Porém, no âmbito federal ainda é ignorado, sendo um dos raros países que nunca realizou referendo em nível nacional³⁷.

Em outro exemplo, na Alemanha, a Constituição de Weimar de 1919 já privilegiava o instituto do referendo, o que segundo Jorge Miranda procura fazer uma “conciliação da tradição e, porventura, da necessidade de haver um Chefe de Estado forte com a aspiração, e também a necessidade de a Alemanha se dotar de um Parlamento plenamente soberano [...] e mitiga o princípio representativo através de formas de democracia directa ou semidirecta”³⁸.

O mundo também já assistiu a interação entre referendo e Constituição na América Latina. O governo da República Bolivariana da Venezuela propôs alterações substanciais na recente Constituição venezuelana de 1999, como, dentre outras, a previsão de extinção dos latifúndios e a redução da carga horária de trabalho semanal de 40 para 36 horas. Chamava atenção a possibilidade de reeleições infinitas, cujo objeto era – nitidamente – o de permitir a perpetuação de Hugo Chávez no poder.

O resultado do referendo constitucional de 2 de dezembro de 2007 foi surpreendentemente, dados os prognósticos até então feitos, com a sua rejeição. Contudo, 11 dias depois da frustração do intento reformista, Hugo Chavez apresentou a Assembleia Nacional Venezuelana um Plano de Desenvolvimento Social e Econômico, que intentava implantar, por via legislativa e infraconstitucional, tudo o que ele não conseguiu como referendo constitucional³⁹.

35 Ibidem.

36 No mesmo sentido, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit. p. 17: “[...] o momento fundamental do exercício democrático da sociedade é o da definição do ordenamento jurídico”.

37 URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. Op. cit. p. 334-335.

38 *Apud* ROSÁRIO, Pedro Trovão do. Op. cit. p. 26.

39 SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. Referendo e plebiscito: um estudo sobre os institutos de democracia semidireta e o risco de seu desvirtuamento na contemporaneidade. Estudo comparativo dos casos italiano, venezuelano e outros. Jus Navigandi. Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10757>>. Acesso em: 13 dez. 2007.

Em 2014, os uruguaios rejeitaram mediante referendo uma emenda constitucional que pretendia baixar de 18 para 16 a idade da maioria penal no país, onde 53% dos eleitores votaram contra a mudança⁴⁰.

No mesmo ano aconteceu um referendo histórico, que quase determinou a independência da Escócia, dissolvendo uma união de 307 anos com o Reino Unido.

Em breves traços, a Escócia e a Inglaterra já haviam sido parte, temporariamente, de um mesmo arranjo em 1603 sob o governo de James VI da Escócia e entre 1653-1660 sob o governo de Oliver Cromwell. Entretanto, foi apenas em 1707 que estabeleceram, por vontade conjunta, o Reino da Grã-Bretanha. A Irlanda juntar-se-ia em 1801 – e boa parte desjuntar-se-ia subsequentemente em 1922 – transformando-o em Reino Unido. O atual Reino Unido da Grã Bretanha e da Irlanda do Norte inclui também o País de Gales, incorporado pelo Reino da Inglaterra desde o século 16⁴¹.

Por meio do referendo, os jornais informaram que 84,5% dos escoceses foram às urnas para responder a seguinte questão: “Deve a Escócia ser um Estado independente?”. O “não” (pela continuidade do país na Comunidade Britânica) obteve 55% dos votos, enquanto 45% sufragaram o “sim”.

Pelo visto, a saga de William Wallace, o guerreiro escocês que liderou seus compatriotas na resistência à dominação inglesa, magistralmente transposta para o cinema por Mel Gibson, não foi devidamente considerada pelos atuais escoceses...

O importante deste referendo não foi a derrota da proposta da independência da Escócia. Segundo o historiador e colonista Manuel Loff⁴², em excelente artigo de opinião, o que demonstra o referendo escocês é que os cidadãos percebem que “a mudança está ao seu alcance”.

Recentemente na Catalunha, quarenta anos depois de restabelecida a *Generalitat* (Governo catalão) e com ela o autogoverno mais amplo de sua história, os governantes da região decidiram romper o consenso constitucional de 1978, colocar grande parte de sua população contra o Estado espanhol e levar até o fim um referendo de secessão que coloca em risco a própria ideia de Espanha e de União Européia.

O interessante que acontece na Catalunha é que a defesa da democracia é o argumento usado por ambos os lados, tanto pelo governo central de Madrid quanto pelo movimento separatista em Barcelona. Veremos o que a história nos dirá.

Por fim, o que nos importa agora é verificar como as pessoas não só se preocupam sobre questões de identidade, mas também querem que as decisões políticas, dependendo do assunto em causa, sejam tomadas a um nível de governo adequado e tão próximo delas quanto possível, seja este de âmbito de natureza local, regional ou nacional.

40 REFERENDO. Uruguai rejeita redução da maioria penal. Zero Hora Notícias, Porto Alegre (27 Out. 2014). Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/10/uruguai-rejeita-diminuicao-da-idade-penal-4629827.html>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

41 CALABRIA, Carina - O Reino (des)Unido da Grã Bretanha: entendendo o referendo e seus possíveis impactos constitucionais em quatro atos. Primeiro Ato: Prelúdio. Crítica Constitucional [em linha]. Brasília. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/o-reino-desunido-da-gra-bretanha-entendendo-o-referendo-e-seus-possiveis-impactos-constitucionais-em-quatro-atos/>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

42 LOFF, Manuel - A Escócia e os “perigos” da democracia. Público. Lisboa. (27 Set. 2014). Disponível em: <<http://www.publico.pt/opiniao/jornal/a-escocia-e-os-perigos-da-democracia-28894727>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

4 CONCLUSÕES

Nas páginas anteriores, usando de elevado sintetismo para tratar de um tema complexo, e depois de termos traçado linhas sobre a Democracia, Estado Democrático, participação popular e Constitucionalismo, procuramos identificar as implicações entre consultas públicas e a Constituição, explorando as potencialidades protéticas da Carta Política através do referendo constitucional.

Analizou-se a interação entre Constituição e consultas populares como forma de abrandar os defeitos inegáveis da democracia representativa. Viu-se que afigura-se absolutamente viável a pretensão de se valer de tais instituídos pela Constituição para fortalecer a democracia.

Buscaram-se aqui, portanto, critérios para a utilização legítima de tais instrumentos, lançando-se mão do estudo da casuística internacional.

Dentre plebiscito e referendo, ao menos por dois motivos este se sobressai àquele quanto a matérias constitucionais. Primeiro, por ser, pelo critério legal-temporal, ato posterior à decisão parlamentar, dá ao povo a última palavra no processo de formação legislativo. Segundo, porque pelo critério do objeto, somente o referendo recai sobre normas.

Assim, olhando conclusivamente para o exposto pode-se dizer que o referendo é maneira mais adequada pela qual o titular deste poder constituinte reformador, o povo, tem para exercê-lo, seja por ser a emenda constitucional um texto normativo (critério do objeto), seja por ser pelo referendo que se ouve a palavra final do povo (critério legal-temporal).

Não obstante, e como conclusão absoluta, pode-se observar que as Constituições contemporâneas consagram e salvaguardam de alterações discutíveis exatamente a democracia, assegurando direitos fundamentais e afastando a possibilidade de deliberações anti-democráticas por parte dos poderes constituídos.

REFERÊNCIAS

- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto; CATTONI, Marcelo; LIMA, Martonio Barreto, STRECK, Lenio Luiz. Movimento Ingênuo: Defender assembleia constituinte, hoje, é golpismo e haraquiri institucional. *Revista Consultor Jurídico*. (26 Ago. 2014). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/defender-assembleia-constituente-hoje-golpismo-institucional>>. Acesso em: 22 dez. 2014.
- CALABRIA, Carina. O Reino (des)Unido da Grã Bretanha: entendendo o referendo e seus possíveis impactos constitucionais em quatro atos. Primeiro Ato: Prelúdio. *Crítica Constitucional* [em linha]. Brasília. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/o-reino-desunido-da-gra-bretanha-entendendo-o-referendo-e-seus-possiveis-impactos-constitucionais-em-quatro-atos/>>. Acesso em: 20 nov. 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia: Soberania e Poder Constituinte. *Revista Direito GV*. São Paulo. v. 6, n. 1, Jan.- Jun. 2010, p. 166.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- HOLMES, Stephen. *Precommitment and the paradox of democracy*. **Constitutionalism and Democracy** [Em linha]. Cambridge University Press, 1988. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20532/o-mito-da-incompatibilidade-entre-democracia-e-constitucionalismo-analise-do-pensamento-de-stephen-holmes#ixzz3lmwiBTDX>>. Acesso em: 18 nov 2017.

LOFF, Manuel. A Escócia e os “perigos” da democracia. **Público**. Lisboa. (27 Set. 2014). Disponível em: <<http://www.publico.pt/opiniao/jornal/a-escocia-e-os-perigos-da-democracia-28894727>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo 7.

REFERENDO. Uruguai rejeita redução da maioria penal. Zero Hora Notícias. Porto Alegre (27 Out. 2014). Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/10/uruguai-rejeita-diminuicao-da-maioridade-penal-4629827.html>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O *referendum* e a representação democrática no Brasil. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 92, out./dez. 1986.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do. **A Democracia Semidirecta em Portugal**. Madrid: Editorial Universitas, S.A., 2013.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. Referendo e plebiscito: um estudo sobre os institutos de democracia semidireta e o risco de seu desvirtuamento na contemporaneidade. Estudo comparativo dos casos italiano, venezuelano e outros. **Jus Navigandi**. Teresina (13 Dez. 2007). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10757>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. **O Referendo: Perfil histórico-evolutivo do Instituto. Configuração Jurídica do Referendo em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

A HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL TRABALHISTA

APPROVAL OF AN EXTRAJUDICIAL AGREEMENT

Murilo Reis Silva¹ | Rafael Freire Ferreira²

Resumo: Sob os influxos da jurisdição voluntária, a reforma trabalhista introduziu a possibilidade e homologação judicial de acordo realizado extrajudicialmente, nesse compasso, o presente artigo discutiu as nuances políticas da mudança, dando boas vindas ao instituto que viabiliza a resolução dos conflitos e auxilia o desafogamento dos foros trabalhistas. Afinal a jurisdição voluntária é um instrumento de estímulo à cultura da consensualidade, à superação da cultura da sentença e à mitigação da diferença entre classes, realizando o ideal marxista pela via do consenso. Como desafio que se impõe, há que se superarem os acordos fraudulentos, à semelhança das lides simuladas. Por fim, objetivou-se estudar as vantagens e desvantagens da homologação de acordo trabalhista extrajudicial à luz da análise contextualizada da hipossuficiência do empregado.

Palavras-chave: Homologação. Acordo Extrajudicial. Reforma Trabalhista.

Abstract: Under the influence of voluntary jurisdiction, the labor reform introduced the possibility and judicial homologation of an agreement extrajudicially, in this measure, the present article discussed the political nuances of change, welcoming the institute that facilitates the resolution of conflicts and helps the labor forums. After all, voluntary jurisdiction is an instrument of stimulus to the culture of consensuality, overcoming the culture of sentence and mitigating the difference between classes, realizing the Marxist ideal by consensus. As a challenge, fraudulent agreements must be overcome, in the same way as the simulated cases. Finally, the objective was to study the advantages and disadvantages of the homologation of an extrajudicial labor agreement in the light of the contextualized analysis of employee hyposufficiency.

Key words: Homologation. Extrajudicial Agreement. Labor Reform.

1 INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista trouxe um novo capítulo para a CLT (Capítulo III-A, artigos 855-B a 855-E), que, sob os influxos da jurisdição voluntária, introduz um instrumento para a homologação judicial de acordos relativos às verbas oriundas da execução e extinção do contrato de trabalho.

A par das questões jurídicas que defluem diretamente do direito positivado, não se pode deixar de notar que a reforma trabalhista, tendo passado por um intenso processo de disputa política, situação, aliás, que vem se mantendo até os dias atuais, ostenta uma matiz ideológica, isto é, uma questão de fundo político subjacente à legislação propriamente dita.

Desvelando-se os discursos políticos por trás da norma (alínea f do art. 652 da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017), o que se vê é que os polos antagônicos do debate, valendo-se em grande medida de ataques incondicionais, acreditam que o posicionamento por si sustentado, direta ou indiretamente, logram êxito em beneficiar a classe trabalhadora, e que os posicionamentos antagônicos militam em desfavor desta, já que nenhum dos lados almeja, ainda que por descuido, macular a imagem perante a classe trabalhadora ou seus grupos de representação.

1 Advogado. Pós-graduando em Direito Administrativo.

2 Advogado. Professor Universitário. Mestre e Doutorando em Ciências Jurídicas. Especialista em Direito Público Material. Autor de diversas obras jurídicas.

À guisa de demonstração do quanto a reforma trabalhista está inflamada pelo discurso político/ideológico, Delgado chega a afirmar que ela aponta para o “[...] antigo papel do Direito na História como instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais” e que haveria “um esvaziamento extremado do princípio constitucional da igualdade em sentido material no contexto das relações empregatícias” (DELGADO, 2017, p.39-40).

Deixando de lado a insensatez dos extremos, e voltando os olhos para os limites do presente estudo, fato é que o art. 652, alínea “f”, da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017, inovou no ordenamento jurídico, viabilizando em certa medida a resolução dos conflitos pela via da composição entre as partes e não mais exclusivamente pela intervenção do estado.

Ainda pondo de lado os extremos, as principais divergências sobre as matérias colocam contrarreformistas e reformistas em conflito. Recorrentemente, enquanto os contrarreformistas entendem que tal medida poderá vir a representar a regulamentação de lides simuladas, e, conseqüentemente, acarretar o enfraquecimento dos princípios da proteção e da hipossuficiência característicos da Justiça do Trabalho sob o pretexto de modernização das relações laborais, os pro reformistas, por sua vez, acreditam que tal medida potencializará a cultura da conciliação, além de fomentar o empreendedorismo com segurança e o desafogamento dos foros trabalhistas.

Com isso, o dispositivo analisado propõe o desafio de abrir as vias do diálogo, ao tempo em que busca, por via transversa, possibilitar sustentabilidade para as empresas, competitividade no mercado nacional e estrangeiro e de estimular a criação e manutenção de empregos.

Aliás, para tecer considerações sobre a conciliação extrajudicial no âmbito trabalhista merece um maior prestígio o princípio do dispositivo, superando o até então priorizado princípio do inquisitivo, mitigando a asserção de poderes exacerbados aos magistrados na consecução da instrução processual, já que o modelo posto “determina ao juiz a utilização dos bons ofícios de persuasão com o fito de alcançar a solução conciliada do conflito” (ORSINI, 2007, p. 139).

Nesse contexto, emerge a seguinte questão: diante do antagonismo entre reformistas e contrarreformistas no que tange ao alcance dos efeitos da reforma, quais as vantagens e as desvantagens trazidas pela possibilidade de homologação pelo Judiciário de acordo extrajudicial trabalhista?

Considerando, pois, o efeito difuso que tal alteração normativa acarretará, sobretudo pela quantidade significativa dos cidadãos componentes do mercado de trabalho potencialmente afetados, mostra-se extremamente relevante analisar, para efeito de objetivo geral, as vantagens e desvantagens trazidas pela da alínea f do art. 652 e 855-B a 855-E, todos da CLT, acrescentados pela Lei 13.467/2017.

2 JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA COMO INSTRUMENTO DE ESTÍMULO À CULTURA DA CONSENSUALIDADE, À SUPERAÇÃO DA CULTURA DA SENTENÇA E À MITIGAÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE CLASSES: REALIZAÇÃO DO IDEAL MARXISTA PELA VIA DO CONSENSO

Antes de explorar a questão da homologação de acordo trabalhista extrajudicial pelo Juiz, faz-se necessário, para melhor compreensão do instituto, apontar os contornos da jurisdição voluntária.

No ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo frente a morosidade processual e a grande quantidade de litígios, vem-se privilegiando o sistema de autocomposição das lides, de tal modo que evitar a judicialização ou torná-la mais célere é imprescindível para desafogar o congestionamento dos processos judiciais.

Diversamente da jurisdição contenciosa, cujo substrato ontológico encontra-se na vocação do homem para a sociabilidade (Aristóteles, 1973, IX, 9, 1169 b 18/20) donde surgem relações intersubjetivas marcadas por divergências das mais variadas ordens, a jurisdição voluntária não pressupõe o conflito de interesses ou a litigiosidade.

A jurisdição voluntária, pressupõe, isto sim, a espontaneidade consensual na busca por uma tutela jurisdicional, de tal modo que a busca pelo órgão jurisdicional não ocorre em razão de uma situação conflituosa, mas sim da unidade de desígnios manifestada pelas partes visando a produção de efeitos jurídicos sobre um bem ou situação da vida.

Nessa linha, Marcus Vinícius Rios Gonçalves apresentando a distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária entende que “na contenciosa, busca-se obter uma determinação que obrigue a parte contrária; na voluntária, uma situação que valha para o próprio autor. Ou seja, na primeira, a sentença que favorece uma das partes é dada em detrimento da outra; na segunda, é possível que beneficie ambas” (GONÇALVES, 2016, p. 867).

A seu turno, Fredie Didier JR aduz que a jurisdição voluntária é uma “atividade estatal de integração e fiscalização”, através da qual “busca-se do Poder Judiciário a integração da vontade, para torna-la apta a produzir determinada situação jurídica” (DIDIER JR, 2015, p. 186).

Mesmo com a ampliação da busca pelas formas alternativas de soluções de conflito, em detrimento da “solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio de sentença do juiz” ainda há predominância desse critério que mantém viva a chamada “cultura da sentença”, a qual acarreta o aumento cada vez maior dos recursos, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também dos Tribunais Superiores e até mesmo da Suprema Corte, além das execuções judiciais morosas e ineficazes (WATANABE, 2011, p. 2).

Entretanto, à medida que o modelo tradicional de jurisdição passa por uma crise de efetividade, a ainda tímida expansão da jurisdição voluntária, manifestada pela autocomposição das partes, desponta como “eficaz técnica de gestão do processo [...], possibilitando ao Poder Judiciário prestar um serviço mais qualificado e melhorar o atendimento e o nível de satisfação dos seus usuários”. (VAZ; TAKAHASHI, 2012, p. 2).

Face aos ganhos qualitativos resultantes da autocomposição dos litígios, revela-se de grande importância o aumento de meios alternativos de resolução de conflito, já que tal, em última análise, contribui significativamente para a uma transformação com mudança da mentalidade:

A incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição do Judiciário para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade, não somente reduziria a quantidade de sentenças, de recursos e de execuções, como também, o que é de fundamental importância para a transformação social com mudança de mentalidade, propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas (WATANABE, 2011, p. 3).

Por isso é que a jurisdição voluntária, marcada em grande medida pela manifestação da vontade conciliatória das partes, tem o condão de possibilitar não apenas uma opção democrática para a solução de conflitos, mas também de verdadeiramente conferir pacificação social. Exatamente nesse sentido:

[...] via integrativa e democrática de solução de conflitos para além de reduzir a demanda de processos, o que é apenas uma consequência, apresenta a vantagem da verdadeira pacificação social. (VAZ; TAKAHASHI, 2012, p. 4).

Em consonância com o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), a Reforma Trabalhista também adotou métodos diferenciados de resolução de conflitos, possibilitando a homologação de acordo extrajudicial trabalhista pelo Juiz do trabalho, medida que era informalmente praticada com bastante restrição e que, hodiernamente, legalizou-se.

Transportando todas essas premissas para o tema tratado no presente artigo, pode-se constatar que, ao facultar às partes a possibilidade de homologar acordos extrajudiciais, o que pressupõe um acerto prévio da vontade conciliatória, a Lei 13.467/2017, acrescentando os artigos 855-B, 855-C, 855-D e 855-E à CLT, embora muito contestada, deu um grande passo para o estímulo à cultura da consensualidade, à superação da cultura da sentença e, em última análise, à mitigação do conflito de classes tão marcante nas relações laborais, porquanto possibilitou que o preexistente estado de tensão entre empregado e empregador possa ser descontinuado, de tal modo a se alinhar, pelo menos até aqui, aos direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal de 1988 pela via da pacificação social.

A propósito, relacionando a Jurisdição Voluntária e a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial trabalhista com a base teórica dos contrareformistas, eminentemente marxista, é possível constatar que ao se harmonizar os interesses da burguesia, aqui representada pelo empregador e aos interesses do proletariado, aqui representado pelo empregado, mediante o livre consenso consciente³ entre essas duas partes, torna-se possível vislumbrar um cenário que represente, a longo prazo e ao arrepio da teoria marxista (questionável pelo forte apelo ao uso da força⁴), a superação do paradigma da luta de classes, de modo a realizar, ainda que por via oblíqua e inusitada, o ideal marxista, com a restauração da autonomia da vontade em detrimento da intervenção estatal.

Nesse diapasão, a se perseverar tais argumentos, estaria esvaziada, ao menos em análise rarefeita, os embates acentuatadamente ideológicos que envolvem os pólos até então antagônicos.

Entretanto, até o advento do supramencionado diploma legal, não havia a possibilidade de materialização da jurisdição voluntária a respeito da homologação de acordo trabalhista extrajudicial. É o que abaixo se analisou.

3 SUPERAÇÃO DA LITIGÂNCIA SIMULADA: DESAFIO QUE SE IMPÕE

Uma das grandes preocupações do judiciário trabalhista é a lide simulada, apelidada como golpe da casadinha. Nessa manobra, o empregador se utiliza da Justiça do Trabalho para burlar a legislação atinente e dá aparência de legalidade a relação laboral, sem oportunizar a instrução da situação.

Ante este cenário, prevaleceu até a reforma trabalhista do ano de 2017 a vedação aos acordos extrajudiciais, devendo os acordos ser firmados na presença do magistrado que procederá a homologação.

Para a maioria dos militantes da área, a permissão do acordo extrajudicial, é um retrocesso, já que a efetivação desses direitos sociais estaria comprometida e abriria precedentes para que a simulação das litigâncias prevalecesse.

Data vênia, não se mantém substancialmente esse argumento, tendo em vista que os acordos extrajudiciais já são praticados nas demais áreas do direito brasileiro e estão definitivamente consolidados como a melhor alternativa ante o cenário da nossa conjuntura processual.

Ao invés de reverberarmos a afirmação de que a:

Justiça do Trabalho se transformará em mero órgão cartorário homologador de rescisões de contratos de trabalho em substituição aos sindicatos e aos órgãos do Ministério do Trabalho, Ministério Público, Defensoria Pública ou Juiz de Paz, como previam o §§ 1º e 3º do art. 477 da CLT, revogados expressamente pelo art. 5º, I, j, da Lei 13.467/2017. (LEITE, 2017, p. 6).

3 Consciência advinda do acompanhamento técnico de advogado, conforme expressamente previsto no art. 885-B§ 1o da CLT.

4 Os proletários não hão de escolher suas armas como tampouco o dia da revolução. Neste ponto, só terão que se preocupar com uma coisa: a eficácia de suas armas, sem se inquietarem com sua natureza. Não há dúvida que, a fim de assegurar as probabilidades de vitória, deverão ser aquelas superiores às dos seus adversários, e, por consequência haverão de utilizar todos os recursos que a ciência põe à disposição dos que têm alguma coisa que destruir.

O desafio que se impõe é adotar a circunspeção máxima na análise dos acordos para que não haja redução do sistema protetivo instituído, mas acautelar também, para que isso não se torne uma obsessão e não se use indiscriminadamente o artigo 855-D da CLT, que aduz: “No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença”, pois assim esgotaria o objetivo de dar celeridade às lides e de desafogar a máquina judiciária.

As fraudes devem ser identificadas e punidas com rigor, mas isso deve ocorrer em todo o Judiciário, não é exclusivo do trabalhista.

4 HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO TRABALHISTA EXTRAJUDICIAL: VANTAGENS E DESVANTAGENS À LUZ DA ANÁLISE CONTEXTUALIZADA DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO EMPREGADO

Explicitadas as vantagens da jurisdição voluntária na busca efetiva da pacificação social (fomento a cultura do consenso em detrimento da cultura da sentença), importa apontar quais os seus pontos positivos e negativos.

Conforme acima adiantado, a alínea “f” do art. 652 da CLT, acrescentada pela Lei 13.467/2017 (Reforma trabalhista), possibilitou ao Juiz do Trabalho homologar acordos extrajudiciais nas matérias de competência da Justiça do Trabalho, vejamos: “Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento: f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”.

O processo da homologação do acordo extrajudicial está previsto no art.885-B da CLT, veja-se:

Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Consoante alinhavado anteriormente, a reforma trabalhista, especialmente o tema da homologação judicial de acordo trabalhista extrajudicial, possui uma questão de fundo acentuadamente política/ideológica, cuja menção não se pode furtar, sob pena de incompreensão do alcance do novo diploma.

Sob os auspícios marxistas, os contrareformistas entendem a reforma trabalhista e a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial como uma forma que o grande capital vislumbrou para encontrar o “trabalhador livre no mercado de mercadorias” (MARX, 1890, p. 314), uma vez que, com a possibilidade de consenso mútuo entre empregador e empregado estaria livre das amarras, isto é, livre de leis regulamentadoras do mercado de trabalho (SOUTO MAIOR, 2017).

De um lado figuram os reformistas, defendendo que a homologação de acordos extrajudiciais representa a modernização das relações de trabalho, ao tempo em que confere maior segurança jurídica (sentença

formando coisa julgada), celeridade as lides trabalhistas (ausência de audiência de instrução) e efetivas pacificação social, fatores que representariam os pontos positivos. Do outro, os contrareformistas, apregoando que tal medida tem o objetivo de tornar o Juiz do Trabalho um mero “homologador” e de esvaziar a justiça do trabalho (SOUTO MAIOR, 2017; DELGADO, 2017), fatores que indicariam os pontos negativos.

A despeito do embate ideológico que circuncida esse novo procedimento processual trabalhista, uma análise jurídica da matéria auxilia na identificação dos seus pontos positivos e negativos.

Da mera leitura desses artigos, nota-se a preocupação, ainda que tímida, em dotar o empregado de instrumentos para, ao menos, tornar mais difícil o aviltamento dos seus direitos.

A uma pela exigência legal de que o acordo entabulado seja assistido por, pelo menos, um advogado diferente para cada parte, empregador e empregado, a duas pela possibilidade expressamente conferida ao Juiz para designar audiência e instruir o feito antes de proferir a sentença.

Tais medidas, quando analisadas conjuntamente, ajudam a recobrir, mesmo minimamente, a hipossuficiência do empregado face ao empregador, já que a presença de advogado com aptidão técnica e da possibilidade do Juiz não homologar a sentença, restaura a igualdade comum a qualquer processo trabalhista antes da reforma.

Hermeneuticamente falando, o art.888-D traduz a faculdade da não homologação do acordo, isto é, a possibilidade conferida ao Juiz de homologar ou não o acordo apresentado, o que, aliás, está em consonância com a Súmula 418 do TST, até porque, como alinhavado anteriormente, mesmo em se tratando de jurisdição voluntária o juiz deve exercer atividade fiscalizatória (DIDIER JR, 2015).

Se eventualmente a homologação do acordo extrajudicial for indeferida, deve a sentença ser fundamentada, sob pena de violação ao art. 93, IX, CF/88, art. 489, CPC e art. 832 CLT, sendo exatamente essa atuação do Juiz o ponto fulcral do sucesso ou insucesso do instituto, donde se poderá mensurar as vantagens e desvantagens de sua implementação.

Com efeito, a atividade fiscalizadora do Juiz (DIDIER JR, 2015), bem como a perquirição do contexto de hipossuficiência do empregado e do empregador, são fatores fundamentais para que esse novo instrumento processual não gere distorções.

A análise do perfil do empregado e do empregador vem a calhar, sobretudo diante da pesquisa recentemente divulgada pelo SEBRAE mediante cruzamento de dados do MTE, a partir dos quais é possível verificar que mais de 98% dos empreendimentos privados brasileiros são pequenas e microempresas (SEBRAE, 2017), as quais são as maiores geradoras de empregos no Brasil, representando mais 50% dos empregos formais em 2014 (SEBRAE, 2014).

Tratando-se de microempresas e empresas de pequeno porte o número de empregados e o capital de giro são vertiginosamente reduzidos, o que desnuda, a princípio, o grosso véu de proteção ao trabalhador.

Tal circunstancia põe em questão toda a sistemática atual da proteção ao empregado, na medida em que descortina a intensidade da desigualdade material existente entre os dois protagonistas das relações de trabalho, situação que está diretamente ligada ao tema proposto, uma vez que nesse cenário de aparente atenuação da desigualdade nas relações de trabalho, o empregado ficaria menos susceptível às lesões trabalhistas no momento do acordo.

Ou seja, a grande maioria dos empregadores está apenas ligeiramente melhor posicionados economicamente do que os seus próprios empregados, donde é possível extrair, também por esse raciocínio, que não se mostra aconselhável a aplicação *erga omnes* e indiscriminada hipossuficiência do trabalhador nas relações trabalhistas, caso contrário o ideal de igualdade material acabaria sendo igualmente distorcido.

Diante desses dados, fica bastante crível que a maior parte das relações trabalhistas findadas mediante a homologação de acordo judicial terá por detrás uma hipossuficiência reduzida, porquanto reduzidos os fundamentos do princípio da proteção ao trabalhador, quais sejam, “subordinação jurídica ao empregador; dependência econômica do empregado em face do empregador; ignorância pelo empregado das condições de trabalho e dos seus direitos” (PEREIRA, 2002, p. 29), o que tornará tal medida a mais desejável do ponto de vista da segurança jurídica, da celeridade processual e da pacificação social.

Dizendo de outro modo, a redução da desigualdade material entre empregado e empregador, aumenta a possibilidade da homologação de acordos trabalhistas tornarem-se mais eficazes.

Evidentemente, casos haverá em que a complexidade reduzida da relação de trabalho subjacente ao acordo possibilite o andamento acelerado do feito, já em outros casos a maior complexidade recomendará uma análise mais aprofundada da matéria, sendo que em ambos os casos estar-se-á presente o controle judicial, consoante determina o art.888-D e a súmula 418 TST.

Em verdade, o grande fator comprometedor do novo instituto, visto aqui como desvantagem, consubstancia-se, basicamente, na precariedade da análise dos acordos e fiscalização dos acordos por parte do Juiz devido à imensa quantidade de processos ainda em tramitação na Justiça do Trabalho.

Além disso, não se pode perder de vista que diante do inegável cenário de contraste entre empregado e empregador, não é desejável uma desregulamentação das relações trabalhistas, como poderia soar a alteração legislativa tendente à possibilidade de homologação de acordo extrajudicial, ao contrário, mostra-se razoável uma mera flexibilização da “intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais, abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade” (SÜSSEKIND, 1999, p. 48).

Seja como for, conquanto acalorado o debate político em torno do tema projete um cenário de pouco diálogo, a aplicação paulatina dos novos dispositivos acima apresentados pelos tribunais, pode servir de norte para melhor aclarar as vantagens e as desvantagens da homologação do acordo extrajudicial trabalhista.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebeu-se que a previsão legal de homologação de acordo extrajudicial no âmbito trabalhista é um avanço, pois vem para se alinhar com o ordenamento jurídico brasileiro que tem se direcionado para a valorização da autocomposição, comumente observado nas campanhas do CNJ e nas alterações das leis processuais, como o vigente Código de Processo Civil e a novíssima atualização da CLT.

De um lado figuram os reformistas, defendendo que a homologação de acordos extrajudiciais representa a modernização das relações de trabalho, ao tempo em que confere maior segurança jurídica (sentença formando coisa julgada), celeridade as lides trabalhistas (ausência de audiência de instrução) e efetiva pacificação sociais, fatores que representariam vantagens. Do outro, os contrareformistas, apregoando que tal medida tem o objetivo de tornar o Juiz do Trabalho um mero “homologador” e de esvaziar a justiça do trabalho mediante (SOUTO MAIOR, 2017; DELGADO, 2017), fatores que indicariam desvantagens.

A despeito das vantagens e desvantagens, fato é que as regras impostas para que isto ocorra tiveram o cuidado de impor situações para melhor aproveitamento do instituto, não permitindo que seja deliberadamente utilizado, o que poderia descambar para a simulação de acordos e fatalmente na mitigação dos direitos trabalhistas historicamente conquistados e constitucionalmente consagrados, tais como: obrigatoriedade de representação por advogados diferentes para cada parte; ou a assistência de advogado do sindicato da categoria; a obrigatoriedade do cumprimento dos prazos sob pena de incidência da multa do art. 477 da CLT; a possibilidade do juiz designar audiência para apurar os fatos e ouvir as partes; e a suspensão do prazo prescricional até o transito em julgado da homologação do acordo (quando negado).

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Valandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973. VI; IV (Os Pensadores).
- DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017** / Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. São Paulo: LTr, 2017.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: Juspodvm, 2015. V.1
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A reforma trabalhista (lei 13.467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à justiça do trabalho: breves comentários sobre alguns institutos de direito processual do trabalho. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, 2017. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br>>. Acesso em: 26 jan. de 2018.
- MARX, KARL. **O capital: crítica da economia política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.
- ORSINI, Adriana Goulart de Sena. Juízo conciliatório trabalhista. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 139-161, jan./jun. 2007.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A história do Direito do Trabalho no Brasil**. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017. V.1(parte 2).
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VAZ, Paulo Afonso Brum; TAKAHASHI, Bruno. Barreiras da conciliação na seguridade social e a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 46, fev. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao046/vaz_takahashi.html>. Acesso em: 02 dez 2013.
- WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário Nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: PELUZO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 3-9.

PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO EM NORMA COLETIVA SOBRE O LEGISLADO

PREVALENCE OF THE BUREAU IN A COLLECTIVE STANDARD ON LEGISLATION

Ricardo Souza Calcini¹

RESUMO: O texto tem por finalidade precípua a defesa da valorização da autonomia negocial coletiva, como instrumento legítimo à pactuação de regras e condições de trabalho que melhor atendam aos interesses das partes acordantes. A aplicação prática do princípio da criatividade jurídica, erigido como direito fundamental no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988, encontra plena conformação com o princípio da adequação setorial negociada, por estar preservado o patrimônio mínimo de direitos de indisponibilidade absoluta, sem que haja a precarização das relações laborais. A prevalência do negociado sobre o legislado é tendência jurisprudencial adotada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal e também pela Lei nº 13.467/2017, que instituiu a Reforma Trabalhista no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chaves: Autonomia da negociação coletiva. Os limites à autonomia privada coletiva. Prevalência do negociado sobre o legislado. Princípio da criatividade jurídica. Princípio da adequação setorial negociada. Direitos de indisponibilidade absoluta e relativa. Reforma Trabalhista.

SUMMARY: The main purpose of the text is to defend the valuation of collective bargaining autonomy as a legitimate instrument for the agreement of rules and working conditions that best meet the interests of the parties involved. The practical application of the principle of legal creativity, erected as a fundamental right in article 7, XXVI, of the 1988 Federal Constitution, is fully in line with the principle of negotiated sectoral adequacy, since the minimum equity of absolute unavailability rights is preserved, without precarization of labor relations. The prevalence of the negotiated over the legislated is a jurisprudential trend recently adopted by the Federal Supreme Court and also by Law 13467/17, which instituted the Labor Reform in the Brazilian legal system.

Keywords: Autonomy of collective bargaining. The limits to collective private autonomy. Prevalence of the negotiated over the legislated. Principle of legal creativity. Principle of negotiated sectoral adequacy. Absolute and relative unavailability rights. Labor Reform.

1 INTRODUÇÃO

É certo que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi alvo de mudanças, sem precedentes, trazidas pela “Reforma Trabalhista”, aprovada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, inclusive com as novas alterações realizadas pela recém editada Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017. Assim, é possível afirmar que, doravante, se estará diante de um novo Direito do Trabalho, notadamente no aspecto sindical, com importantes impactos na negociação coletiva e, porque não dizer, na própria subsistência das entidades sindicais.

O objeto deste trabalho está adstrito ao estudo das novas disposições aplicadas ao Direito Coletivo do Trabalho, mais particularmente quanto à controvertida temática referente à “prevalência do negociado sobre o legislado”.

¹ Professor de Pós-Graduação e de Cursos Jurídicos. Instrutor de Treinamentos “In Company”. Palestrante em Eventos Corporativos. Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela EPM do TJ/SP. Especialista em Direito Social pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Assessor de Desembargador e Professor da Escola Judicial no TRT/SP da 2ª Região. Membro do IBDESCJ, da ABDPC, do CEAPRO, da ABDPro, da ABDConst, do IDA e do IBDD. email rcalcini@gmail.com; www.ricardocalcini.com (site).

2 PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Em razão das mudanças ocorridas a partir da Revolução Cultural da década de 1960 (novas exigências de mercado), e da crise do petróleo da década de 1970 (pressão pela flexibilização das leis trabalhistas), é certo que houve acentuada modificação das relações entre capital e trabalho (MAX WEBER).

Assim, fatores como políticas neoliberais, globalização, fragmentação dos postos de trabalho e automação estariam a exigir dos mercados uma adequação das normas trabalhistas, haja vista a necessidade de reformulação da estrutura de produção.

Neste contexto, tornou-se inevitável discutir a possibilidade do negociado prevalecer sobre o legislado, sobretudo por ser a negociação coletiva instrumento propulsor do diálogo social.

Hodiernamente, a importância da temática não poderia ser ainda maior, tanto por força das recentes decisões proclamadas pelo Supremo Tribunal Federal, nos precedentes exarados nos Recursos Extraordinários nº 590.415/SC e 895.759/PE, quanto porque a reforma trabalhista traz expressa viabilidade para que o acordado entre patrões e empregados se sobreponha aos termos estabelecidos pela legislação celetária.

2.1 A AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA

Cumpra esclarecer que, como efetiva ciência jurídica, o Direito Coletivo do Trabalho se preocupa em regular as relações inerentes à autonomia privada coletiva. Em outras palavras, trata-se de relações firmadas entre organizações coletivas de empregados e empregadores e/ou entre as organizações profissionais e as próprias empresas, e que surgem da dinâmica da representação sindical e atuação coletiva inerente à classe dos trabalhadores.²

Por essa razão é que comumente se afirma que o Direito Coletivo é construído a partir da relação entre entes teoricamente equivalentes, uma vez que são reputados como seres tecnicamente coletivos. Esse é o ponto crucial e diferenciador quando comparado ao Direito Individual do Trabalho, que se preocupa em regulamentar a relação direta entre empregados e patrões, ao passo que aquele é representativo das relações entre grupos.

Além do mais, o Direito Coletivo do Trabalho tem como objetivo maior disciplinar os interesses coletivos e, por essa razão, guarda em si a função criadora de normas que regem seus grupos, atuando na constituição de regramentos que vão inclusive determinar direitos e obrigações na órbita dos contratos individuais de trabalho.

Sucedem, porém, que sempre se entendeu que a autonomia do Direito Coletivo, na sua função criativa da norma normativa, não significa necessária soberania perante o Estado, nem sobreposição de uma ordem jurídica paralela e à margem da ordem jurídica estatal.

Por essa razão é que se mostra bastante oportuna, a partir da reforma trabalhista, a definição dos limites da autonomia negocial coletiva para fins de identificar quais são as cláusulas de acordos e convenções coletivas de trabalho que podem ou não serem de livre pactuação pelos entes coletivos no exercício da regular negociação coletiva de trabalho.

2 O artigo 8º, VI, da Constituição Federal de 1988, prevê o chamado "princípio da interveniência sindical na negociação coletiva". Tal preceito propõe que a validade do processo negocial coletivo se submeta à necessária intervenção do ser coletivo institucionalizado obreiro. No caso brasileiro, o sindicato. Logo, a Constituição da República, ao considerar obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas, não se refere ao sindicato de empregadores, mas sim ao sindicato de empregados. Essa é a razão pela qual o empregador não pode negociar diretamente com comissão eleita pelos trabalhadores, sem intervenção do respectivo sindicato, para tratar, por exemplo, da participação nos lucros ou resultados.

2.2 A SUPREMACIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Em princípio, tem-se como premissa a ser seguida neste artigo o fato de a autonomia privada coletiva, também chamada de autonomia sindical ou autonomia coletiva dos grupos (Amauri Mascaro Nascimento), encontra-se prevista no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que é taxativo ao conferir validade às normas originárias de convenções e acordo coletivos de trabalho, *in verbis*:

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

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Não por outra razão que o próprio Constituinte Originário de 1988 trouxe hipóteses permissivas à validade do negociado sobre o legislado, em casos nos quais as normas coletivas venham a dirimir controvérsias em torno de temas como salário e jornada de trabalho.

Destaca-se, nesse sentido, o teor dos incisos VI, XIII e XVI, do artigo 7º, da Constituição Federal:

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

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

Fala-se aqui, portanto, nas palavras do Professor da USP, Gustavo Filipe Barbosa, em certa medida de flexibilização dos direitos trabalhistas, por meio de negociação coletiva, nas hipóteses de redução de salário, compensação e redução da jornada de trabalho e turnos ininterruptos de revezamento (artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal de 1988), justamente com os objetivos de proteção do emprego e de adaptação às atuais condições sociais e econômicas.³

E note-se que essa flexibilização já fora mencionada pelo saudoso jurista, Miguel Reale, que, à época, sob a ótica das atuais necessidades sociais e práticas existentes nos conflitos entre empregados e empregadores, referiu o seguinte:

O Direito do Trabalho pode e deve ser um Direito de Vanguarda, no sentido de que se coloca sempre a par dos últimos acontecimentos últimos que se realizam no Plano Cultural, em benefício dos valores essenciais daqueles que exercem atividade criadora em qualquer campo do conhecimento.⁴

No mesmo prumo, ainda, o advogado e professor, Luiz Carlos Amorim Robortella, para quem a flexibilização no Direito do Trabalho é

O instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários, para eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e progresso social.⁵

3 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 111-113.

4 REALE, Miguel. A globalização da economia e do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1997, p. 11.

5 ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1994, p. 93.

Assim, a autonomia privada coletiva, prevista como direito fundamental pelo artigo 7º, XXVI, da Lei Maior, é a capacidade atribuída aos sujeitos de Direito Coletivo de criar normas complementares ao regramento heterônomo, por meio do processo negocial. Aquela, frise-se, difere da autonomia privada individual, já que esta representa a pactuação firmada no âmbito individual do contrato de trabalho entre empregado e empregador.

A autonomia privada coletiva, fundada na autonomia sindical (CRFB, artigo 8º, I), encontra respaldo também nos princípios da equivalência dos contratantes e da criatividade jurídica. Está vinculada, por isso, aos princípios do patamar mínimo civilizatório e da adequação setorial negociada.

2.3 OS LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA

Acontece que a autonomia negocial deve respeitar o “núcleo duro” do Direito do Trabalho, formado por normas de fonte estatal (imperativas e de ordem pública), pautadas pelos princípios da proteção e da irrenunciabilidade. Exemplos disso são os direitos relativos ao marco regulatório mínimo de cidadania dos trabalhadores, cuja transação não pode ser objeto de negociação coletiva.

A reforma trabalhista, neste ponto, encampou expressamente a clássica distinção já feita no âmbito da jurisprudência entre normas de indisponibilidade absoluta e normas de indisponibilidade relativa. As primeiras, como acima mencionado, englobam o patamar mínimo civilizatório dos trabalhadores, insuscetíveis, portanto, de modificação pela via da negociação coletiva. Já as segundas conferem efetividade ao princípio da adequação setorial negociada, mas, para sua legitimação, em tese, seria necessário garantir ao menos um mínimo de contraprestação, além de se estabelecer um patamar superior de direitos, de acordo com o princípio constitucional da progressividade dos direitos sociais.⁶

E quando se fala “em tese”, a assertiva é propositiva vista agora sob o ponto de enfoque da reforma trabalhista. Isso porque o novo artigo 611-A da CLT, com a redação trazida pela Lei 13.467/2017, e que foi alterado recentemente pela Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017, dispõe que “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 [...]”.

Ora, pode-se inferir, neste prumo, que a partir da reforma, passa-se a admitir, de forma expressa, a chamada “prevalência do negociado sobre o legislado”, e, mais, as hipóteses de cláusulas normativas elencadas no citado artigo legal se traduzem em um rol meramente exemplificativo, uma vez que o legislador utilizou a expressão “entre outros”.

Para tanto, de se transcrever essa importante novidade agora positivada na CLT, com os ajustes feitos pela Medida Provisória nº 808/2017 editada pelo Governo Federal:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

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 - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

⁶ CF/88, Artigo 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
- XIII - (Revogado Medida Provisória nº 808, de 2017)
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Interessante notar que, ao contrário do que tradicionalmente sempre se entendia na doutrina e na jurisprudência, as regras sobre a duração do trabalho e intervalos deixam de ser consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo. Inteligência da redação do parágrafo único do artigo 611-B da CLT, incluída por força da Lei nº 13.467/2017.

Dessarte, salvo nas hipóteses em que, taxativamente, a lei prever a proibição da negociação coletiva, entende-se que, doravante, haverá uma ampliação, ainda maior, no âmbito de atuação da negociação coletiva, sem que, necessariamente, essa tenha que tratar de cláusulas que disponham sobre as hipóteses referendadas pelo artigo 611-A da CLT.

Bem por isso, como medida a compreender essa amplitude na dimensão da negociação coletiva, recomenda-se a leitura do artigo 611-B da CLT que, por versar sobre a ilicitude do objeto de cláusulas normativas, impede que haja a supressão e/ou a redução dos seguintes direitos, cujo rol aqui transcrito é exaustivo por versar sobre norma de natureza restritiva, que não comporta interpretação ampliativa, a saber:

- Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:
- I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
 - II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
 - III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
 - IV - salário mínimo;
 - V - valor nominal do décimo terceiro salário;
 - VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
 - VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
 - VIII - salário-família;
 - IX - repouso semanal remunerado;
 - X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
 - XI - número de dias de férias devidas ao empregado;
 - XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
 - XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
 - XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;
 - XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
 - XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
 - XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
 - XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
 - XIX - aposentadoria;

- XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
- XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
- XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
- XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
- XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
- XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
- XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
- XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
- XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
- XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;
- XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

2.4 REGRAS DE INTERPRETAÇÃO

A par disso, do cotejo entre os instrumentos coletivos de trabalho (normas autônomas) e a legislação consolidada (normas heterônomas), há de se aplicar o princípio da criatividade jurídica⁷, traduzido na função normogenética da negociação coletiva.

Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro adotou a “Teoria Híbrida ou Mista” quanto à natureza jurídica dos acordos e convenções coletivas de trabalho. Assim sendo, a norma coletiva constitui um *tertium genus* entre o contrato de trabalho e a legislação consolidada, uma vez que sua formação decorre de um ajuste de vontades e seu conteúdo equivale a de uma norma jurídica aplicável aos sujeitos das relações individuais de trabalho.

Por esta razão, como não há se falar em direito absoluto, mais fundamental que outro, pois, havendo aparente colisão entre direitos, deve ser aplicada a técnica de ponderação de interesses, com a adoção dos princípios da concordância prática e da cedência recíproca (Konrad Hesse). Afinal, há de se garantir a própria unidade do ordenamento jurídico pátrio, com adoção de critérios constitucionais como a proporcionalidade e a razoabilidade, sem que haja exclusão de quaisquer dos direitos fundamentais envolvidos.

E no aspecto da eficácia normativa dos princípios, interesse lembrar as lições de Robert Alexy, em sua clássica obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, para quem os princípios são fundamentos não apenas do ordenamento jurídico, como também de todas as relações entre particulares.

Princípios são mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais, mas também das jurídicas, cujo âmbito é determinado por princípios e regras opostos. Já as regras, são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há que se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.⁸

7 Segundo referido princípio, os processos negociais coletivos e seus instrumentos (ACT e CCT) têm real poder de criar norma jurídica, em harmonia com a normatividade heterônoma estatal. DELGADO, Maurício Godinho. Direito coletivo do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 68.

8 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 38.

Dito isso, cabe ao intérprete, na aferição dos limites da negociação coletiva, promover a compatibilização entre as normas coletivas negociadas (autônomas) e a normatização estatal (heterônoma), devendo, contudo, ser respeitado o “núcleo duro” do Direito do Trabalho, constituído por normas tidas por inderrogáveis.

Feita essa harmonização, as normas juscoletivas podem sim prevalecer sobre o padrão geral heterônomo, ao transacionarem direitos de indisponibilidade meramente relativa, e que agora estão elencados, exemplificadamente, no artigo 611-A da CLT.

Ressalte-se, porém, que não se está aqui a referendar atos que impliquem efetiva renúncia a direitos trabalhistas, que ostentam natureza alimentar (CF/88, artigo 100, §1º)⁹, considerados, inclusive, como créditos privilegiados por nosso arcabouço jurídico (Código Tribunal Nacional, artigo 186¹⁰ c/c Lei de Execuções Fiscais, artigos 10¹¹ e 30¹² c/c Lei nº 11.101/2005, artigo 83, I)¹³.

Tanto é verdade que se extrai, implicitamente, do artigo 7º da Lei Maior, o princípio da norma mais favorável ao empregado, o que orienta a todos que “a Constituição deve ser interpretada como um conjunto de direitos mínimos e não de máximos, de modo que nela mesma se encontra o comando para que os direitos mais favoráveis ao trabalhador venham a ser fixados através da lei ou das convenções coletivas”¹⁴. Essa era visão do professor e advogado, José Affonso Dallegrave Neto, ao afirmar que “o negociado somente prevalecerá sobre o legislado quando trouxer melhores condições ao trabalhador”¹⁵.

E mais que a feição bilateral da negociação, a transação de direitos não se perpetua frente àqueles considerados de indisponibilidade absoluta, que se traduzem em parcelas imantadas por tutela de interesse público, insuscetível de pactuação pelas partes acordantes, e que agora estão taxativamente enumerados no artigo 611-B da CLT.

9 CF/88, Art. 100. [...]: “§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo”.

10 CTN, Art. 186: “O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho”.

11 LEF, Art. 10: “Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis”.

12 LEF, Art. 30: “Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis”.

13 Art. 83: “A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho”.

14 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do Trabalho na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 40.

15 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Prevalência do negociado sobre o legislado - reflexões à luz da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.internet-lex.com.br>>. Acesso em: out. de 2017, p. 3.

Pelo exposto, afigura-se oportuno asseverar que o Direito do Trabalho atua como instrumento mediador e institucionalizador na solução de conflitos entre o trabalho assalariado e o capital. Desta forma, mesmo com a reforma trabalhista, acredita-se na subsistência de importantes dispositivos protetivos, mesmo porque “a proteção é o fator de maior produtividade e de paz social, que interessam ao capitalismo”.¹⁶

2.5 A VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Entretentes, é certo que os limites da autonomia negocial coletiva, antes da reforma trabalhista, já foram objeto de um paradigmático precedente do Supremo Tribunal Federal – decisão plenária, no RE 590.415, com repercussão geral reconhecida –, ao decidir que, nos casos de Planos de Dispensa Incentivada (chamados PDIs), é válida a cláusula que dá quitação ampla e irrestrita a todas as parcelas decorrentes do contrato de emprego, desde que esta condição conste de acordo coletivo de trabalho firmado com a empresa, como também dos demais instrumentos assinados pelo empregado.

Ao dar provimento ao recurso extraordinário, os ministros fixaram a seguinte tese:

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.

Prevaleceu, assim, o entendimento de que a incidência do princípio da proteção às relações individuais de trabalho (Américo Plá Rodríguez) é diversa da incidência nas negociações coletivas, uma vez que o poder econômico do empregador é contrabalanceado pelo poder dos sindicatos profissionais que representam os empregados.

Isso porque a proteção estatal presente nas relações trabalhistas individuais, tendo em vista o fato de empregado e empregador possuírem pesos econômico e político diversos, não guarda exata correlação quando se está diante das negociações coletivas de trabalho, em que aludidos pesos e forças tendem a se igualar. As entidades sindicais têm efetivo poder social, político e de barganha, razão pela qual, em matéria de negociação coletiva, os norteadores são diversos, o que justifica atenuar a proteção ao trabalhador para dar espaço a outros princípios.

Além do mais, também foi destacada pela Suprema Corte a importância dos planos de dispensa incentivada como alternativa social relevante para mitigar o impacto de demissões em massa¹⁷, pois permitem ao empregado condições de rescisão mais benéficas do que teria no caso de uma simples dispensa.

Referida decisão ainda se mostra em sintonia justamente com a valorização das negociações e acordos coletivos (CF/88, artigo 7º, XXVI), seguindo a tendência mundial pela composição enfatizada, inclusive, nas Convenções nº 98 e 154, ambas da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Bem por isso, há de prevalecer a livre negociação coletiva entre entes coletivos que ostentam paridade de armas, estando, assim, em igualdade de condições no plano constitucional.

2.6 EFICÁCIA DAS NORMAS COLETIVAS

A legislação consolida, tradicionalmente, sempre previu a limitação da vigência das normas coletivas de trabalho. Não por outra razão que o §3º do artigo 614 celetista, antes da reforma trabalhista, dispunha que “não será permitido estipular duração de Convenção ou Acordo superior a 2 (dois) anos”.

16 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 38.

17 Na ocasião, o então Presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, afirmou ser preciso fomentar formas alternativas de prevenção de conflitos no Brasil, afinal, no Brasil tramitavam mais de 100 milhões de processos, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Acontece, porém, que o Tribunal Superior do Trabalho, ao interpretar referido preceito legal, editou a Súmula nº 277 que, com a alteração de sua redação promovida pelo Tribunal Pleno, em sessão realizada no dia 14/09/2012, passou a entender o seguinte:

SUM-277 CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012 - DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Note-se que, pelo entendimento acima exposto, houve a chamada “ultratividade” dos efeitos da norma coletiva, por força da incorporação das cláusulas coletivas no contrato de trabalho. Bem por isso, na hipótese em que a cláusula previa direito que se projetasse para além do término da vigência da norma coletiva, tendo o trabalhador cumprido seus pressupostos durante o seu prazo de vigência, se admitia a defesa da “ultratividade” do instrumento coletivo de trabalho.

E essa mudança paradigmática chancelada pela Corte de Vértice Trabalhista teve por objetivo fomentar as negociações coletivas periodicamente, e não mais restringi-las ao prazo de a cada 2 (dois) anos, adequando os instrumentos à realidade econômica e regional de cada categoria. O aludido prazo, contudo, era interpretado juntamente com a teoria da aderência limitada por revogação, ou seja, enquanto não houvesse um novo acordo ou convenção coletiva que modificasse a situação do instrumento ajustado, este continuava em vigor, mesmo após terminado o seu prazo de vigência de 2 (dois) anos.

Entretantes, o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, concedeu, no dia 14 de outubro de 2016, medida cautelar para suspender todos os processos e efeitos de decisões no âmbito da Justiça do Trabalho que discutam a aplicação da “ultratividade” de normas de acordos e de convenções coletivas.

A decisão, ainda a ser referendada pelo Plenário do Excelso Pretório, foi proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 323, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), questionando a Súmula de nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho.

Ao conceder a liminar o ministro justificou que “da análise do caso extrai-se indubitavelmente que se tem como insustentável o entendimento jurisdicional conferido pelos tribunais trabalhistas ao interpretar arbitrariamente a norma constitucional”. Sua Excelência ressaltou que a suspensão do andamento dos processos “é medida extrema que deve ser adotada apenas em circunstâncias especiais”, mas considerou que as razões apontadas pela Confederação, bem como a reiterada aplicação do entendimento judicial consolidado na atual redação da Súmula nº 277 do C. TST, “são questões que aparentam possuir relevância jurídica suficiente a ensejar o acolhimento do pedido”.

E justamente por conta da controvérsia que se instaurou no âmbito das Cortes Superiores, a respeito da eficácia das normas coletivas, é que a reforma trabalhista, categoricamente, passou a proibir a chamada “ultratividade”, consoante se infere da leitura da redação conferida ao §3º do artigo 614 consolidado: “Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, **sendo vedada a ultratividade**”.

3 CONCLUSÃO

Este trabalho se dedicou ao estudo dos impactos da reforma trabalhista no Direito Coletivo, em particular quanto à problemática de grande relevância relativa à prevalência do negociado sobre o legislado, e que agora passou a estar previsto na legislação consolidada.

Por essa razão, procurou-se enfatizar a valorização da autonomia negocial coletiva, como instrumento hábil a estabelecer regras e condições mais propícias à realidade dos sujeitos da relação de emprego, sem descuidar do respeito às cláusulas normativas reputadas como ilícitas para efeitos da negociação coletiva, descritas pormenorizadamente no rol trazido pelo atual artigo 611-B da CLT.

De mais a mais, não se está a cancelar aqui com a violação ao patamar mínimo civilizatório dos trabalhadores, entendido como arcabouço de direitos de indisponibilidade absoluta igualmente previstos no artigo 7º da Carta de Outono de 1988, além daqueles estabelecidos em tratados e convenções internacionais.

Logo, pugna-se por uma proposta na defesa do incremento da própria negociação coletiva, na forma do que preceituam as Convenções nºs 98 e 154 da OIT, que foram ratificadas pelo Brasil. Tais normatizações internacionais dão respaldo à negociação coletiva, a qual constitui instrumento propulsor de diálogo social.

Em derradeiro, o que se espera é um processo interpretativo que leve em conta a força normativa da Constituição e a ideia de unidade do direito, afastando o voluntarismo e ativismo judicial pernicioso e arbitrário, já que “[...] *és um principio básico de la administración de justicia que los casos similares deben ser decididos de manera similar*”¹⁸.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 38.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **El precedente em el Derecho Inglés**. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Prevalência do negociado sobre o legislado: reflexões à luz da Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.internet-lex.com.br>>. Acesso em: 20 out. de 2017, p. 3.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 40.
- REALE, Miguel. **A globalização da economia e do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p. 11.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1994, p. 93.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999, p. 38.

18 CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *El precedente em el Derecho Inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 23.

TRIBUTACIÓN DE LAS SOCIEDADES LABORALES CON LA LEY 44/2015, DE 14 DE OCTUBRE, DE SOCIEDADES LABORALES Y PARTICIPADAS

Miguel Gutiérrez Bengoechea¹

Resumen: Las sociedades laborales desempeñan un papel crucial en la economía española porque crean empleo desde su constitución. Además, como entidades de economía social, facilitan constitucionalmente el acceso de los socios trabajadores a los medios de producción. La reciente Ley de sociedades Laborales suaviza los requisitos mercantiles para acceder a los beneficios fiscales regulados tanto en las normas mercantiles como tributarias aunque se ven perjudicadas por la derogación en el Impuesto sobre Sociedades de la deducción de los gastos en formación y capacitación de los trabajadores.

Palabras claves: Sociedad laboral. Beneficio fiscal. Economía social. Tributación.

Abstract: *Labor societies have a crucial role in the Spanish economy because they create employment from its legal constitution. In addition, as these are entities of the social economy they facilitate the access of working partners to the means of production. The recent law of labor societies make it easier for commercial requirements in obtaining tax benefits regulated both in tax and commercial rules, although adversely affected by the repeal of the costs of education and training of workers.*

Keywords: *Labor society. Tax profit. Social economy. Taxation.*

1 CONSIDERACIONES PREVIAS

La forma jurídica de sociedad laboral aparece en nuestro ordenamiento tributario en la década de los ochenta con la Ley 15/1986, de 25 de abril, de *Sociedades Anónimas Laborales* que posteriormente fue derogada por la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de *Sociedades Laborales*, ley que regulaba las sociedades laborales, debido a la aprobación de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de *reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a la Directiva de la Comunidad Económica Europea* y a la aprobación de la ley 2/1995, de 23 de marzo, de *Sociedades de Responsabilidad Limitadas*. Actualmente, las sociedades laborales se regulan por la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de *Sociedades laborales y participadas* (en adelante LSLP).

El artículo 1 LSLP establece el concepto de sociedad laboral y los rasgos esenciales que la caracterizan entre las que se encuentran la exigencia de que la mayoría del capital social sea propiedad de los trabajadores que presten en ella servicios retribuidos de forma personal y directa en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido, sin que ningún socio pueda tener acciones o participaciones que representen más de la tercera parte del capital social. Se establecen también las excepciones a estas exigencias como la posibilidad de constituir sociedades laborales con dos socios, siempre que ambos sean trabajadores y tengan distribuidas de forma igualitaria su participación en la sociedad.

Las sociedades laborales, por tanto se enmarcan dentro de las "entidades de economía social", porque son entidades que además de perseguir un fin de lucro por su actividad mercantil realizan actividades de interés general, por este motivo la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de economía social, las considera expresamente como entidades de economía social.

Por su configuración, estas sociedades laborales persiguen un interés general en la medida en que su objetivo es satisfacer el interés de un grupo social, como son los trabajadores. Así, la generación de empleo desde su constitución y su posterior autogeneración para terceros se considera de interés general si el empleo es generado por los propios trabajadores al constituir la entidad bajo esa forma

¹ Professor Titular da Universidade Faculdade de Direito de Málaga (España).

social². Además, el fin social que persiguen estas entidades privadas tiene su justificación en el artículo 129 de la Constitución Española, ya que promueven el acceso de los trabajadores a los medios de producción, lo que justifica que el legislador pueda favorecer fiscalmente a las sociedades laborales frente al resto de sociedades en general³. A nivel Europeo la recomendación del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de la empresa, invitaba a los estados miembros a reconocer los posibles beneficios de fomentar la participación de los trabajadores en la empresa y en los beneficios de la misma.

En este sentido, destaca también el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “participación financiera de los trabajadores en Europa” de 21 de octubre de 2010, que establece que la participación financiera de los trabajadores representa una posibilidad de hacer participar más y mejor a las empresas y a los trabajadores, así como a la sociedad en su conjunto, en el éxito de la creciente europeización de la actividad económica.

Además, con la estrategia “Europa 2020” la participación de los trabajadores puede constituir uno de los mecanismos para fortalecer la competitividad de las Pymes europeas, ya que aumenta la identificación con ellas y la vinculación de sus trabajadores vinculados cualificados. De esta forma se garantiza un futuro sostenible.

El hecho de que estas actividades de interés general encuentren también su apoyo en los principios rectores de la política económica y social de la Constitución Española y no sean asumidas por los entes públicos y sí a través de estas entidades privadas como en nuestro estudio, las sociedades laborales, las hace merecedoras de cierta protección jurídica.

Esta protección legal deriva desde nuestro sistema tributario en ciertos beneficios fiscales, que aunque dispersos en las leyes tributarias, constituyen importantes ventajas fiscales a las que podrían optar estas sociedades mercantiles siempre que en su constitución cumplan con los requisitos legales para ser consideradas como sociedades laborales y mantengan tal condición durante el desarrollo de su objeto social.

El trabajo se dirige a la tributación de las sociedades laborales incidiendo en el estudio de los incentivos fiscales que tanto en la norma mercantil reguladora de las sociedades laborales como en la ley del Impuesto sobre Sociedades apoyan o favorecen a estas entidades jurídicas. No obstante, al gozar estas sociedades laborales de beneficios fiscales específicos, entramos en el terreno de las normas jurídicas con fines extrafiscales⁴.

2 SUBJETIVIDAD TRIBUTARIA DE LAS SOCIEDADES LABORALES

Las sociedades laborales, al ser entidades jurídicas que desarrollan actividades mercantiles, son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

Estas entidades, aunque son consideradas como entidades de economía social, no están acogidas a un régimen especial de los que regula el Impuesto sobre Sociedades.

Sin embargo, pueden acceder a un beneficio específico en la LSLP que no es incompatible con otros beneficios fiscales regulado en la normativa del Impuesto sobre Sociedades siempre que cumplan determinados parámetros fijados en esta norma fiscal. Así, por ejemplo, en función de la facturación neta de la sociedad laboral, éstas podrían optar por aplicar los beneficios fiscales de las empresas de reducida dimensión. Asimismo, las sociedades laborales podrían beneficiarse del régimen de diferimiento del gravamen de las plusvalías tácitas en los supuestos de reestructuración de sociedades mercantiles.

2 Cfr. CALVO ORTEGA, R. “Fiscalidad de las entidades de Economía Social” en AA.VV. Fiscalidad de las entidades de economía Social, Civitas, Navarra, 2005, p. 35.

3 Las sociedades laborales, no sólo van a generar empleo en la economía española sino que además, no dejan de ser una vía para crear riqueza y bienestar social.

4 Cfr. GARCIA LUQUE, E., “Los beneficios fiscales y el medio ambiente. Análisis de la deducción por inversiones en instalaciones medioambientales” Palau 14, n. 30, 1997, p. 76-77.

2.1 EL DOBLE ORIGEN LEGAL, MERCANTIL Y TRIBUTARIO, DE LOS BENEFICIOS FISCALES

De una simple lectura de la normativa mercantil reguladora de las sociedades laborales observamos que la finalidad perseguida por éstas, es la creación de empleo. Para ello, se instrumentan determinados beneficios fiscales que afectarán a distintas normas tributarias con el propósito de crear empleo.

El primer grupo de beneficios fiscales, que denominaremos generales, hacen referencia a aquellas normas que incentivan la contratación y formación de los trabajadores.

El calificar a estos beneficios fiscales como generales significa que pueden acceder todas aquellas entidades jurídicas que cumplan con los requisitos establecidos en los distintos preceptos de las normas que lo regulan, sin que estén dirigidos exclusivamente para las sociedades laborales.

Al tener este tipo de beneficio fiscal un fuerte carácter subjetivo, el legislador lo ha ido introduciendo en todas las reformas tributarias desde 1978 atendiendo, sobre todo, al mandato constitucional que persigue la creación de empleo, pero también sopesando las circunstancias económicas y políticas por la que iba atravesando España. No obstante, en la década de los años 90 y particularmente en los últimos años, el legislador ha sido consciente de incentivar no sólo la creación directa de empleo sino también la formación del trabajador, que a medio plazo se traducirá en una mayor competitividad de la empresa, con lo que se asegura no sólo el mantenimiento de la plantilla de trabajadores sino su incremento, pues seguramente, la mayor competitividad y eficiencia ampliará la estructura empresarial, y con ello los factores de producción, incluido el humano.

Desde el punto de vista del socio laboral, el IRPF establece la exención para las prestaciones por desempleo reconocida por la entidad gestora cuando se perciba en la modalidad de pago único siempre que las cantidades percibidas se destinen a las finalidades establecidas en el RD 1044/1985, de 19 de julio.

Esta exención está condicionada al mantenimiento de la acción o participación durante el plazo de cinco años en el supuesto de que el contribuyente se hubiera integrado en sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado o hubiera realizado una aportación al capital social de una entidad mercantil, o al mantenimiento, durante idéntico plazo, de la actividad, en el caso del trabajador autónomo.

En relación con lo expuesto anteriormente y entrando en la Exposición de Motivos de la norma mercantil observamos que su fin principal es conseguir nuevos métodos de creación de empleo, fomentando la participación de los trabajadores en la empresa, de acuerdo con el mandato recogido en el artículo 129.2 de la Constitución Española⁵.

De la literalidad del precepto constitucional se infiere que corresponderá a los poderes públicos, especialmente al legislativo, establecer normas que favorezcan y faciliten no sólo el empleo, sino además, un empleo incentivado, es decir, que el trabajador vea en su actividad laboral no sólo un medio para obtener una remuneración por su trabajo por cuenta ajena sino que también esté motivado por su participación en el capital de la empresa en su condición de socio o partícipe.

Si avanzamos en el articulado de la norma legal de las sociedades laborales, observamos que su artículo 1 define el concepto de sociedad laboral, el cual dispone, que son “las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido”.

Del precepto reseñado se deduce que con la constitución de este tipo de empresas sociales la creación de empleo funciona, *ab initio*, pues constituye un requisito constitutivo de estas entidades que al menos el 50.1% del capital de la sociedad pertenezca a socios que a la vez estén contratados por la entidad con contrato fijo e intervengan en el desarrollo del objeto social de forma personal y directa.

⁵ El citado precepto constitucional, dispone literalmente que: “Los poderes públicos promoverán eficazmente las distintas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada las sociedades cooperativas. También establecerá los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”.

Además, en la propia Exposición de Motivos de la LSLP se dice que una de las diferencias de las sociedades laborales con las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada es la relativa al derecho de adquisición preferente en caso de transmisión de acciones o participaciones de la clase laboral que se configura con carácter legal y que pretende, en primer lugar, el aumento del número de socios trabajadores en beneficio de los trabajadores no socios y, en segundo lugar, que no disminuya el número de socios trabajadores.

En este sentido, para todas las sociedades mercantiles, es el Impuesto sobre Sociedades el que principalmente contiene preceptos que van dirigidos a incentivar de forma directa o indirecta la creación de empleo⁶.

Centrando el estudio en el Impuesto sobre Sociedades, el legislador siempre ha sido proclive a establecer preceptos en este impuesto que incentiven la creación de empleo y la formación del trabajador⁷. En la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS) los beneficios fiscales que van dirigidos a incrementar la contratación se fundamentan en gastos que van a ser deducibles de los ingresos tributarios y en deducciones fiscales, donde la minoración de la cuota tributaria responde a criterios totalmente subjetivos.

Los incentivos fiscales generales del primer grupo (dirigidos a la contratación de trabajadores) se materializan jurídicamente en deducciones en la cuota tributaria, al igual que los beneficios fiscales dirigidos a la formación de los trabajadores que actualmente la LIS no los regula.

No obstante, también existen beneficios tributarios específicos para las sociedades laborales. En este sentido, tendríamos que diferenciar los beneficios regulados en la LSLP, que exoneran total o parcialmente de la carga tributaria en determinados hechos imponible del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante ITPAJD), del beneficio fiscal específico para las sociedades laborales regulado en el Impuesto sobre Sociedades en relación a la libertad de amortización de activos fijos.

Los requisitos que con carácter general debían cumplir las sociedades laborales según el artículo 20 Ley 4/1997 para disfrutar de los beneficios fiscales eran:

- a) Tener la calificación de sociedad laboral; y
- b) Destinar al Fondo especial de reserva en el ejercicio en que se realice el hecho imponible, un 25% de los beneficios líquidos.

Estos requisitos, en nuestra opinión, se referían exclusivamente a que la sociedad pueda optar a los beneficios fiscales específicos regulados en la Ley 4/1997, es decir, a los que incidan, en los hechos imponible regulados en el ITPAJD. Sin embargo, para el beneficio fiscal específico de la libertad de amortización, regulado exclusivamente en el Impuesto sobre Sociedades, bastaría con que la sociedad adquiriese la calificación administrativa de laboral, pues así lo regulaba la norma impositiva y esa condición se adquiere cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 14 Ley 4/1997, es decir, destinando un 10% de los beneficios líquidos al Fondo Especial de Reserva.

Actualmente la LSLP en el artículo 14 establece que "Además de las reservas legales o estatutarias que procedan, las sociedades laborales están obligadas a constituir una reserva especial que se dotará con el 10% del beneficio líquido de cada ejercicio, hasta que alcance al menos una cifra superior al doble del capital social".

⁶ No obstante, existen otras figuras impositivas como el IAE que en el artículo 88.2 del TRLHL se posibilita que los Ayuntamientos de forma potestativa establezcan una bonificación del 50% de la cuota que corresponda a los sujetos pasivos que hayan incrementado el promedio de su plantilla de trabajadores con contrato indefinido.

⁷ Con la derogada Ley 61/1978 reguladora del Impuesto sobre Sociedades se establecía en su artículo 26 que aquellas sociedades que incrementasen su plantilla de personal y mantuvieran el incremento durante dos ejercicios consecutivos tenían derecho a una deducción del 25% del importe del sueldo, salarios y cargas sociales que por un período de dos años abonasen en relación con el nuevo personal. No obstante, a partir de las leyes de presupuesto para 1985 se modificó la técnica para incentivar la creación de empleo ya que no se deduce un porcentaje sobre el nuevo coste de personal sino una cantidad fija por cada nuevo puesto de trabajo siempre que se mantenga durante dos años el incremento de la plantilla.

Del precepto se desprende la obligación de una cantidad fija hasta alcanzar la reserva especial un determinado montante a partir de ese momento tan sólo tendría que mantener ese montante cifrado en el doble del capital social para no perder la condición de sociedad laboral⁸.

A diferencia de la Ley 4/1997 la nueva normativa no establece una especial dotación a la reserva especial para disfrutar de los beneficios tributarios, tan sólo se necesita que la sociedad laboral vaya cumpliendo con el requisito mínimo de ir dotando un 10 % de los beneficios líquidos aun cuando no haya alcanzado la reserva especial el doble del capital social⁹. Hay que puntualizar que si la sociedad laboral en un ejercicio fiscal tuviese pérdidas y no pudiera dotar la correspondiente reserva especial, no perdería en mi opinión, el beneficio fiscal señalado.

2.1.1 Las reservas de capitalización y nivelación en la sociedades laborales

Una de las novedades que contempla la LIS es la incorporación de dos nuevas reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. Las sociedades laborales, como cualquier entidad jurídica sometida al tipo impositivo del 25%, podrían optar por aplicar estos beneficios fiscales, que además de reducir significativamente su coste fiscal porque inciden directamente en la base imponible les incentivará a prescindir en la medida de lo posible de las fuentes de financiación ajena. Esta medida parece adecuada en una situación económica como la actual, en la que aún estamos inmersos en una crisis económica y donde el acceso al mercado financiero es complicado por las garantías financieras que exigen las entidades financieras así como el endeudamiento, en el mejor de los casos, que supone para estas entidades de economía social.

Con estas medidas se pretende favorecer la capitalización empresarial de forma que las empresas disminuyan su nivel de apalancamiento financiero y modifiquen la relación entre las fuentes de financiación ajena y propia.

2.1.1.1 Reserva de capitalización

La reserva de capitalización viene a sustituir la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios y a la deducción por inversión de beneficios. Sin embargo, la reducción por la dotación a dicha reserva no exige que se realice ninguna inversión en bienes y derechos que se afecten a la actividad de la empresa.

La parte de beneficios que se aplique al incremento de fondos propios y la propia reserva de capitalización que se constituya se puede utilizar para el desempeño de la actividad económica mediante la inversión en bienes de capital o el pago de gastos corrientes e incluso dichos importes podrían mantenerse en las cuentas bancarias de la entidad sin que resulte necesaria su inversión o gasto ya que las condiciones que se exigen para el disfrute de la reducción son el incremento de los fondos propios en los términos regulados en la ley y la creación de una reserva indisponible.

La regulación de este beneficio tributario se encuentra en el artículo 25.1 LIS que dispone: "Los contribuyentes que tributen con arreglo al apartado 1 del artículo 29 que regula el tipo impositivo general del 25 por ciento tendrán derecho a una reducción en la base imponible del 10 por ciento del importe del incremento de sus fondos propios siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- 1) Que los fondos propios de la entidad se mantengan durante un plazo de 5 años desde el cierre del período impositivo al que corresponde esta reducción salvo por la existencia de pérdidas contables en la entidad.
- 2) Que se dote una reserva por el importe de la reducción que deberá figurar en el balance con absoluta separación y título apropiado y será indisponible durante el plazo previsto en la letra anterior"

⁸ Vid artículo 15.2 LSL.

⁹ Las sociedades laborales con el objeto de cumplir el requisito del artículo 14 de la LSLB se constituirán con el capital social mínimo.

Esta reducción en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades tiene un límite máximo que en su aspecto cuantitativo nunca podrá ser superior al 10% de la base imponible del período impositivo previa a esta reducción. No obstante, en el caso de insuficiente base imponible para aplicar la reducción, las cantidades pendientes podrán ser objeto de aplicación en los dos años inmediatos y sucesivos conjuntamente con la reducción que pudiera corresponder, en su caso, por aplicación de lo dispuesto en este artículo en el período impositivo correspondiente y con el límite previsto en el párrafo anterior¹⁰.

Los fondos propios determinan la magnitud básica sobre la que se aplicará el porcentaje para determinar el *quantum* reducible. No obstante, la propia norma tributaria deja claro que el incremento de fondos propios vendrá determinado por la diferencia positiva entre los fondos propios existentes al cierre del ejercicio sin incluir los resultados del mismo y los fondos propios existentes al inicio del mismo sin incluir los resultados del ejercicio anterior¹¹.

En el supuesto de que no se mantenga el incremento del patrimonio neto durante el plazo de los cinco años, el sujeto pasivo tendrá que regularizar las cantidades indebidamente reducidas, así como los intereses de demora devengados.

La cuestión que se plantea es si la regularización que deba practicarse es siempre por la totalidad del beneficio fiscal aplicado, o bien, en proporción a la disminución de los fondos propios.

La norma no deja claro este aspecto; sin embargo, desde la equidad tributaria sería correcto que el ajuste se aplicase teniendo en consideración la parte proporcional del descenso de los fondos propios.

2.1.1.2 Reserva de nivelación

La LIS establece para las empresas de reducida dimensión la creación de una reserva de nivelación en la que podrán emplear su beneficio no distribuido con el objeto de constituir fondos propios que dejarían de tributar cinco años para compensar posibles pérdidas que tuviese la entidad en el futuro.

En concreto, durante el período de cinco años en que la citada reserva esté operativa se podrán compensar bases imponibles negativas hasta el importe de la reserva y el sobrante revertirá al final, es decir, al quinto año. En el supuesto de que las PYMES apliquen tanto la reserva de capitalización como la de nivelación, ya que ambas son compatibles, podrían rebajar el tipo impositivo en el 20 por ciento, mientras que si sólo aplica la reserva de nivelación el tipo positivo quedaría fijado en el 22.5 por ciento.

En cualquier caso, la dotación de esta reserva de nivelación puede ocasionar para las empresas de reducida dimensión un coste de oportunidad, ya que podría suponer mucho esfuerzo acumular beneficios no distribuidos en menoscabo de la financiación del circulante.

¹⁰ Desde el punto de vista contable la reducción no aplicada se recogerá en un asiento en el que el beneficio fiscal no aplicado se contabiliza en la cuenta de Derechos por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar con abono a la cuenta de impuesto diferido.

¹¹ Para determinar el incremento de los fondos propios no se tendrá en cuenta:

- 1) Los resultados del ejercicio anterior
- 2) Las aportaciones de socios
- 3) Las ampliaciones de capital o fondos propios
- 4) Las reservas de carácter legal o estatutario
- 5) Las reservas indisponibles que se doten por aplicación de lo dispuesto en el artículo 105 de esta Ley y en el artículo 27 de la Ley 19/1994 de 6 de junio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias
- 6) Los fondos propios que correspondan a una emisión de instrumentos financieros compuestos
- 7) Los fondos propios que se correspondan con variaciones en activos por impuesto diferido de una disminución del tipo de gravamen de este impuesto.

A tenor del artículo 105 de la LIS, las entidades consideradas fiscalmente como empresas de reducida dimensión (entre las que pueden incluirse las sociedades laborales), siempre que apliquen el tipo impositivo del 25% del Impuesto sobre Sociedades podrán minorar su base imponible positiva hasta el 10% de su importe.

Se impone un límite máximo a este beneficio fiscal que está fijado en un 1.000.000 de euros¹².

Las cantidades minoradas se adicionarán a la base imponible de los períodos impositivos que concluyan en los cinco años inmediatos y sucesivos a la finalización del período impositivo en que se realice dicha minoración, siempre que el contribuyente tenga una base imponible negativa, y hasta el importe de la misma. En el supuesto que la sociedad laboral no haya podido compensar lo dotado a la reserva de nivelación durante los cinco años sucesivos, lo harán en el último año añadiendo a la base imponible del ejercicio su importe.

En realidad con este sistema se pretende un diferimiento durante un plazo de cinco años del pago del impuesto en un porcentaje del 10%.

Desde el punto de vista contable hay que dotar la reserva con cargo a la cuenta de resultado, abonando su importe a la cuenta de reserva de nivelación. Cuando se vaya reintegrando su importe por la existencia de base imponible negativa o porque hayan transcurrido los cinco años sin poder compensar las cantidades dotadas, habrá que realizar un asiento contable que consiste en cargar la cuenta de reserva de nivelación con abono a la cuenta de reserva voluntaria, con lo cual, la reserva indisponible pasa a ser disponible.

2.2 BENEFICIOS TRIBUTARIOS DIRIGIDOS A LA CONTRATACIÓN Y FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES

El artículo 37 de la LIS regula una deducción en la cuota tributaria por creación de empleo a la que podrán acceder las sociedades laborales al igual que cualquier otra entidad jurídica.

La deducción se basa fundamentalmente en la contratación de trabajadores con contrato laboral indefinido aunque en el caso de trabajadores con contrato laboral temporal también computan. Con esta medida se pretende dar estabilidad laboral a las personas físicas que entren a formar parte de las plantillas de las empresas.

En primer lugar se regula una deducción de 3000 euros en la cuota íntegra de la entidad por el primer trabajador con contrato indefinido de apoyo a los emprendedores siempre que sea menor de 30 años.

Por otra parte, aquellas entidades que cuenten con una plantilla inferior a 50 trabajadores y contraten de forma indefinida a personas desempleadas para beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo, podrán deducir de la cuota íntegra de la menor de los siguientes importes:

- a) El importe de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de recibir en el momento de la contratación;
- b) El importe correspondiente a 12 mensualidades de la prestación por desempleo que tuviera reconocida.

Esta deducción será de aplicación respecto de aquellos contratos hasta alcanzar la plantilla de los 50 trabajadores y, siempre que se produzca respecto a cada trabajador un incremento de la plantilla media total de la entidad en al menos, una unidad respecto a la existente en los 12 meses anteriores.

¹² En el supuesto de que el período impositivo sea inferior al año. El importe de la minoración no podrá superar el resultado de multiplicar 1000000 de euros por la proporción existente entre la duración del período impositivo respecto del año.

La aplicación de la deducción está condicionada a que el trabajador contratado hubiera percibido la prestación durante tres meses antes de iniciar la relación laboral¹³.

Esta deducción por creación de empleo se empezará a aplicar en la cuota íntegra del período impositivo en que finalice el período de prueba de un año exigido en el correspondiente contrato laboral y estará condicionado por otra parte al mantenimiento de la relación laboral durante un plazo de 3 años desde el inicio.

En el supuesto en que la entidad disfrute de este beneficio fiscal pero incumpla las condiciones para aplicar el mismo, tendrá que regularizar la aplicación indebida de esta deducción fiscal¹⁴.

Esta deducción es incompatible con la amortización acelerada del artículo 102 de la LIS.

Actualmente se mantiene la deducción por creación de empleo para personas minusválidas que desarrollen una actividad laboral en la empresa. Este beneficio fiscal se consolida a partir de principios del ejercicio 1997 a raíz del Tratado de Ámsterdam del 2 de octubre de 1997, que recogía dentro de sus orientaciones sociales prioritarias en el ámbito comunitario, la integración de las personas excluidas del mercado laboral.

En el derogado artículo 41 TRIS se regulaba este beneficio fiscal al que podían optar todas las sociedades mercantiles, siempre que las empresas contraten de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de *Integración Social de Minusválidos*, personas que tengan una discapacidad física o psíquica como mínimo del 33%.

La norma tributaria establecía unos requisitos constitutivos a las sociedades para que puedan aplicar la deducción por creación de empleo. Así pues, se exigía que el contrato laboral fuese por tiempo indefinido y siempre que la plantilla media del ejercicio económico en que se haya contratado al trabajador con minusvalía experimente un aumento respecto de la plantilla media de trabajadores minusválidos del ejercicio inmediatamente anterior.

Por tanto, nos podríamos encontrar supuestos en que la contratación media hubiera experimentado un ascenso respecto del ejercicio anterior y sin embargo, la sociedad no poder aplicar el beneficio fiscal de 6.000 euros por incremento de la plantilla de trabajadores, bien por no tener el trabajador discapacidad física o psíquica o tenerla inferior al 33%, o porque siendo trabajadores minusválidos, estén contratados a tiempo parcial o temporal.

Actualmente, la LIS en su artículo 38 dispone que: "Será deducible de la cuota íntegra la cantidad de 9000 euros por cada persona año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad en un grado igual o superior al 33 % e inferior al 65 %, contratados por el contribuyente experimentado durante el período impositivo, respecto de la plantilla media de trabajadores de la misma naturaleza del período inmediato anterior".

En este primer supuesto del precepto, mejora la deducción en la contratación de trabajadores con minusvalía, ya que aumenta la cantidad objeto de deducción en 3000 euros.

El precepto habla del concepto de discapacidad en sentido amplio luego hay que entender que la discapacidad es tanto física como psíquica.

El precepto además establece que la deducción podrá ser de 12.000 euros por cada persona año de incremento de plantilla de trabajadores con discapacidad en un grado igual o superior al 65 % contratado por el contribuyente, experimentado durante el período impositivo, respecto a la plantilla de trabajadores de la misma naturaleza del período inmediato anterior.

13 El trabajador está obligado a proporcionar a la entidad un certificado del Servicio Público de Empleo Estatal sobre el importe de la prestación pendiente de percibir en la fecha prevista de inicio de la relación laboral.

14 No se entenderá incumplida la obligación del mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga, una vez transcurrido el período de prueba por causas objetivas o despido disciplinario cuando uno y otro sea declarado o reconocido como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

La única limitación que tiene este beneficio fiscal es que aquellos trabajadores que dieran derecho a la deducción prevista en este artículo no se computarán a efectos de la libertad de amortización con creación de empleo regulado en el artículo 102 de la LIS.

Centrando el estudio en las sociedades laborales, al ser éstas, sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades pueden optar por aplicar los beneficios de dicho tributo si cumplen los requisitos exigidos por la norma; por ello, este tipo de entidad podría perfectamente aplicar la deducción por creación de empleo para minusválidos si en su plantilla existe un incremento de la plantilla de estos trabajadores respecto de los años anteriores. Así lo pone de manifiesto la Resolución de la DGT de 26/4/2000; sin embargo, en las sociedades laborales se da la particularidad de que en su constitución puede haber socios trabajadores minusválidos que contribuyan al capital social exigido como mínimo por la LSL para esta categoría de socios trabajadores. Si se diera este supuesto, la sociedad puede plantearse la aplicación de la deducción por creación de empleo para minusválidos siempre que tome como personal contratado en el año precedente (en la que todavía no se había constituido la sociedad) la cantidad cero.

Esta tesis suscitó cierto recelo por parte de la Administración tributaria, pero diversas resoluciones de la DGT proclives a esta consideración, han forzado a la Administración a aceptar la posibilidad de que las sociedades mercantiles puedan optar por estos beneficios fiscales cuando se tome como referencia ejercicios anteriores y estos fuesen inexistentes porque la sociedad ni siquiera estuviera constituida.

Como colofón a la aplicación de este beneficio fiscal habría que considerar el hecho de que la sociedad laboral que tenga la posibilidad de aplicar la deducción estudiada no pueda hacerlo por tener pérdidas o insuficiencia de cuota íntegra.

Esta situación se corrige a tenor del artículo 39 LIS, según el cual las cantidades correspondientes al periodo impositivo no deducibles podrán aplicarse en las liquidaciones de los periodos impositivos que concluyan en los 15 años inmediatos y sucesivos. Además, el mismo precepto establece que si la sociedad laboral es de nueva creación o ha intentado sanear pérdidas de ejercicios anteriores mediante la aportación efectiva de nuevos recursos, el cómputo de los plazos para la aplicación de la deducción por creación de empleo podrá diferirse hasta el primer ejercicio en que, dentro del periodo de prescripción, se produzcan resultados positivos. Así, el horizonte temporal de que disponen las sociedades para la aplicación de este beneficio podría ampliarse hasta 19 años.

Este importante incentivo fiscal ha sido suprimido por la nueva norma tributaria sin una justificación convincente porque si una entidad hace el esfuerzo de realizar contrataciones de personal, una de los objetivos que tiene que hacer la entidad es seguir invirtiendo en ese capital humano tendente a actualizarlo en el manejo de las nuevas herramientas informáticas, económicas, jurídicas o social. Hay que pensar que las empresas compiten en un mundo totalmente globalizado y esa cuestión exige que todas las entidades tengan que adecuar sus estructuras empresariales y de personal a dicha circunstancia. Por este motivo, de *lege ferenda*, el legislador debería reintroducir este beneficio fiscal.

Hay que destacar la modificación del Impuesto sobre Sociedades dada por la LIRPF, que, como objetivo principal, recoge una eliminación progresiva de casi todas las deducciones y bonificaciones, pero en contrapartida, se reducen los tipos de gravamen¹⁵.

Este es el motivo por el que voy a exponer como se regulaba este beneficio tributario.

Los gastos en formación estaban regulados en el Impuesto sobre sociedades (TRIS) e incidía directamente en el empleo a través de la deducción a la que pueden optar las sociedades mercantiles cuando inviertan en capital humano, es decir, cuando destinen parte de sus fondos a formar y capacitar a sus trabajadores. Este beneficio fiscal ha estado condicionado por el Reglamento nº 68/2001, de 12/1/2001 de

15 En la Disposición final segunda de la LIRPF se reduce de forma gradual el tipo general del Impuesto sobre Sociedades de forma que para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2007 queda fijado en un 32.5% y para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2008 el tipo queda fijado en un 30%. Si la empresa es de reducida dimensión, entonces para los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2007 aplicarán el tipo impositivo del 25% a la parte de la base imponible comprendida entre 0 y 120202.41 euros y para la parte restante de base imponible se le aplicará un 30%.

la Comunidad Económica Europea dirigido a incentivar la formación del trabajador. En la citada norma comunitaria, en su artículo dos, se recogen dos tipos de formación a la que pueden acceder los trabajadores: una específica, que incluiría una enseñanza teórica y práctica aplicable directamente en el puesto de trabajo actual o futuro del trabajador y otra general, en la que la formación no es la única o principalmente aplicable en el puesto de trabajo actual o futuro del trabajador en la empresa beneficiaria

Centrando el estudio en este beneficio fiscal, hay que decir que el Impuesto sobre Sociedades incentivó especialmente la formación específica de los trabajadores, de forma que el artículo 40 TRIS disponía que: “La realización de actividades de formación empresarial dará derecho a practicar una deducción de la cuota íntegra del 5% de los gastos efectuados en el período impositivo, minorados en el 65% del importe de las subvenciones recibidas para la realización de dichas actividades e imputables como ingreso en el período impositivo”.

En el caso de que los gastos efectuados en la realización de actividades de formación profesional en el período impositivo sean mayores que la media de los efectuados en los dos años anteriores, se aplicará el porcentaje del 5% hasta dicha media y el 10% sobre el exceso respecto a la media”.

El objetivo de este beneficio era potenciar la capacitación de los trabajadores con el fin de conseguir una mejora en la competitividad empresarial al mejorar la cualificación de los trabajadores de la empresa.

Sin embargo, no todo el gasto en que incurría la empresa en formar a sus trabajadores daba derecho a esta deducción por formación profesional, ya que la empresa puede formar a los trabajadores bien por cuenta propia o a través de empresas en materias técnicas que no estén relacionadas directamente con el objeto social de la empresa.

La exclusión de estos gastos empresariales dirigidos a la formación, que no originan derecho a deducir en la cuota, hay que buscarla en el beneficiario de la formación.

No hay dudas de que el beneficiario directo del gasto en formación siempre iba a ser el trabajador, pero la cuestión a dilucidar es en qué medida va a repercutir dicha formación en la sociedad laboral, es decir, si la empresa iba a ver incrementada sus expectativas empresariales como consecuencia de la formación que estaba sufragando a sus trabajadores.

La cuestión se dilucida a tenor de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 40 TRIS el cual, establecía que son gastos de formación profesional los dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje de su personal y exigido por el desarrollo de sus actividades o por las características de los puestos de trabajo, sin que estos gastos tengan la consideración de rendimientos del trabajo personal. De este apartado del precepto se infiere con meridiana claridad que el gasto en formación en que incurre la empresa debe estar enfocado a que los trabajadores se actualicen o mejoren en las actividades que constituya el tráfico mercantil de la sociedad y, por tanto, no sea invertido en beneficio propio y único del trabajador.

Sin embargo, la segunda cuestión pendiente es que ese gasto en beneficio del trabajador no esté gravado como rendimiento del trabajo personal, o lo que es lo mismo, que la retribución en especie dada por la empresa a sus empleados, con independencia del tipo de contratación que tengan, no sea gravada por el IRPF.

En este sentido, el artículo 44 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, *por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* dispone que: “No tendrán la consideración de retribución en especie a efectos de lo previsto en el artículo 42.2.b de la Ley del Impuesto los estudios dispuestos por instituciones, empresas o empleadores y financiados directamente por ellos para la actualización capacitación o reciclaje del personal cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de sus puestos incluso cuando su prestación efectiva se efectúe por otras personas o entidades especializadas”.

De ahí se colige que la formación que financia la empresa a sus trabajadores debe estar dirigida a mejorar la productividad empresarial de la sociedad, lo que no obsta para que el trabajador haya adquirido una cualificación y un beneficio. *A sensu contrario*, cuando la formación que recibe el trabajador es de

tipo general y no está vinculada al objeto social de la entidad, no es posible aplicar el beneficio fiscal estudiado y además para el trabajador ese beneficio formativo que recibe es considerado como retribución en especie en el IRPF Asimismo, cualquier gasto relacionado con la actividad de formación que tenga la consideración de accesorio como pueden ser los gastos de manutención o desplazamiento de los trabajadores no van a formar parte de la base de deducción¹⁶.

El apartado tercero del artículo 40 TRIS incorporó un componente a la base de deducción que, en nuestra opinión, es una ficción jurídica, ya que considera dentro de la base de deducción en gastos de formación los efectuados para habitar a los trabajadores al acceso a las nuevas tecnologías, incluyéndose dentro de los mismos los gastos que posibiliten el acceso a internet de los trabajadores, así como de los derivados de la entrega gratuita o a precios rebajados de equipos y terminales necesarios para acceder a internet, con su software y periféricos asociados, así como la concesión de préstamos y ayudas para la adquisición de estos equipos¹⁷.

Hay que establecer algunas precisiones respecto a estos gastos en que pueden incurrir las sociedades cuando inicien actividades formativas. En primer lugar, si los equipos necesarios para desarrollar la formación están financiados con préstamos, no forma parte de la deducción los gastos financieros asociados a dichas adquisiciones de activos fijos, pues no están directamente relacionados con la actividad formativa. En segundo lugar, si se adquiere inmovilizado material afecto total o parcialmente a la actividad formativa, sólo forma parte de la base de deducción la amortización de dicho inmovilizado¹⁸. Además, a este inmovilizado afecto a la actividad económica se le exige una condición de permanencia en el patrimonio empresarial. Así, el artículo 44.3 TRIS aclaraba que los elementos patrimoniales afectos (en nuestro caso a las actividades de formación) deberán permanecer en funcionamiento durante cinco años o tres años, si se trata de bienes muebles, o durante su vida útil si fuera inferior.

En las sociedades laborales se da la particularidad de que al poder beneficiarse de la libertad de amortización, el gasto fiscal se podrá imputar en un solo ejercicio. Sin embargo, aunque fiscalmente esté amortizado, el inmovilizado deberá permanecer en funcionamiento en la empresa durante cinco o tres años, o bien durante su vida útil si es inferior, si no se quiere perder el beneficio fiscal aplicado y, además, satisfacer los intereses de demora.

2.3 BENEFICIOS ESPECÍFICOS PARA LAS SOCIEDADES LABORALES

2.3.1 La libertad de amortización en el Impuesto sobre Sociedades

Este beneficio fiscal permite que las sociedades recuperen fiscalmente el valor de sus inversiones de forma acelerada. La forma contable en que las empresas contabilizan esta recuperación del valor de los activos es a través de la cuenta de amortizaciones, que por pertenecer al grupo seis del Plan General de Contabilidad, constituye un gasto deducible para la empresa a la hora de determinar la cuenta de pérdidas y ganancias. La libertad de amortización regulada exclusivamente en la normativa tributaria casi siempre va a originar diferencias temporales, es decir, ajustes extracontables en la cuenta de pérdidas y ganancias para la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. El hecho de que se produzcan estos ajustes fiscales se deben a que fiscalmente el bien de inversión se va a amortizar de forma más rápida que la vida útil del propio activo, criterio que sigue la contabilidad. Pero, desde luego, no cabe duda de que a las sociedades les interesa este sistema de amortización pues van a minorar los ingresos fiscales obtenidos de forma notable y sin la exigencia de la inscripción contable.

¹⁶ Vid. Resolución de la DGT de 20/7/1998.

¹⁷ En nuestra opinión puede ser más beneficioso para la empresa cuando se trate de invertir en formación para el aprendizaje de nuevas tecnologías aplicar la deducción del artículo 36 TRIS dirigida al fomento de las tecnologías de la información y de la comunicación cuyo porcentaje es fijo del 10%, es decir, 5 puntos superior a la deducción por gastos de formación profesional.

¹⁸ En el supuesto de que el activo esté afecto parcialmente sólo se integrará en la base de deducción la amortización que corresponda a la parte del activo que esté afecto a la actividad formativa.

Este beneficio fiscal se presenta para las sociedades laborales de forma específica y de forma general¹⁹. En este sentido, la libertad de amortización de forma exclusiva o específica, encuentra su regulación en el artículo 12.3 LIS en el que se dispone que: “Podrán amortizarse libremente, los elementos del inmovilizado material, intangible e inversiones inmobiliarias de las sociedades anónimas laborales y de las sociedades limitadas laborales afectos a la realización de sus actividades, adquiridos durante los cinco primeros años a partir de la fecha de su calificación como tales”²⁰.

En nuestra opinión, esta partida deducible regulada en la normativa del Impuesto sobre Sociedades va a incidir en la constitución de sociedades con forma jurídica de anónima o limitada laboral comportando la creación de empleo.

La libertad de amortización se aplica tanto a los elementos del inmovilizado material como inmaterial dentro del plazo de cinco años desde que la entidad adquiera la calificación de laboral²¹.

Hay que destacar la amplitud de este beneficio fiscal aplicado a las sociedades laborales, pues la amortización acelerada se puede aplicar a todo activo de la empresa, sea nuevo o usado, siempre que sea susceptible de ser amortizado y que esté afecto a la explotación económica, sin restringir su aplicación a su consideración como elemento material o inmaterial ni tampoco en atención a la naturaleza del activo fijo²².

El mismo precepto regula la posibilidad de que las empresas que trabajen en proyectos de investigación y desarrollo apliquen si lo desean la libertad de amortización a los elementos del inmovilizado material e inmaterial afecto a tales proyectos, sin embargo, restringen la aplicación del beneficio fiscal a los edificios afectos a los gastos de investigación y desarrollo, restricción que no es aplicable a las sociedades laborales²³.

Hay que ser meticuloso cuando se interpreta el precepto en cuestión porque la aplicación de la libertad de amortización no supone necesariamente que deba aplicarse el incentivo en el plazo de cinco años, ya que sólo es predicable respecto de las inversiones realizadas dentro del mismo, de manera que dichas inversiones son las que pueden amortizarse libremente en la forma que desee el sujeto pasivo. Por el contrario, las inversiones realizadas fuera de ese plazo no podrán amortizarse libremente²⁴.

Para disfrutar de los beneficios fiscales de la LSL ya no se exige como se ha expuesto que la dotación a esta reserva en el ejercicio en que se realiza el hecho imponible sea del 25 % en lugar del 10 % sino simplemente que se vaya dotando la cantidad del 10 % de los beneficios líquidos hasta alcanzar el doble del capital social.

Esta opción de legislador puede deberse a impedir que las cantidades ahorradas por la sociedad como consecuencia de la exención se repartan entre los socios vía dividendos. Aunque también el beneficio fiscal se justifica por el esfuerzo que realiza la sociedad guardando esas cantidades para garantizar su vida y estabilidad, lo que conlleva a garantizar los puestos de trabajo de la sociedad laboral.

19 El beneficio fiscal de la libertad de amortización específica solamente la podrán aplicar las sociedades laborales que cumplan con los requisitos mercantiles exigidos de forma constitutiva, mientras que la libertad de amortización regulada en el régimen especial de empresas de reducida dimensión, podrá optar todas las entidades, que cumplan con los requisitos del artículo 101 LIS de la LIS en el que se dispone que “Los incentivos fiscales establecidos se aplicarán siempre que el importe neto de la cifra neta de negocios habida en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a 10 millones de euros”.

20 En primer lugar hay que mencionar que este incentivo fiscal estaba articulado en la anterior normativa reguladora de las sociedades laborales (Ley 15/1986), sin embargo desaparece con la Ley 4/1997 incorporándose de forma autónoma a la norma fiscal.

21 Al establecerse la temporalidad del incentivo en años y no, en períodos impositivos, el cómputo del mismo debe hacerse de fecha a fecha.

22 Según el Plan General de Contabilidad no serían amortizables los terrenos o solares sin perjuicio de que se puedan provisionar ante una pérdida de valor reversible.

23 El artículo 11.2, c) dispone que: “Podrán amortizarse libremente los elementos del inmovilizado material e inmaterial, excluidos los edificios, afectos a las actividades de investigación y desarrollo”.

24 No obstante, aunque la sociedad laboral no aplicase la libertad de amortización propia del artículo 11.2 TRIS, podía aplicar la amortización acelerada del régimen de las empresas de reducida dimensión siempre que su facturación neta tomando como referencia el año anterior sea inferior a ocho millones de euros.

Si durante los cinco primeros años desde su constitución en los que la sociedad laboral debe tener la calificación administrativa de laboral se produjese su descalificación, en nuestra opinión, la sociedad se verá obligada a realizar una declaración complementaria en la que tendrá que reintegrar el disfrute indebido de la libertad de amortización junto con los intereses de demora²⁵. De otra forma propiciaría, el abuso de las formas jurídicas, es decir, podría la sociedad obtener la calificación administrativa de laboral, amortizar libremente en un solo período impositivo todo su inmovilizado pudiendo generar de forma mediata un derecho de crédito frente a la Administración tributaria y después, proceder a su descalificación administrativa²⁶.

Con la anterior normativa de las sociedades laborales podían surgir problemas con la aplicación temporal de la libertad de amortización fruto de la divergencia entre la normativa tributaria y la mercantil. Así, el artículo 16.4 Ley 4/1997 disponía que “La descalificación antes de cinco años desde su constitución o transformación conllevará para la sociedad laboral la pérdida de los beneficios tributarios” y, sin embargo, la norma fiscal se refiere a los cinco años desde su calificación administrativa.

También podía suceder que la calificación administrativa de sociedad laboral sea posterior a la constitución mercantil de la entidad, lo que implicaba que la libertad de amortización regulada en el Impuesto sobre Sociedades no podrá aplicarse hasta obtener dicha calificación. Además, como es *condictio sine qua non* para obtener la personalidad jurídica, la inscripción de la sociedad laboral en el registro mercantil, la entidad quedaría hasta entonces como una sociedad irregular sometida a la atribución de rentas²⁷.

La razón por la cual se exige con carácter general la inversión dentro de los cinco primeros años, aunque después el beneficio fiscal se difiera en el tiempo, se puede deber a evitar los supuestos en que estas sociedades mercantiles al iniciar sus actividades económicas tengan bases imponibles negativas y no tenga operatividad la libertad de amortización. No obstante, aunque estas sociedades difieran la aplicación de la amortización acelerada, en nuestra opinión tendría como límite de su aplicación el número de períodos impositivos en que se amortizaría el bien de inversión según su vida útil, que es la que marca la operatividad funcional del activo dentro de la empresa.

Si la vida útil del bien de inversión es corta y suponiendo que la sociedad tuviese bases imponibles negativas a compensar, la opción más congruente sería aplicar al ajuste extracontable negativo correspondiente a la libertad de amortización y engrosar aún más el saldo negativo de la base imponible de la sociedad laboral.

Esta posibilidad permite alargar en el tiempo el disfrute del beneficio fiscal de la libertad de amortización, pues el plazo para compensar las bases imponibles negativas ya no tiene un límite temporal. En este sentido y a tenor del artículo 26.1 de la LIS las bases imponibles negativas que hayan sido objeto de liquidación o autoliquidación podrán ser compensadas con las rentas positivas de los períodos impositivos siguientes con el límite del 70 % de la base imponible previa a la compensación y previa a la reducción por la reserva de capitalización.

En todo caso, siempre se podrá compensar en el período impositivo bases imponibles por importe de 1 millón de euros.

25 En este sentido, tal como expresa CALVO VERGEZ, J., “La tributación de las sociedades laborales en el Impuesto sobre Sociedades” C.E.F., 2010, n° 283, p. 66, la previsión de la normativa mercantil, al contener una referencia genérica a los beneficios tributarios sin concretarlos en ningún impuesto, resulta lo suficientemente amplia como para defender su aplicación a cualquier incentivo fiscal, ya sean los contemplados en la propia ley de Sociedades laborales o los dispuestos en la regulación normativa del Impuesto sobre Sociedades.

26 Como expresa HINOJOSA TORRALVO, J.J., Los Créditos de Impuesto en el Sistema Tributario Español, Cedecs, 1995, p. 224 aunque en el Derecho comparado se utilice la expresión de crédito de impuesto para las cantidades a deducir, nuestro sistema tributario el concepto de crédito de impuesto nace cuando hay una exacción previa y surge la obligación de reequilibrar el patrimonio del sujeto pasivo.

27 El artículo 4.2 Ley 4/1997 dispone que: “La sociedad gozará de personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro Mercantil, si bien, para la inscripción en dicho Registro de una sociedad con la calificación de laboral deberá aportarse el certificado que acredite que dicha sociedad ha sido calificada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales o por el órgano competente de la respectiva Comunidad autónoma como tal e inscrita en el Registro Administrativo”.

Además, en el caso de entidades de nueva creación el artículo 26.3 LIS establece que no será de aplicación el límite del 70 % de la base imponible en los tres primeros años en que se genere una base imponible positiva previa a su compensación.

En un plano diferente, pero con el mismo objetivo, las sociedades laborales podrán optar por aplicar el beneficio fiscal de la libertad de amortización que con carácter general se regula para todas aquellas sociedades que cumplan con los requisitos establecidos en el régimen especial de empresas de reducida dimensión regulado en el Impuesto sobre sociedades.

Dentro del régimen de empresas de reducida dimensión, las sociedades laborales podrían aplicar la libertad de amortización para las inversiones con creación de empleo establecida en el artículo 102 LIS que dispone: “Los elementos nuevos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias, afectos a actividades económicas, puesto a disposición del contribuyente en el período impositivo en el que se cumplan las condiciones del artículo anterior, podrán ser amortizados libremente siempre que, durante los 24 meses siguientes a la fecha del inicio del período impositivo en que los bienes adquiridos entren en funcionamiento, la plantilla media total de la empresa se incrementen respecto de la plantilla de los 12 meses anteriores, y dicho incremento se mantenga durante un período adicional de otros 24 meses”.

Este incentivo fiscal podrán aplicarlo las sociedades laborales que tengan la calificación jurídica de reducida dimensión, siempre que no se hayan beneficiado total o parcialmente de la libertad de amortización específica para dichas entidades. En este sentido, es evidente que si la sociedad laboral ha aplicado la libertad de amortización específica de forma total, no podrá beneficiarse de éste incentivo fiscal ya que llevaría a una desimposición al duplicar el gasto fiscal por amortizaciones. Sin embargo, tampoco se admite que amorticemos un porcentaje del valor del bien de inversión con el sistema de amortización específico para las sociedades laborales y el resto del valor con la libertad de amortización, con creación de empleo, o con cualquier otro método establecido en el régimen de empresas de reducida dimensión. Este régimen de amortización se aplica a elementos del inmovilizado material nuevos, pero sin necesidad de afectación a su actividad, es suficiente que la inversión forme parte del inmovilizado de la empresa.

Este sistema de amortización está limitado. Así, tal como dispone el artículo 102.1 LIS: “La cuantía de la inversión que podrá beneficiarse del régimen de libertad de amortización será la que resulte de multiplicar la cifra de 120.000 euros por el referido incremento calculado con dos decimales”. En nuestra opinión, no será frecuente que las sociedades laborales apliquen este sistema de amortización debido a que como hemos expuesto, al constituirse la sociedad laboral, la LSLP le exige una proporción alta de socios laborales con contratos indefinidos, por lo que nuevas contrataciones serán menos frecuentes ya que hay que contar con que habrá socios capitalistas, dejando poco margen para el personal contratado laboral que no tengan la condición de socio²⁸. De otro lado, los trabajadores minusválidos contratados solamente serán computados para la aplicación de la libertad de amortización si no dan derecho a la aplicación de la deducción por creación para trabajadores minusválidos²⁹.

Existen otros sistemas de amortización acelerada al que podrían acceder las sociedades laborales. En este sentido el artículo 12.3.e.LIS regula un sistema de amortización acelerada para los elementos del inmovilizado material nuevos cuyo valor unitario no exceda de 300 euros hasta el límite de 25000 euros referido al período impositivo. Este sistema de amortización lo podrán aplicar las sociedades laborales y a efectos fiscales minorarán el valor de los elementos amortizados.

Al aplicar este sistema de amortización acelerada, el gasto contable recogido a través de la cuenta de amortizaciones sólo tiene en cuenta la depreciación de los elementos del inmovilizado por su utilización en la empresa razón por la cual el exceso de amortización fiscal sobre la contable no estará contabilizada.

28 Tan sólo sería viable esta opción en empresas que fuesen creciendo en cifras netas de negocio y, como consecuencia de ello, contraten a nuevo personal.

29 Vid. Artículo 41 TRIS.

No obstante, aunque no esté contabilizada procede la deducción al determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades ya que el LIS prevé expresamente una excepción al principio de inscripción contable para los elementos patrimoniales que puedan amortizarse libremente.

Desde la mecánica de la autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades se van a generar diferencias temporales que conllevarán inicialmente ajustes negativos al resultado contable para con posterioridad aplicar ajustes positivos. Asimismo, las sociedades laborales podrán optar por aplicar un sistema de amortización acelerada para los elementos del inmovilizado material nuevo y del inmovilizado inmaterial puestos a disposición de estas entidades siempre que en dicho período impositivo cumplan las condiciones para ser considerada empresa de reducida dimensión. Este incentivo fiscal compatible con cualquier beneficio fiscal en relación a los elementos patrimoniales que se amortizarán consiste, tal como dispone el artículo 103 LIS, en amortizar con un coeficiente que se obtiene de multiplicar dos por el coeficiente de amortización lineal máximo previstos en las tablas de amortización oficialmente aprobadas³⁰. Asimismo, cuando se trate de determinados elementos del inmovilizado inmaterial como fondos de comercio, marcas, derechos de traspaso, podrán amortizarse fiscalmente en un 150 %.

2.3.2 Exención de las cuotas devengadas en la constitución y aumento de capital en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y actos Jurídicos Documentados

La Ley 4/1997 tan sólo regulaba de forma expresa los beneficios fiscales en relación al ITPAJD, al contrario de otros beneficios fiscales a los que había que recurrir examinando las distintas normas tributarias. Con la normativa vigente, los beneficios mercantiles están reguladas en el ITPAJD.

Centrando el estudio de los incentivos fiscales en el ITPAJD, el artículo 19 de la Ley 4/1997 recogía cuatro casos en los que se aplican exenciones y bonificaciones a las sociedades laborales siempre que cumplan con los requisitos del artículo 20 de la susodicha norma.

El primer incentivo regula la exención de las cuotas devengadas por las operaciones societarias de constitución y aumento de capital y de las que se originen por la transformación de sociedades anónimas laborales ya existentes en sociedades laborales de responsabilidad limitada, así como por la adaptación de las sociedades anónimas laborales ya existentes a los preceptos de esta ley.

Este beneficio fiscal conllevó que determinadas operaciones societarias reguladas en el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* (en adelante, TRITPAJD) queden exentas de tributación.

En concreto, quedaban exentas: a) las operaciones de constitución de la sociedad y ampliación de capital. Estas operaciones son de gran importancia para las sociedades laborales puesto que coinciden con el inicio de su actividad en el caso de la constitución o bien cuando quieren agrandar su dimensión para dar entrada a nuevos socios o como fuente de financiación en los supuestos de ampliación de capital³¹.

³⁰ Este sistema de amortización acelerada se puede aplicar a los elementos encargados en virtud de un contrato de ejecución de obra suscrito en el período impositivo, siempre que su puesta a disposición sea dentro de los 12 meses siguientes a su conclusión. De igual manera se pueden beneficiar de éste sistema de amortización los elementos del inmovilizado material o inmaterial construidos o producidos por la propia empresa.

³¹ Hay que señalar que este incentivo fiscal supone un ahorro significativo para estas entidades que se cuantificará, por el resultado de aplicar al importe nominal del capital constituido más las primas de emisión el tipo impositivo del 1%.

Habría que hacer algunas observaciones a esta exención. En nuestra opinión, el precepto cuando transcribe la exención hace referencia a las cuotas que se devenguen por las operaciones societarias, luego se limita únicamente a las cuotas que se devenguen por operaciones societarias y no a las posibles cuotas por actos jurídicos documentados asociadas a tales operaciones societarias. No obstante, al estar estas operaciones sujetas y exentas de operaciones societarias eran incompatibles con la cuota gradual del ITPAJD³².

La norma presentaba un defecto técnico al vincular la exención total a la cuota tributaria y no al hecho imponible³³.

Se plantea la cuestión sobre el posible gravamen en las ampliaciones de capital con cargo a reserva constituida por prima de emisión que como dispone el artículo 19.3 es una operación no sujeta a operaciones societarias y, por lo tanto, podría quedar sujeta al gravamen de la cuota gradual del documento notarial³⁴.

Dentro de este primer grupo de beneficios fiscales extrañaba que tan sólo se pudieran acoger las operaciones de constitución y ampliación de capital y no, por ejemplo, las operaciones societarias de fusión, escisión y disolución de sociedades, las aportaciones de socios para reponer pérdidas sociales y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea, o en éstos, la entidad no hubiese sido sometida a un impuesto similar.

La situación respecto a las operaciones societarias cambió con la aprobación del RDL 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y creación de empleo, en la cual se establece la exoneración del gravamen por la modalidad de operaciones societarias de todas las operaciones dirigidas a la creación, capitalización y mantenimiento de las empresas, al entenderse que en la actual coyuntura económica es conveniente suprimir los obstáculos que dificulten el logro de tales fines.

Con esta norma se da una nueva redacción al artículo 45.I.B). 11 TRLITPAJD el cual dispone que están exentas:” La constitución de sociedades, el aumento de capital, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea.

Al estar estas operaciones sujetas a operaciones societarias, al otorgar la escritura pública, estas operaciones no estarán sujetas a la cuota gradual del AJD aunque sí estarán gravados estos actos con la cuota fija del AJD.

Las sociedades laborales también pueden estar inmersas en operaciones de reestructuración empresarial para adecuar, por ejemplo, su estructura empresarial a la cuota de mercado.

32 El artículo 31.2 del TRITPAJD dispone que: “Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, operaciones societarias ni a transmisiones patrimoniales, tributarán además, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de autonomía, haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma”.

33 LOZANO SERRANO, C. Existen beneficios fiscales para las sociedades laborales? La vacuidad de la Ley4/1997 en el contexto de la imposición indirecta” Quincena Fiscal, n. 22,2006, p 18 y ss.

34 En nuestra opinión, como la norma mercantil hace referencia a las cuotas devengadas de las operaciones societarias hay que hacerla extensibles a los demás gravámenes del ITPAJD.

Las sociedades laborales que decidan, por ejemplo, realizar una operación de fusión para aumentar su capacidad empresarial en un determinado mercado tendrán que aplicar el régimen especial de diferimiento de las plusvalías regulado en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, que se aplica por defecto a las operaciones de reestructuración empresarial salvo que la entidad comunique la renuncia a dicho régimen³⁵.

La aplicación de este régimen fiscal conlleva determinados beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sociedades.

Hay que resaltar el diferimiento de las plusvalías de fusión que se devengan al valorar los bienes y derechos a valor de mercado difieren su tributación hasta que se transmitan por la sociedad absorbente. De igual modo, las posibles bases imponibles negativas de la sociedad absorbida pueden ser compensada en la sociedad absorbente como un derecho de crédito en el que se ha subrogado³⁶.

Desde el punto de vista del socio no se integrará en la base imponible (IRPF o IS) las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la atribución de valores de la entidad adquirente a los socios de la sociedad transmitente siempre que sean residente en territorio o en el de algún Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier Estado siempre que, en este último caso, los valores sean representativos del capital social de una entidad residente en territorio español³⁷.

Sin embargo, para que este régimen fiscal sea eficaz se exige que la operación se realice con un motivo económico válido que permita desvirtuar la presunción de que la operación de reestructuración se ha hecho con el objetivo de cometer fraude o evasión fiscal.

Hay que puntualizar que el motivo económico válido es un concepto jurídico indeterminado susceptible de diversas interpretaciones pero que en cualquier caso, tan sólo debe afectar a los impuestos que incidan directamente en las operaciones de reestructuración empresarial pero no en otras figuras impositivas como podría suceder por la transmisión de inmuebles por parte de la sociedad absorbida en cuanto al gravamen por transmisiones onerosas y actos jurídicos documentados.

No obstante, actualmente estas operaciones de reestructuración empresarial a tenor del artículo 19.2 TRITPAJD están no sujetas al gravamen por operaciones societarias.

El hecho de determinar la no sujeción para las operaciones societarias dejaba abierta la posibilidad de que estas operaciones quedasen gravadas por el gravamen por transmisiones onerosas y AJD.

No obstante, para garantizar la neutralidad en las operaciones de concentración de capitales se establece la exención tributaria en los gravámenes de transmisiones patrimoniales onerosas y del AJD a través del artículo 45.1.B.10³⁸.

35 Este régimen de reestructuración empresarial es, por tanto, obligatorio y la entidad está obligada a comunicar este tipo de operaciones a la Administración tributaria.

36 Vid artículo 84.2 LIS.

37 Vid artículo 81.1 LIS.

38 La nueva redacción de este precepto fue dado por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el patrimonio de las Personas Físicas se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor añadido y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria.

2.4 EXENCIÓN Y BONIFICACIÓN EN LAS TRANSFORMACIONES SOCIETARIAS DE LAS SOCIEDADES LABORALES

Este beneficio fiscal ya existía en la normativa precedente, es decir, en la Ley 15/1986, de 25 de abril, de *Sociedades Anónimas Laborales* se establecía una exención en la constitución y ampliación de capital de las sociedades laborales³⁹. No obstante, con la promulgación de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de *adecuación de determinados conceptos impositivos a las directivas y reglamentos de las comunidades europeas* se suprimió del articulado este supuesto del hecho imponible por lo que estas operaciones de transformación quedaban no sujetas al concepto de operaciones societarias.

El artículo 19.1 de la Ley 4/1997 regulaba la exención por las operaciones societarias devengadas por la transformación de sociedades anónimas laborales ya existentes en sociedades laborales de responsabilidad limitada, así como por la adaptación de las sociedades anónimas laborales ya existentes a los preceptos de esta Ley. La LSLP ya no regula este beneficio fiscal puesto que está regulado en el artículo 19.2,3º TRITPAJD que recoge la no sujeción tributaria de las transformaciones al gravamen sobre operaciones societarias.

En relación con el gravamen sobre actos jurídicos documentados, en la cuota gradual del documento notarial, la Ley 4/1997 recogía la bonificación del 99% de la cuota que se devengasen por la modalidad gradual de actos jurídicos documentados. La norma reglamentaria del ITPAJD regulada por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, *por el que se aprueba el Reglamento del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* en su artículo 75.3 expresa que aquellas operaciones no sujetas a la modalidad de operaciones societarias de transformación tributarán por la cuota gradual de actos jurídicos documentados sobre la base del haber líquido de la sociedad en el momento de la adopción del acuerdo⁴⁰. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997 declaró nulo dicho artículo en lo que se refiere a la sujeción a la modalidad de la cuota gradual del ITPAJD, por lo cual, entendemos que dicha bonificación ha perdido en la actualidad todos sus efectos⁴¹. En la actualidad, el no gravamen de las transformaciones societarias (con independencia de la responsabilidad de los socios) respecto a la modalidad de las transmisiones patrimoniales onerosas y al acto jurídico documentado es resuelta definitivamente por el artículo 45.I.B.10 TRITPAJD el cual dispone que: "Las operaciones societarias de reestructuración, de traslado de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de sociedades de un Estado miembro de la Unión Europea a otro y la modificación de la escritura de constitución o de los estatutos de una sociedad y, en particular, el cambio de objeto social, la transformación o prórroga del plazo de duración de una sociedad". De este precepto, queda claro que las transformaciones societarias no están sometidas a ningún gravamen excepto, quizás, la cuota fija notarial del acto jurídico documentado.

2.5 BONIFICACIONES EN LAS ESCRITURAS NOTARIALES QUE DOCUMENTEN LA CONSTITUCIÓN DE PRÉSTAMOS

La Ley 4/1997 regulaba una bonificación del 90 % de la cuota que se devenguen por la modalidad gradual de actos jurídicos documentados por las escrituras notariales que documenten la constitución de préstamos incluidos los representados por obligaciones y bonos, siempre que el importe se destine a la realización de inversiones en activos fijos para el desarrollo del objeto social.

³⁹ El artículo 20.1 Ley 15/1986 establecía en su artículo 20.1 una bonificación del 99% en las operaciones de constitución, ampliaciones de capital y en los actos y contratos para la transformación de sociedades.

⁴⁰ Por haber líquido se entiende la diferencia entre el activo real y el pasivo exigible.

⁴¹ La citada STS de 3/11/1997 dispone que la transformación debe asimilarse al cambio de objeto social, tratándose de una alteración societaria que no afecta a ninguno de los parámetros económicos de la sociedad y en consecuencia, carece de contenido económico susceptible de gravamen. Por otra parte la citada sentencia aclara que no tiene sentido gravar con un nuevo impuesto por el sólo hecho de que una sociedad haya hecho un cambio de revestimiento cuando la sociedad ya hubiera sido gravada anteriormente con motivo de su constitución o ampliación de capital. Por otra parte, la Directiva 2008/7/CE daba los razonamientos jurídicos para la no sujeción. En concreto el artículo 5.1.d formula una prohibición taxativa que cierra la puerta a los Estados miembros para someter la transformación societaria a ninguna forma de imposición indirecta.

De la redacción del beneficio fiscal ya derogado se interpreta que los activos fijos en los que se materialice la inversión deben ser del inmovilizado material y debían quedar afectos a la explotación de la sociedad laboral⁴².

Uno de los defectos en que incurría la norma mercantil es que no regulaba el plazo en que debía materializarse la inversión una vez que la sociedad ha obtenido el préstamo. Este hecho provocaba inseguridad jurídica en la sociedad laboral, debido a que el devengo del impuesto se realiza con la concesión del préstamo hipotecario y, sin embargo, puede existir un diferimiento en la materialización de la inversión.

Esta situación, en opinión de DE LA HUCHA CELADOR, puede solucionarse si la sociedad proporciona un plan de inversión a la Administración sujeta a plazos y cuyo incumplimiento conllevaría a una nueva liquidación sin tener en cuenta la bonificación⁴³.

La norma tampoco especificaba si la inversión debía ser total o parcial, es decir, si la cantidad del préstamo percibido tenía que destinarse íntegramente a la financiación del activo fijo o por el contrario se podía financiar parcialmente el activo y aplicar la bonificación en el porcentaje de la inversión hecha con la financiación ajena⁴⁴.

La operación acogida al beneficio fiscal empieza normalmente por la concesión de un préstamo de una entidad bancaria a la sociedad laboral para que pueda financiar el activo fijo. Este tipo de operación financiera está sujeta al IVA pero exenta, por lo que la entidad prestamista no podrá repercutir el IVA⁴⁵. Al ser una operación sujeta al IVA conllevará la no sujeción al concepto de transmisiones onerosas y sí a la cuota gradual del ITPAJD cuando se documenten notarialmente los préstamos hipotecarios. De este modo, la sociedad laboral se beneficiaba de una bonificación tal como lo recogía la Ley 4/1997 del 90% del resultado de aplicar a la cantidad garantizada, el tipo impositivo del 0.5% o del 1% dependiendo de la Comunidad Autónoma donde se formalizaba el préstamo.

En la actual norma mercantil reguladora de las sociedades laborales desaparece este beneficio fiscal por lo que habrá que ir a la norma tributaria del ITPAJD para comprobar cómo queda el gravamen de estas operaciones de financiación de activos fijos de las sociedades laborales.

En relación a la obtención de un préstamo hipotecario proveniente de una entidad financiera para la adquisición de activos fijos, no existe en el TRITPAJD un precepto que recoja la exención de esta operación salvo que sean para la adquisición de terrenos para la construcción de viviendas de protección oficial.

Si es un particular el que concede el préstamo estaría sujeto y exento del gravamen de transmisiones patrimoniales onerosas y sería incompatible con la cuota gradual del ITPAJD en el supuesto de formalizarse el préstamo en escritura pública.

No obstante, cabría la posibilidad de que el préstamo para la adquisición de activos se instrumentase a través de obligaciones y bonos en cuyo caso, a tenor del artículo 5.2 de la Directiva 2008/7/CE se prohíbe a los Estado miembros someter a alguna forma de imposición los empréstitos, incluidos los públicos, contratados en forma de emisión de obligaciones u otros valores negociables, sea quien fuere el emisor, y todas formalidades a ellos relativas.

42 No se aplicaría el beneficio fiscal cuando el activo fijo en que se realice la inversión quedase en el balance de la sociedad sin ningún tipo de funcionalidad.

43 Cfr. DE LA HUCHA CELADOR, F. "Beneficios Fiscales de las Sociedades Laborales. Beneficios Fiscales de las Sociedades Laborales" en AA.VV. Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles, Tomo XV, Civitas, Navarra, 2000, p. 345.

44 RAMOS PRIETO, J. en AAVV. Estudio sobre las implicaciones laborales, mercantiles y fiscales de la modificación estructural de la sociedad laboral. Marcial Pons; 2011; p 180 ss

45 El artículo 20.1.18 de la Ley 37/1992 recoge como operación sujeta y exenta del IVA, la concesión de créditos y préstamos en dinero, cualquiera que sea la forma en que se instrumente, incluso mediante efectos financieros o títulos de otra naturaleza.

En relación a la emisión de obligaciones y bonos en serie que la sociedad laboral pueda emitir para financiar sus inversiones, hay que decir que este acto mercantil realiza el hecho imponible del gravamen por actos jurídicos documentados de tipo mercantil si la emisión es por un plazo no superior a 18 meses⁴⁶. No obstante, la propia norma tributaria recoge como un supuesto de exención; así lo establece el artículo 45.15 TRITPAJD en el que expresamente establece la exención en el gravamen de actos jurídicos documentados que recaen sobre pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos por los que se satisfaga una contraprestación por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el compromiso a reembolsar al vencimiento.

2.6 BONIFICACIÓN EN EL GRAVAMEN DE TRANSMISIONES ONEROSAS POR LA ADQUISICIÓN DE BIENES Y DERECHOS PROVENIENTES DE LA EMPRESA DE LA QUE PROCEDAN LA MAYORÍA DE LOS SOCIOS TRABAJADORES

El artículo 19.b de la Ley 4/1997, recogía una bonificación del 99% en el gravamen de transmisiones patrimoniales onerosas por la adquisición de bienes y derechos provenientes de la empresa de la que proceda la mayoría de los socios trabajadores, de la sociedad laboral.

Actualmente, la LSLP mantiene como único beneficio fiscal esta bonificación para los bienes y derechos provenientes de la empresa de la que proceda la mayoría de los socios laborales.

Al no establecer el precepto de forma explícita a que tipo de mayoría se refiere, es de suponer, que haga referencia a la mayoría simple de los socios. En este sentido, si la sociedad laboral adquiriese dos empresas tan sólo podrían optar por la bonificación aquellos bienes y derechos que provengan de la empresa con mayor número de socios trabajadores que se integren en la sociedad laboral.

Es interesante subrayar la idea expuesta por Lozano Serrano, quien apunta que la bonificación del artículo 19.b de la Ley 4/1997 (actualmente artículo 17 Ley 44/2015; LSLP), no se construye a que exista una transmisión directa de la sociedad que cesa a la sociedad laboral sino que pueden existir hechos como la sucesión *mortis causa* en las que se transmite el patrimonio empresarial a los causahabientes y éstos, sin intención de continuar con la actividad económica deciden vender los activos de la empresa⁴⁷.

En el ejemplo expuesto, se ve con palmaria claridad que el sujeto transmitente no va a tener la condición de empresario o profesional, por lo que los bienes y derechos transmitidos estarían sujetos a transmisiones patrimoniales y, en consecuencia, bonificados al 99% en la cuota del gravamen de transmisiones patrimoniales onerosas. En el mismo sentido, es posible que determinados socios de una sociedad decidan separarse de una entidad o bien ésta vaya a ser liquidada. Al proceder a la liquidación de la sociedad puede que algunos socios reciban bienes inmuebles en la adjudicación societaria. Posteriormente, estos socios pueden realizar una aportación no dineraria a la Sociedad Laboral de la que formarán parte, gozando en mi opinión de la bonificación establecida en la LSLP. Incluso también cabría la posibilidad de que se adjudicase derechos de goce y disfrute sobre un determinada edificación al socio, en ese proceso de separación o incluso liquidación societaria. Si posteriormente el socio transmitiese el derecho de usufructo sobre el inmueble a la sociedad laboral se aplicaría la bonificación por la cesión de este derecho real por una persona física que no ejerce una actividad económica.

Desde la vertiente mercantil, este beneficio fiscal es un incentivo para que determinados socios de una sociedad mercantil, decidan constituir una sociedad laboral, de tal manera, que la transmisión de bienes y derechos de la sociedad originaria a la sociedad laboral podría beneficiarse del beneficio fiscal

46 Vid. artículo 33.1 TRITPAJD.

47 Cfr. LOZANO SERRANO, C. Existen beneficios fiscales para las sociedades laborales? La vacuidad de la Ley 4/1997 en el contexto de la imposición indirecta. *Quincena Fiscal*, n. 22, 2006, p. 29-30.

antes descrito. A pesar de la importancia de éste beneficio fiscal, la aplicación efectiva del mismo será escasa, puesto que sabemos que todas las operaciones de entregas de bienes y prestación de servicios realizadas por las sociedades mercantiles están sujetas al IVA⁴⁸.

Cuando la empresa de la que proceden la mayoría de los socios de la sociedad laboral transmita bienes y derechos, quedarán sujetas y no exentas del IVA y, por tanto, no estarán sujetos al gravamen de transmisiones patrimoniales onerosas⁴⁹. No obstante, existen excepciones a esta regla; así, si la empresa transmitente de donde proceden la mayoría de los socios trabajadores transmitiesen bienes inmuebles en segunda o ulterior transmisión o bien terrenos rústicos, así como la transmisión de derechos de goce y disfrute sobre los mismos, desde el punto de vista del IVA estarán sujetos y exentos. En estos supuestos, las transmisiones quedarán sujetas al gravamen de transmisiones patrimoniales y, por tanto, sería de aplicación la bonificación del 99% de la cuota de éste gravamen.

La situación descrita sólo se producirá cuando la sociedad de la que proceda la mayoría de los socios transmita a la sociedad laboral bienes inmuebles, edificaciones –en segunda o ulterior transmisión– o terrenos rústicos, y no proceda a la renuncia a la exención⁵⁰. Si optase por renunciar a la exención, la operación estaría gravada por el IVA y además, por la cuota gradual del acto jurídico documentado notarial.

Otra posibilidad en la que podemos aplicar la bonificación descrita, aparece en los supuestos de transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo realizada a favor de un solo adquirente; así, el artículo 7 LIVA regula como supuesto de no sujeción al IVA: "La transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios, con independencia del régimen fiscal que a dicha transmisión le resulte aplicable en el ámbito de otros tributos". El mismo precepto aclara que no es necesario que el adquirente continúe con la misma actividad pero sí con una actividad económica con lo cual se facilita respecto a la normativa anterior la continuidad empresarial desde la imposición indirecta.

La aplicación de la citada bonificación, se produce si relacionamos el citado impuesto (IVA) con el ITPAJD, ya que éste último, en el artículo 7.5 del TRITPAJD, *in fine*, dispone que: "También quedarán sujetas las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión del patrimonio no quede sujeto al Impuesto sobre el Valor Añadido".

De lege ferenda, sería deseable que el legislador regulase este beneficio fiscal de una forma extensiva, es decir, la bonificación del 99 % de la cuota en el gravamen de transmisiones patrimoniales onerosas debería aplicarse a todos los bienes inmuebles que procedan de empresas a la Sociedad Laboral con independencia de qué sociedad provengan los socios laborales, pues el fin de este beneficio fiscal es capitalizar las sociedades laborales en sus primeros años de actividad.

48 El artículo 4.1 LIVA dispone que: "Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan a favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen".

49 El artículo 4.3 LIVA dispone que: "Las operaciones sujetas a este impuesto no estarán sujetas al impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas".

50 El artículo 20.2 LIVA nos viene a decir que el sujeto pasivo transmitente puede optar por la renuncia a la exención en los supuestos de entregas de terrenos rústicos y edificaciones en segunda o ulterior transmisión, cuando el adquirente sea un sujeto pasivo del IVA y todas sus operaciones den derecho a deducir el IVA Soportado.

3 CONCLUSIONES

- 1) Las sociedades laborales al ser consideradas como entidades de economía social tendrían que tener su propia Ley tributaria al igual que las cooperativas, fundaciones etc., concentrando todos los beneficios tributarios en esa Ley específica y no como en la legislación vigente, en la que los beneficios tributarios están dispersos en diversas normas, tanto mercantiles como tributarias.
- 2) Ante un panorama de crisis económica como la que España aún padece, el contrato laboral temporal es lo habitual en las empresas contratantes. Esta situación dificulta *ab initio* la creación de sociedades laborales donde prima como requisito legal, el trabajador con contrato indefinido.
- 3) La Ley del Impuesto sobre Sociedades incentiva de forma directa e indirecta la contratación de socios trabajadores en las sociedades laborales; bien a través de beneficios específicos para estas entidades como la libertad de amortización o bien a través de ciertos beneficios fiscales dirigidos a la contratación de trabajadores en la propia norma tributaria u optando a las amortizaciones relacionadas con el empleo en el régimen especial de empresas de reducida dimensión.

REFERÊNCIAS

CALVO ORTEGA, R. Fiscalidad de las entidades de Economía Social. In: AA.VV. **Fiscalidad de las entidades de economía Social**, Civitas, Navarra, 2005.

CALVO VERGEZ, J. La tributación de las sociedades laborales en el Impuesto sobre Sociedades. **C.E.F.**, 2010, n. 283, p. 66.

DE LA HUCHA CELADOR, F. Beneficios Fiscales de las Sociedades Laborales. Beneficios Fiscales de las Sociedades Laborales. In: AA.VV. Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles, Tomo XV, **Civitas**, Navarra, 2000, p. 345.

GARCIA LUQUE, E. Los beneficios fiscales y el medio ambiente. Análisis de la deducción por inversiones en instalaciones medioambientales. **Palau** 14, n. 30, 1997, p. 76-77.

HINOJOSA TORRALVO, J.J. **Los Créditos de Impuesto en el Sistema Tributario Español**, Cedecs, 1995.

LOZANO SERRANO, C. Existen beneficios fiscales para las sociedades laborales? La vacuidad de la Ley4/1997 en el contexto de la imposición indirecta. **Quincena Fiscal**, n. 22, 2006, p. 18.

RAMOS PRIETO, J. AA.VV. **Estudio sobre las implicaciones laborales, mercantiles y fiscales de la modificación estructural de la sociedad laboral**. Marcial Pons, 2011.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA: EVOLUÇÃO DO CONCEITO E SUA CONCRETIZAÇÃO NA JUSTIÇA TRABALHISTA BRASILEIRA CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EFFICIENCY: EVOLUTION OF THE CONCEPT AND ITS CONCEPTION IN BRAZILIAN LABOR JUSTICE

Rosângela Tremel¹

"Legislar é fazer experiências com o destino humano".²

Resumo: O presente artigo trata do princípio constitucional da eficiência, trazido para o arcabouço legal brasileiro pela Emenda Constitucional 19/1998. Observa-se sua conceituação doutrinária em detalhes, na visão dos principais estudiosos do tema ao longo destes 19 anos e, após, registra-se como este princípio vem sendo aplicado na justiça trabalhista do Brasil. Para efeitos de recorte de objeto neste artigo, serão destacados acordãos do Tribunal Superior do Trabalho em três momentos: 1999, seus primeiros julgados derivados da citada emenda; 2008, por ocasião dos 10 primeiros anos de vigência e setembro de 2017, cenário atual.

Palavras-chaves: Princípio constitucional da eficiência. Doutrina. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência.

Abstract: This article deals with the constitutional principle of efficiency, brought to the Brazilian legal framework by Constitutional Amendment 19/1998. Its doctrinal conceptualization is observed in detail, in the view of the main scholars of the subject throughout these 19 years and, after, it is recorded how this principle has been applied in the labor justice of Brazil. For purposes of object reduction in this article, the Higher Labor Court's decisions will be highlighted in three moments: 1999, its first judgments derived from the aforementioned amendment; 2008, on the occasion of the first 10 years of validity and September of 2017, current scenario.

Keywords: Constitutional principle of efficiency. Doctrine. The Higher Labor Court. Jurisprudence

1 INTRODUÇÃO

Em 1998 começou a trajetória conceitual e jurisprudencial do princípio constitucional da eficiência como um dos regentes expressos e balizadores dos caminhos da administração pública. Sua introdução se deu via Emenda Constitucional n. 19 (EC 19/98).

Tão logo integrou o ordenamento jurídico, previam os doutrinadores que o aparato estatal lhe emprestasse sentido meramente econômico, apenas fazendo mais com menos gastos; calcado na forma e não na essência; mecanicista e concreto em sua materialização. A esta evolução dedica-se a primeira parte deste artigo, reunindo, em minuciosos detalhes, as manifestações dos doutrinadores dedicados ao assunto, na tentativa de registrar o maior número possível de abordagens, tanto as convergentes, quanto as que divergem em essência.

1 Advogada; Jornalista; Escritora; Administradora de empresas; Criadora do projeto e Editora-Chefe da Revista Jurídica da Unisul "De fato e de direito"; colunista especial do Instituto Diálogo (RJ) professora de Direito Público em grau de Mestre para pós graduação; Especialista em Advocacia e Dogmática Jurídica, em Marketing e em Ciências Sociais; colaboradora de periódicos especializados e palestrante convidada.

2 JAHREISS, Hermann. *Groesse und Not der Gesetzgebung*. 1953. In: BRASIL. Presidência da República. Manual de redação da Presidência da República. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 76.

Com o passar do tempo, e a pesquisa doutrinária é marcante neste sentido, as fronteiras conceituais se alargam. O resgate teórico deste artigo permite perceber novo suporte a decisões que, longe de lidar apenas com indicadores numéricos de produtividade, passam a valorizar a qualidade intrínseca nos serviços prestados pelo aparato estatal como um todo mas, especialmente, nas relações laborais. Tal resta demonstrado pela amostra do presente artigo, que aborda os acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho em três momentos cronológicos: 1999 (quando são publicados os primeiros acórdãos abordando o novo princípio constitucional expresso); 2008 (dez anos de vigência do dispositivo em estudo) e 2017. Dentro da cronologia observam-se diferentes conteúdos de decisões colegiadas vinculadas ao princípio em tela e selecionadas, a partir de frequência de ocorrência, para ilustrar as diferentes fases conceituais.

2 EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO

Desde a publicação da Emenda Constitucional n.19 (EC 19), em 4 de junho de 1998, a administração pública, em seus diferentes poderes e esferas, assumiu o dever principiológico de ser eficiente. E aí começou uma nova era para a administração pública como um todo. Tal inclusão levou os estudiosos a se debruçarem sobre a questão dos princípios com sofreguidão, como se apresenta em breve amostra, circunscrita neste artigo à sua evolução dentro da Justiça do Trabalho.

É mister registrar definição de princípio, até para fins de acordo semântico. Grau sustenta a premissa conceitual: “o princípio jurídico é uma norma jurídica, forte e poderosa o suficiente, sem necessidade de uma regra ou outro princípio que o explique, para determinar a validade ou invalidade de regras e atos jurídicos. Os princípios não são criados pela doutrina ou pela jurisprudência, mas sim identificados no ordenamento jurídico”³. Canotilho⁴ preleciona que as normas constitucionais, subdividem-se em princípios e regras. Os princípios são vagos, indeterminados e, quando comparados às regras, apresentam maior espectro de efetivação. Barroso⁵ os define como a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, não existindo hierarquia dentre eles sendo que, em havendo colisão há que se adotar a ponderação caso a caso. Rocha⁶, ainda antes da inclusão deste quinto item ao “*caput*” do artigo 37 percebia a função dos princípios constitucionais como a de afirmar a diretriz e o conteúdo dos subprincípios e do regramento jurídico para observação de todos, cabendo-lhes, ainda, barrar a introdução de conteúdos a eles contrários, mantendo a harmonia do ordenamento jurídico como um todo.

Quando se afunila o estudo para o princípio constitucional da eficiência, no entanto, percebe-se a distância de uma eventual pacificação sobre sua definição, bastando voo rasante sobre as opiniões dos doutrinadores para ver que ele despertou dissonâncias e críticas em seu nascedouro. Há doutrinadores como Di Pietro⁷ que relacionavam este princípio à Ciência da Administração e aos tecnocratas. Para a citada autora e seus seguidores, ele apresentava intrínseco antagonismo e poderia sacrificar o princípio da legalidade, imposto pela Constituição e inerente ao Estado do Direito. Moreira⁸ seguia no mesmo norte, considerando a inclusão do princípio em estudo como fora do contexto público, posto que derivado da administração gerencial privada competitiva e afirmava que sua inserção no âmbito constitucional não geraria nenhum benefício efetivo. Para Moreira⁹ este princípio era típico da admi-

3 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1998 (interpretação e crítica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 129.

4 CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 1144-1145.

5 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, n. 6, set., 2001.

6 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

7 DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro Forense, 2017.

8 MOREIRA, Egon Bockmann. In: SUNDFELD, Carlos Ari. As leis de processo administrativo – lei federal 9784/99 e lei paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000a, p. 320-341.

9 MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2000b, p. 124.

nistração e da economia cujos objetivos divergem da Administração Pública e do Estado Democrático do Direito. O autor afligia-se com o fato da administração pública, diferentemente da área privada, não ser orientada para o lucro e que a eficiência não poderia e não deveria atenuar outros princípios ou normas constitucionais. Alardeava que deveria “prevalecer na Gestão Pública o respeito aos cidadãos, o atendimento ao seu bem-estar e a realização dos direitos fundamentais do Homem”. E esta assertiva final, algum tempo depois e poucas páginas adiante neste artigo, se mostrará materializada, prevalecendo, como bem sugeria o preocupado autor.

2.1 A ORIGEM

Não foi com a EC 19/98 o primeiro momento em que a determinação de gerir um aparato estatal com eficiência integrou o arcabouço legal brasileiro. Apareceu também como princípio no “caput” do art. 2º da Lei 9.784, de 29.1.1999 (a mesma trata do processo administrativo federal). A própria Lei 8.987, que é de 1995, ou seja, anterior à referida EC, já fazia referência ao mencionado princípio (por exemplo, no seu § 1º do art. 6º). Mas, quando a Mensagem Presidencial 886/95, que restou convertida na Proposta de Emenda Constitucional 173/95, cuja conclusão foi a EC 19/98, neste momento gerou-se decorrência direta de colocar na prática cotidiana a íntegra do *caput* do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF):

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (sem grifo no original).

Caput com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98.

A inclusão deste princípio no rol dos constitucionais expressos, também não foi original. Embora não tenha sido contemplado com todas as letras na Constituição Americana, ele já era estudado desde o século XIX, mas como afirma Cruz “toda a norma jurídica, aí incluída a Constituição, pode ser alterada pelas mudanças sociais ou pela vontade política da comunidade”¹⁰. A assertiva se sustenta como verdade irrefutável, quando se verifica que tal princípio integra a Carta Portuguesa de 1976, documento que também impôs à administração lusa, o dever de estruturar-se de modo a promover suas atividades de forma eficiente. Tal obrigação decorre da norma presente no artigo 267 da Constituição de Portugal *in verbis*.

Artigo 267.º

1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.
2. Para efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção da Administração e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes.

O exemplo da Carta Italiana de 1947 reitera o exposto ao estabelecer, em seu artigo 97, que as repartições públicas deveriam ser organizadas de modo que fosse assegurado o bom andamento e a imparcialidade da administração:

Art. 97 I *pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che 12 siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*.¹¹.

10 CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos do direito constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. p. 81.

11 ITÁLIA. Costituzione della Repubblica italiana, 1948. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Constituzione/disposizioni.html>>. Acesso em: 10 de mar. 2015.

Na constituição espanhola de 1978, o princípio da eficiência na administração pública, estabelecido no artigo 103, emerge com a expressão *eficácia*: artículo 103 *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación com sometimiento pleno a la ley y al Derecho* (sem grifo no original).

2.2 A LINHA DO TEMPO E A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO

Parece, até então, seguindo a linha do tempo, não existir na doutrina jurídica brasileira um conceito consensual de princípio de eficiência. Moraes¹² quando aborda o citado princípio no contexto brasileiro, cita o da *eficácia* na Constituição da Espanha. Entretanto, é importante considerar que *eficiência* e *eficácia*, na doutrina administrativa e econômica, são conceitos complementares mas distintos, como preleciona Alfonso¹³, destacando que o princípio da *eficácia* na administração pública espanhola não se limita à *eficácia* jurídica ou *efetividade*, ele representa uma exigência de ação organizada, programada e sistemática do gestor público. Para concretizar o princípio da *eficácia* na Espanha, Alfonso¹⁴ aponta como caminho a definição de interesse geral: “*Es, pues, la definición del interés general el elemento clave para el enjuiciamiento en concreto de la eficacia*”. É este interesse, o coletivo, que deve orientar a elaboração de critérios específicos de avaliação da *eficácia* no setor público, já que esta não se restringe à *eficiência*, à produtividade ou ao rendimento, geralmente características da atividade econômica privada. Olhar diferente do pensar espanhol para este dispositivo constitucional, deve-se a Tavares¹⁵ para quem “certamente um dos aspectos mais salientes do princípio da *eficiência* é a busca da economicidade na Administração, exigida pelo art. 70 ao estabelecer a fiscalização de seu cumprimento”.¹⁶ Com de Freitas¹⁷ acompanha-se parte deste entendimento no que se refere a obras inacabadas ou, para usar expressão do autor pátrio que tudo engloba:

É que nosso País insiste em praticar em todas as searas, desperdícios ignominiosos de recursos escassos [...] torna-se evidente frisar que tal princípio constitucional está a vedar, expressamente, todo e qualquer desperdício de recursos públicos ou escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor para o interesse público.

E há vários juristas buscando conceito e essência para o princípio em foco, dentro da visão da economicidade, como Silva¹⁸:

[...] a *eficiência* administrativa, como corolário da economicidade, tem uma vertente de maximização do recurso público a ser despendido pela Administração Pública, pelo que, para ser eficiente, a atividade administrativa empreendida deverá trazer benefícios para a coletividade compatíveis com o montante de recursos públicos despendidos.

12 MORAES, Alexandre de. Reforma Administrativa: Emenda Constitucional no 19/ 98. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

13 ALFONSO, Luciano Parejo. *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública. Documentación Administrativa*, n. 218-219, abr.-sep. 1989. p. 15-65.

14 Idem, p. 37.

15 TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

16 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

17 FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

18 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 651.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Mendes¹⁹ segue na mesma seara quando diz que o princípio em tela:

Orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível, a chamada "boa administração" pelos publicistas italianos. Esse princípio consubstancia a exigência de que os gestores da coisa pública não economizem esforços no desempenho dos seus encargos, de modo a otimizar o emprego dos recursos que a sociedade destina para a satisfação das suas múltiplas necessidades; numa palavra, que pratiquem a 'boa administração', de que falam os publicistas italianos.

Os resultados dos esforços da administração pública, para que possam ser adjetivados como favoráveis, positivos, devem ser não apenas eficientes, mas também eficazes e efetivos. Em outros termos, vale dizer que não basta, como preconiza o conceito básico de eficiência, usar com economia, zelo e dedicação os bens e os recursos públicos. Há que haver eficácia, o que significa comprometimento político e institucional com um planejamento competente e com seu cumprimento responsável para que tal gere efetividade, entendida como a obtenção de resultados sociais aspirados pela sociedade, inclusive oferecendo-lhe serviços de interesse social compatíveis com suas necessidades em extensão, qualidade e custos. Neste contexto, o conceito alarga suas fronteiras, pois deixa a concreticidade das obras para incluir serviços. É o momento em que o Poder Judiciário se encaixa à perfeição. Para Ferraz e Dallari²⁰, o princípio da eficiência, aplicado ao processo "exige que este, no mínimo, chegue ao seu final, com celeridade, com uma decisão conclusiva que afirme ou negue um direito, ou solucione uma controvérsia".

Alcantara²¹ afirma que

Efetivamente, a preocupação com a eficiência é mais recorrente na iniciativa privada, mas ela também é importante e necessária na gestão da coisa pública, que administra recursos públicos, e nesta tem um contorno necessariamente diferenciado. Após a Emenda Dezenove, a eficiência é princípio constitucional e assim deve ser tratada. Quanto aos benefícios, o tempo dirá se eles ocorrerão, e dependerão, certamente, do gestor público, da participação dos cidadãos, da doutrina jurídica e do posicionamento do judiciário brasileiro.

Ao ler com cuidado dispositivos internacionais e dedicar atenção para analisar o mesmo princípio em território brasileiro com o distanciamento crítico que o tempo impõe, afinal lá se vão quase duas décadas no Brasil e muitas outras em Portugal, Itália e Espanha, percebe-se que tal está longe do que se pensara logo após a publicação, quando ele chegou a ser considerado nada mais do que princípio da economicidade guiado ao *caput* da Constituição Federal, algo como ausência de desperdício de recursos. Mas, já então, no meio acadêmico se afirmava que "tal espectro deveria ser ampliado, uma vez que o princípio constitucional da eficiência se concretiza quando a ação administrativa atinge materialmente os seus fins lícitos por vias lícitas, quando o cidadão se sente amparado e satisfeito na resolução dos problemas que leva aos representantes do Estado" [...] ²².

A eficiência é uma exigência social intrínseca a tudo o que se pretenda fazer. A própria ideia de boa fé refuta a construção ou a prática de atos concebidos para serem ineficientes, afinal o aparato estatal foi erigido para servir à coletividade com presteza, perfeição e rendimento funcional, de modo a produ-

19 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 834.

20 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. Processo Administrativo. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 100.

21 ALCANTARA, Christian Mendez. Constituição, os princípios constitucionais da eficiência e eficácia da administração pública: estudo comparativo Brasil e Espanha. Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, n. 1, ago./dez., 2009, p. 24-49, p. 33.

22 TREMEL, Rosângela. Contratos de gestão e o princípio constitucional da eficiência. Dissertação de Mestrado da UDESC. Florianópolis, 2001.p. 26.

zir resultados. Trata-se de exigência social intrínseca a tudo o que se pretenda fazer. Antes da EC 19 a administração já tinha este dever de eficiência de forma implícita na Constituição. Esta obrigação, inclusive, já existia de maneira expressa na lei n. 8987/95, capítulo II, art. 6º, que contempla o conceito de serviço adequado e inclusive, expresamente, fala em eficiência.²³

A assertiva de Ávila reforça este olhar:

A eficiência pretendida pelo texto constitucional (art. 37, caput) não se esgota na adoção pelo Poder Público de procedimentos formalmente corretos. A sociedade aspira a que a Administração adote os métodos mais apropriados, dentro de avançados padrões técnicos. O administrador não será responsabilizado se o resultado não for o esperado, mas apenas se não diligenciou para que a Administração adotasse todos os procedimentos ao seu alcance para obter o melhor intento. O que se exige é que a Administração trabalhe com qualidade, opere de forma a colocar à disposição da sociedade os avanços tecnológicos próprios da modernidade, esteja voltada para o atendimento satisfatório das necessidades do todo coletivo. A correção dos métodos será determinante na obtenção dos melhores resultados²⁴.

Ao falar em resultados, no âmbito deste artigo, fala-se em resposta ao questionamento dos jurisdicionados no âmbito da justiça trabalhista.

2.3 O PRIMEIRO IMPACTO

Vale retornar, ainda que brevemente, ao final do século passado (1998) para resgatar o que a tradicional doutrina esperava da inclusão deste princípio na Carta Magna Brasileira, como já exposto aqui, quando um princípio jurídico é encontrado por disposição expressa no texto legal, constitui norma plenamente exigível e concretizável, vinculando imediatamente o agente público ao cidadão.

O ensinamento de Mello já permeava todas as ponderações feitas sobre a nova inserção, traduzindo o empenho que seria necessário. Assim lecionava o mestre:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra²⁵.

No contexto deste cenário, a assertiva de Dallari²⁶ ganhou ainda mais expressão e reforçou o até então exposto em relação a princípios, fossem eles constitucionais ou derivados: "Poder público somente cuida daquilo que é essencial e fundamental para a coletividade, e que, portanto, deve ser bom, produtivo, eficaz, eficiente", constituindo a reclamação pela eficiência do serviço público um direito do administrado e, no Poder Judiciário, especificamente do jurisdicionado. No mesmo sentido e, ousa-se dizer, registrando o interesse dos estudiosos do tema no que o novo princípio poderia gerar à guisa de jurisprudência, tem-se as palavras de Moraes²⁷: "o administrado poderá exigir da Administração Pública o

23 Capítulo II.

24 ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. Belo Horizonte. Revista Brasileira de Direito Público, ano 1, n. 1, abr./jun.2003, p. 105-133, p. 126.

25 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 630.

26 DALLARI, Adilson de Abreu. *Administração pública no Estado de direito*. Revista de Direito Público, n. 5, 1994, p. 39-40. Idem.

27 MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional n. 19/98*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. P.293

cumprimento de suas obrigações da forma mais eficiente possível”. Ou, no dizer de Ferraz e Dallar²⁸, “o princípio da eficiência, sinteticamente, impõe a busca pela Administração Pública do máximo aproveitamento possível dos meios de atuação disponíveis, superando formalidades burocráticas em atenção ao interesse público”.

Nesta época, os doutrinadores já aguardavam com ansiedade as situações em que o novo princípio serviria de embasamento para a jurisprudência, materializando o que Meirelles afirma em sua obra clássica, com relação à eficiência, “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”²⁹. No mesmo sentido França³⁰: “toda a atividade estatal está submetida ao ordenamento jurídico vigente, que é composto de princípios e regras que orientam as relações jurídicas entre a administração pública e o cidadão”. Bulos³¹ a todos esclarece que a

Eficiência, ‘voz’ que adjetiva o princípio em análise, traduz ideia de presteza, rendimento funcional, responsabilidade no cumprimento de deveres impostos a todo e qualquer agente público. Seu objetivo é claro: a obtenção de resultados positivos dos serviços públicos, satisfazendo as necessidades básicas dos administrados.

Neste ínterim, entre a vigência do princípio e sua transformação em argumento, sua presença à guisa de prequestionamento, Mello³² é especialmente lembrado por sua didática ao dizer que princípios e regras “guardam entre si uma relação de coerência e unidade, compondo o denominado regime jurídico-administrativo”. O autor fortalecia a ponte que viria a unir todas as teorias na prática cotidiana do direito, já que o aparato estatal deve pautar a sua conduta pelos ditames legais, em atividade de complementação daquilo que for estatuído pelo legislador.

Queiróz apud Mello³³, conclui sobre o assunto dizendo que: “a Administração é a longa manus do legislador”, e que “a atividade administrativa é atividade de subfunção dos fatos da vida real às categorias legais”. Impossível não pensar especificamente na esfera trabalhista em que empregadores e trabalhadores batalham pela interpretação dos fatos do cotidiano que geram conflito e acabam em lide.

Em última instância, preleciona Bastos, a vigência do princípio da eficiência do aparato estatal, tem o propósito de induzir mudanças culturais organizacionais que façam com que o Estado, em seus três poderes e capilarizado nos diferentes formatos que integram a administração indireta, mantenham níveis elevados de efetividade, atingindo os resultados sociais aspirados pela sociedade, oferecendo-lhe serviços de interesse social compatíveis com suas necessidades em extensão, qualidade, eficácia, comprometendo-se política e institucionalmente através de um bem articulado planejamento e com o cumprimento responsável da sua execução, eficiência: usando com economia, zelo e dedicação os bens e os recursos públicos³⁴.

28 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo Administrativo*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 100.

29 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro: a Atividade Administrativa: Moralidade e Eficiência*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.90

30 FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Eficiência administrativa na Constituição Federal*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 220, p. 165-177, abr./jun. 2000. p. 169.

31 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 644

32 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.23.

33 Idem. p. 58

34 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.143.

Vale dizer que cabe ao aparato estatal a serviço do cidadão, procurar sempre a solução que melhor atenda ao interesse público do qual é curador. Em termos de conteúdo jurídico, Costódio resume: “a Administração Pública deve atender o cidadão na exata medida da necessidade deste com agilidade”³⁵. Pode-se parafrasear o citado autor, dizendo ser este o papel da justiça do trabalho, responsável por resgatar a harmonia no contexto laboral.

Há ainda uma vertente, que mistura eficiência com legalidade, afirmando que como este último já traria o primeiro de forma implícita, uma vez ambos em vigor, poderiam perder força. Neste sentido Aragão argumenta com veemência:

O Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata. É desta maneira que a aplicação *tout court* das regras legais deve ser temperada, não apenas pela outrora propugnada equidade, mas pela realização das finalidades constitucionais e legais aplicáveis à espécie. O Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, caput, CF) não legitima a aplicação cega de regras legais (ou de outro grau hierárquico), que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários. As normas jurídicas passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater³⁶.

Ora, se determinada política pública principiológica, de plano, não permitir vislumbrar resultados eficientes, razoáveis na seara da presteza, não deverá sequer ter sua implementação cogitada, quanto mais envidar esforços em torná-la lei e impedir que seja mera letra morta. Reitere-se de Aragão³⁷:

Os resultados práticos da aplicação das normas jurídicas não constituem preocupação apenas sociológica, mas, muito pelo contrário, são elementos essenciais para determinar como, a partir destes dados empíricos, devam ser interpretadas (ou reinterpretadas), legitimando a sua aplicação. O Direito deixa de ser aquela ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos; desce do seu pedestal para aferir se esta realização lógica está sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade. Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos, não pode ser considerada como a interpretação mais correta. Note-se que estas mudanças metodológicas evidenciam a queda do mito da interpretação como atividade meramente declaratória do que já estava na lei, da única interpretação possível, já que os resultados práticos desta ou daquela forma de aplicação da norma terão relevante papel na determinação de qual, entre as diversas interpretações plausíveis existentes, deverá ser adotada, opção que, posteriormente, pode inclusive vir a ser alterada diante da comprovada mudança dos dados da realidade, que devam ser acompanhados de uma nova estratégia regulatória (Grifos no original).

Em breves termos, como se possível fora resumir o que tal princípio gerou de ilações, tem-se a palavra de Marinela³⁸: “a partir destas observações é possível retirar da eficiência três ideias a serem buscadas pela administração: economia, presteza e resultados”. Na linguagem voltada especificamente para o Judiciário dir-se-ia, interpretando a citada autora, que se busca celeridade, acurada análise do direito no seu contexto processual em discussão e sentença justa para condições de trabalho.

35 COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais, n. 27, abr./jun. de 1999.p.214.

36 ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 15 jun. 2012. p2-12.

37 Idem, p.2

38 MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.p. 42-43.

3 OS RESULTADOS: ACÓRDÃOS DO TST E O VERBETE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NO ÂMBITO TRABALHISTA

Feito exaustivo resgate doutrinário da doutrina, traçando a evolução conceitual da eficiência guindada à princípio constitucional como suporte para compreensão de acordãos prolatados pelo TST, parte-se para análise jurisprudencial, que reflete as mudanças culturais de sua interpretação ao longo do tempo.

O objetivo deste tópico é observar a materialização do discutido princípio, trazendo à colação acordãos do Tribunal Superior do Trabalho (TST) datados do início da vigência da EC19 em comparação com os publicados no corrente ano de 2017, após passar por registro de período intermediário, neste artigo os do ano de 2008.

Há que se fazer a ressalva de que, mesmo sem estar anteriormente explícito na Lei Maior, apenas implícito em julgados que destacavam princípios não constitucionais em detrimento deste que ocupa a posição de balizador dos demais dele derivados, costumava-se dizer que a eficiência marcava sua posição na ordem político-jurídica, tão somente por ser conseqüência lógica do Estado do Direito organizado, isto é, apenas por existir. Bem, pode-se afirmar agora que, sem engodo, a existência da eficiência nas relações laborais foi adquirindo novos significados ao longo de duas décadas.

3.1 OS PRIMEIROS ACÓRDÃOS PÓS EC 19/98

Assim que foi guindada a princípio explícito, no final do século passado, a pesquisa pelo verbete “eficiência” aparecia com frequência de ocorrência expressiva, porém vinculado à escola científica da administração, essencialmente mecanicista. Os primeiros julgados publicados em acordãos trabalhistas no ano 1999 giravam em torno do uso equipamento de proteção individual (EPI) que, então, encontrava grande resistência em ser usado na prevenção de acidentes. Não raro a imprensa dedicava espaço ao assunto, registrando os mais absurdos usos para, por exemplo, o capacete, que servia para o lanche, necessidades físicas, armazenamento de pertences pessoais, menos para sua função maior de proteção à cabeça.

Neste sentido, na busca de acordãos do TST da época, que totalizam, até o citado ano, 2.867 menções, conforme informação no site do TST em seu Banco Nacional de Jurisprudência Trabalhista, selecionou-se trecho para ilustrar a presente pesquisa³⁹: INSALUBRIDADE - A ELIMINAÇÃO DA INSALUBRIDADE, PELO FORNECIMENTO DE APARELHOS PROTETORES APROVADOS PELO ÓRGÃO COMPETENTE DO PODER EXECUTIVO, EXCLUI A PERCEPÇÃO DO ADICIONAL RESPECTIVO

Depreende-se do presente caso que a Empresa entregou os EPIs aos empregados, bem como houve a verificação, através de perícia técnica, de sua eficiência, neutralizando a insalubridade.

A eficiência como elemento caracterizador do equipamento e não do aparato estatal surge com clareza solar no acordão prolatado pela que denega todas as arguições de nulidade elencadas abaixo:

Agravante direcionou sua arguição de nulidade ao fato de não haver prestado o julgador regional, ao apreciar a questão do adicional de insalubridade, a devida jurisdição com relação aos seguintes aspectos:

- a) o fato de que o simples uso de EPI's não elide o pagamento do adicional de insalubridade, conforme Enunciado nº 289 do Colendo TST e artigos 192 da CLT e 7º, XXIII, da Constituição Federal;
- b) a ausência de prova da eficiência dos EPI's e violação ao art. 818 da CLT;

39 (5ª TURMA) Numeração Única: RR - 321820-84.1996.5.02.5555. Numeração Anterior: RR - 321820/1996.7. Juiz Convocado: Levi Ceregato. Data de julgamento: 18/08/1999. Data de publicação: 08/10/1999. Órgão Julgador: 5ª Turma. Disponível em: BRASIL. Tribunal Superior do trabalho. Banco nacional de jurisprudência trabalhista. <<http://aplicacao4.tst.jus.br>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

c) a ausência de análise da prova produzida, a teor do disposto no art. 535 do Código de Processo Civil, bem como sobre o disposto na NR 15 e na Portaria 3.214/78 do MTb;

d) os fundamentos relativos ao deferimento da troca de documento nestes autos, quando já ultrapassado o prazo para essa troca.⁴⁰

Em que pese ainda, atualmente, o EPI ser, inclusive, objeto de palestra de abertura de congresso específico da área, como o promovido pela OAB de São Bernardo do Campo, São Paulo, o enfoque é totalmente diverso e não mais aparece vinculado ao verbete eficiência. Agora a discussão gira em torno, basicamente, de duas teses do Supremo Tribunal Federal (STF). A primeira: “o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial”.⁴¹ A outra tese do STF, também relativa ao uso do EPI, é mais específica, uma vez que se relaciona à exposição ao agente físico ruído e vincula-se à eficácia do equipamento: caso o nível de exposição ao agente físico ruído esteja acima do nível de tolerância previsto na legislação pertinente (atualmente é a NR-15, que prevê como nociva a exposição ao ruído acima de 85 decibéis). “Na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria”.⁴²

Percebe-se que a abordagem passa longe da busca de eficiência nos moldes da produtividade, mas passa a lidar com a grande preocupação social do momento: o envelhecimento da população e a questão da aposentadoria.

3.2 2008 – 10 ANOS DEPOIS

Um salto de 10 anos na cronologia e um novo cenário de acórdãos prolatados pelo TST se descortina. O número pula para um total de 18.415 decisões. O teor dos julgados abandona o tecnicismo mecanicista. Passa a imperar a vertente social da eficiência na atividade laboral.

No acórdão que segue, tem-se referência explícita ao princípio nestas páginas abordado⁴³.

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA IMOTIVADA. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 247 DA SBDI-1 À EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. A impossibilidade de dispensar imotivadamente empregado de órgãos da Administração Pública direta alcança a Empresa de Correios e Telégrafos, na medida em que o E. STF, em diversos precedentes, vem lhe assegurando privilégios inerentes à Fazenda Pública, por se tratar de “[...] pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, que explora serviço de competência da União (CF, artigo 21, inciso X)”. Deste modo, merecendo os Correios tratamento privilegiado em relação a tributos fiscais, isenção de custas e execução por precatório, conforme copiosa jurisprudência, é de se vincular os seus atos administrativos aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública direta, em especial o da motivação, quando da despedida de empregado contratado por serviço público. Recurso de revista não conhecido.

E no teor do referido acórdão, o relator destaca a importância da eficiência ter sido guindada à categoria de princípio constitucional explícito, já alterando o conceito meramente operacional para abordar a questão de qualidade na prestação do serviço jurisdicionado, fazendo jus à mudança na expressão de funcionário público para servidor público, nos termos da Carta Magna de 1988:

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

⁴³ Numeração Única: RR-29300-52.2006.5.03.0110. Numeração Anterior: RR-293/2006-110-03-00.8. Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga. Data de julgamento: 13/02/2008. Data de publicação: 22/02/2008. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255984343/recurso-de-revista-rr-18397520125150041/inteiro-teor-255984383?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

“Ao princípio da publicidade inserido no § 1º do artigo 37 da Constituição Federal, veio acrescer um princípio mais moderno, o da eficiência, que se traduz na obrigatoriedade de a Administração Pública buscar o melhor serviço, com menor custo, utilizando-se das ferramentas de que dispõe”⁴⁴.

Vínculo empregatício é outra discussão recorrente e que deverá ser expandida no Brasil, assim que entre em vigor a já aprovada lei n. 13.467/2017, chamada de reforma trabalhista, com data de final do período de *vacatio legis* para 11 de novembro de 2017.

Na abertura do acórdão, o relator cita a Súmula nº 331, III, do TST. “Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”⁴⁵.

No corpo do documento entra a eficiência em sua plenitude, mas como elemento de fiscalização de qualidade de serviços prestados:

O Tribunal Regional de Trabalho, às fls. 423-426, negou provimento ao recurso dos obreiros, mantendo a decisão do Juízo que, arriado na análise do conjunto probatório dos autos, reconhecera nos presentes autos típico caso de terceirização, encontrando a matéria sedimentada no disposto na Súmula nº 331, III, do TST. Consignou, *in verbis*:

De todo o exposto na prova oral, conclui-se que os reclamantes recebiam ordens de seus colegas da Transultra. A ingerência da reclamada junto ao trabalho da prestadora era a nível da chefia, ou seja, era, efetivamente, um controle da qualidade dos serviços, e não do trabalho dos reclamantes. Note-se que a reclamada assegurou-se da fiscalização dos serviços prestados, conforme consta da cláusula 11, às fls. 85/7, do contrato firmado entre a ré e a Transultra em 15.12.1986. Aliás, como salientado pelo juízo de primeiro grau, seria até irresponsabilidade da Copesul, dado o tipo de material com os quais os empregados da Transultra trabalhavam, não fiscalizar a correção nos procedimentos adotados. Tal fato não pode ser confundido com subordinação dos reclamantes à ré, pois se trata, meramente, da fiscalização da eficiência dos serviços efetuados pela prestadora.⁴⁶

E a questão de vinculação ao emprego segue no acórdão, quando discute-se a demissão de concursado⁴⁷:

Acrescente-se que o concurso é simplesmente o meio que dispõe a Administração Pública para obter moralidade, eficiência e aperfeiçoamento dos serviços e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, traduzindo-se em seleção admissional, porém, não possuindo o condão de garantir a estabilidade no emprego dos aprovados, ne sendo óbice ao exercício do poder potestativo do empregador em resiliir o contrato de trabalho, inclusive, porque ante o art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, as sociedades de economia mista se equiparam às empresas do setor privado quanto às obrigações trabalhistas, não sendo obrigatória qualquer motivação para a dispensa.⁴⁸

44 Idem.

45 Numeração Única: AIRR - 2943200-13.2002.5.04.0900. Numeração Anterior: AIRR - 29432/2002-900-04-00.4. Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de julgamento: 13/02/2008. Data de publicação: 29/02/2008. Disponível em: BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. AgRg no AREsp 171563 / RS Agravo Regimental no Agravo Em Recurso Especial 2012/0090842-2 Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho Data do Julgamento 10/02/2015 DJe 23/02/2015.

46 Idem.

47 Numeração Única: AIRR - 55340-93.2005.5.01.0035. Numeração Anterior: AIRR - 553/2005-035-01-40.8. Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga. Data de julgamento: 02/04/2008. Data de publicação: 04/04/2008. Disponível em: BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudência>. Acesso em: 18 mar. 2015.

48 Idem.

Ressalte-se que o Ministro Relator aponta o concurso como forma de aperfeiçoamento do serviço público através do certame que selecionaria os melhores para eficiente execução das tarefas, não cabendo ao concursado descuidar-se do desempenho pro achar-se ao abrigo da estabilidade que não se dá no âmbito do celetista, seja qual for sua forma de ingresso no trabalho.

Nesta toada, padece de legalidade a contratação sem concurso, assunto já bastante desgastado e que surpreende por ainda ocupar expressivo espaço jurisprudencial, visto que a Carta Magna de 1988 pacificou a questão ao dizer no artigo 37 II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Ora, desnecessária a discussão sobre contratação do acórdão em análise visto que não se tratava de cargo em comissão, porém de função essencial ao eficiente serviço: “Estando vago o cargo de porteiro e não estando autorizado por Lei a realizar um concurso público, o recorrente se encontraria engessado para dar continuidade aos trabalhos da Fundação de forma eficiente se não houvesse outros caminhos legais, como a realização de contrato administrativo”⁴⁹.

Ao analisar o tema, foram adotados os seguintes fundamentos:

De qualquer modo, o exame do presente caso revela que as contratações seguidas do Reclamante não se deram em caráter emergencial e temporário, mas demonstram, ao contrário, a necessidade efetiva e permanente do trabalho por ele executado, como porteiro, no Palácio das Artes, aliás, como admitido pela autoridade responsável pela contratação, em sua defesa, acima exposto. Cumpre apenas esclarecer que o princípio da eficiência, indicado pelo reclamado, está ligado à administração pública, no sentido de buscar uma boa administração, ou seja, tornando o aparelho estatal menos burocrático e mais atualizado aos padrões modernos, porém sem prejuízos à sociedade.⁵⁰

Perceptível a preocupação com qualidade que se materializa no acórdão datado de 06 de março de 2008, emitido pelo Órgão Especial do TST, assinado pelo Ministro Relator Ives Gandra Martins Filho (hoje Presidente da Egrégia Corte Trabalhista), acerca de descumprimento de contrato firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Sob a ementa⁵¹:

RECURSO EM MATÉRIA ADMINISTRATIVA - CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO DE INFORMÁTICA COM O TST (1.378 MICROCOMPUTADORES) - INEXECUÇÃO TOTAL DO CONTRATO [...].

ACORDAM os Ministros do Egrégio Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade [...] preservando incólume a imposição da multa [...] com base na subcláusula primeira da cláusula quinze do contrato PE-093/2005-A.⁵²

A argumentação expressa bem a preocupação com a correta prestação jurisdicional: “O TST, ao recorrer à moderna tecnologia para a implantação do Sistema Integrado de Gestão da Informação, objetivou a qualidade da execução das atividades a seu cargo, mas teve suas pretensões frustradas pelo descumprimento do contrato, que feriu dois princípios constitucionais, o da eficiência e o da razoável duração do processo.”⁵³

49 Idem.

50 Idem.

51 Numeração Única: RMA - 1752946-56.2006.5.00.0000. Numeração Anterior: RMA - 175294/2006-000-00-00.6. Ministro: Ives Gandra Martins Filho. Data de julgamento: 06/03/2008. Data de publicação: 04/04/2008. **Órgão Julgador:** Tribunal Pleno. Disponível em: BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudência>. Acesso em: 18 mar. 2015.

52 Idem.

53 Idem.

A inexecução dos termos contratados resultou em multa ao fornecedor faltoso, cujo comportamento mostrou-se incompatível com a preocupação reinante em busca de eficiência na resolução de lides.

Se por um lado o TST se aparelha para prestar serviço de qualidade, ele também exige que os pleitos que lhe são dirigidos primem pela demonstração compatível. É o que se observa no acórdão que trata de horas extraordinárias em cargo de confiança. Tem-se que a questão do direito não foi apresentada de forma eficiente⁵⁴:

Apesar do *nomen juris* imputado ao cargo ocupado pelo demandante, o fato relevante para o deslinde da questão a recorrida não logrou êxito em provar, pois não demonstrou com eficiência, o fato modificativo do direito (desempenho de cargo de gestão ou caracterizado por especial fidúcia). Não há nenhuma prova acerca de eventuais regalias que pudessem estar relacionadas com o exercício do multicitado cargo de gestão, tais como flexibilidade nos horários de entrada e saída, ganhos diferenciados e pagamento de gratificação de função, por exemplo. As circunstâncias evidenciadas nos autos no sentido de que o reclamante *orientava e fiscalizava* um setor da empresa revela apenas maior capacidade e/ou preparo profissional, mas, isoladamente, não se prestam a comprovar a tese patronal quanto ao exercício do cargo de confiança.⁵⁵

No viés da melhor prestação de serviço, no caso em tela, aos jurisdicionados, há que se abordar a recorrente questão dos recursos meramente protelatórios que a legislação processual brasileira abriga. Para ilustrar, acórdão que vai na contra mão da celeridade processual e do eficiente resultado às partes, reproduzido por inteiro⁵⁶:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - DIFERENÇAS DA MULTA DE 40% DOS DEPÓSITOS DO FGTS - PRESCRIÇÃO - OJ 344 DA SBDI-1 DO TST - MULTA.

1. A Embargante atribui ao acórdão embargado a pecha de omissão quanto à questão do reexame da matéria pelo STF, referente à prescrição da multa de 40% decorrente dos expurgos inflacionários, uma vez que ainda não se encontra pacificada naquela Corte, devendo ser expurgada da condenação a multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC.
2. O acórdão embargado foi expresso no enfrentamento da questão da prescrição decorrente das diferenças da multa de 40% decorrente dos expurgos inflacionários.
3. A oposição dos embargos, nessas condições, apenas contribui para a protelação do deslinde final da controvérsia, merecendo seja acionado o parágrafo único do art. 538 do CPC para se aplicar à Embargante a multa de 1% sobre o valor da causa. Embargos declaratórios rejeitados, com aplicação de multa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista TST-ED-A-AIRR-3.498/2003-341-01-40.2, em que é Embargante SOUZA CRUZ S. A. e Embargado JOÃO BATISTA DORES RODRIGUES.

RELATÓRIO

Contra o acórdão da 7ª Turma do TST que **negou provimento** ao seu agravo (fls. 232-237), a **Reclamada** opõe os presentes **embargos declaratórios**, apontando os vícios elencados nos **arts. 897-A da CLT e 535 do CPC**, sob o argumento de que o intuito do recurso é o de **permitir o reexame da matéria pelo STF**, uma vez que ainda não se encontra pacificada naquela Corte, devendo ser expurgada da condenação a multa prevista no art. 557, § 2º, da CPC. Aponta violação dos **arts. 832 da CLT, 458 do CPC e 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da CF** (fls. 240-244).

54 Numeração Única: AIRR - 139940-64.2003.5.02.0431. Numeração Anterior: AIRR - 1399/2003-431-02-40.1. Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos. Data de julgamento: 27/02/2008. Data de publicação: 29/02/2008. Disponível em: BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudência>. Acesso em: 18 mar. 2015.

55 Idem.

56 Numeração Única: E-ED-A-AIRR - 349840-93.2003.5.01.0341. Numeração Anterior: ED-A-AIRR - 3498/2003-341-01-40.2. Ministro: Ives Gandra Martins Filho. Data de julgamento: 26/03/2008. Data de publicação: 28/03/2008. Disponível em: BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudência>. Acesso em: 18 mar. 2015.

É o relatório.

VOTO

I) CONHECIMENTO

Tempestivos os embargos (cfr. fls. 238 e 240) e regular a **representação** (fl. 214), com multa recolhida (fl. 245), deles **CONHEÇO**.

II) MÉRITO

Os embargos declaratórios são **instrumento de integração do julgado**, fundamentalmente para suprir omissão (matéria não analisada) ou contradição interna (entre ementa, fundamentação e conclusão).

Depois que o STF reconheceu a possibilidade de se lhes imprimir efeito modificativo, em caráter excepcional, **muito se tem abusado do instrumento**, podendo-se dizer que se duplicaram as instâncias recursais no Poder Judiciário (se eram 20, computando-se o esgotamento de recursos e agravos nas fases de conhecimento e execução, passaram a ser 40 ou mais), **comprometendo a celeridade e eficiência na prestação jurisdicional**. Isso porque, em cada fase, a parte sucumbente intenta, a pretexto de sanar omissão, **reverter o julgado a seu favor na própria instância** que já esgotou sua jurisdição, desnaturando os embargos declaratórios. (grifo meu)

Quanto à **multa aplicada em face da interposição de recurso, nos termos do art. 577, § 2º, do CPC**, não há omissão alguma a ser sanada. Ora, a Turma concluiu que o agravo se revela **manifestamente infundado, por exprimir insurgência contra jurisprudência consolidada desta Corte**, e, por certo, que o arrazoado, nos termos em que oferecido, atenta contra a almejada celeridade processual, a teor do disposto no art. 5º LXXVIII, da CF, o que atrai a aplicação da citada multa.

Do mesmo modo, quanto à **decisão do Supremo Tribunal Federal** de destrancar todos os recursos extraordinários que discutiam sobre o **marco inicial** do prescricional para se pleitear em juízo as **diferenças da multa do FGTS decorrentes dos expurgos inflacionários**, o acórdão embargado foi claro e preciso ao consignar que o apelo não prospera, uma vez que esta Corte Superior Trabalhista não se encontra vinculada às decisões do Excelso Pretório. Tampouco houve mudança do entendimento do TST acerca do tema a ensejar provimento ao recurso.

Não assiste razão à Reclamada, ao pretender omissão do **acórdão embargado**.

A Embargante **procura**, em verdade, a **reapreciação da matéria já decidida**, não exurgindo do arrazoado o vício por ela apontado.

O **acórdão embargado** está **devidamente fundamentado** quanto às razões pelas quais negou provimento ao agravo, salientando que o entendimento adotado pelo Regional está em consonância com a **Orientação Jurisprudencial 344 da SBDI-1 do TST**, tal como consignado na decisão de fls. 232-237.

Sinale-se que o art. 896, § 5º, da CLT estabelece que o recurso de revista poderá ter seu seguimento denegado quando a decisão recorrida estiver em consonância com enunciado da súmula da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, sendo essa a hipótese dos presentes autos. Assim, o **acórdão embargado**, ao registrar que está correta a decisão que denegou seguimento ao agravo de instrumento (fls. 216-219), pois em consonância com a citada OJ 344 do TST, por óbvio, **considerou que não se vislumbram as violações de lei e da Constituição Federal** apontadas.

Evidencia-se que as questões suscitadas pela ora Embargante foram devidamente analisadas pelo acórdão embargado.

Por todo o exposto, torna-se claro que o **acórdão embargado** não contém omissão **justificadora** do uso dos **embargos declaratórios**, nos termos dos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT, constatando-se, apenas, o intento da Parte de protelar o feito, em afronta à **garantia constitucional de celeridade processual** (CF, art. 5º LXXVIII).

Diante do exposto, **REJEITO** os embargos de declaração e aplico à Embargante a **multa de 1%** de que trata o **parágrafo único do art. 538 do CPC**, sobre o valor da causa, por manifestamente protelatórios.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Egrégia 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, rejeitar os embargos declaratórios e aplicar à Embargante a multa de 1% (um por cento) de que trata o parágrafo único do art. 538 do CPC, sobre o valor da causa, por manifestamente protelatórios.

3.3 SETEMBRO 2017

Novo salto na linha do tempo. 2017. Quase 20 anos após a vigência do princípio constitucional em estudo. Agora são 50.925 acórdãos que se referem ao verbete eficiência (em 23 de setembro de 2017) e aumentando.

Para fins de recorte deste estudo, a análise do momento atual prioriza o ano em curso, em particular os acórdãos publicados até 15 de setembro, concentrando a busca de recorrência de tema nos mais recentes, para deslindar o cenário brasileiro em “*real time*” jurídico e, assim, informar o leitor deste artigo.

A primeira percepção é a ampla gama de assuntos que passam a se vincular à questão da eficiência: são os mais variados. Conceitualmente o verbete em estudo aparece em situações de participação e aproximação dos serviços jurisdicionais aos litigantes, busca de qualidade, desburocratização, eficácia e direcionamento dos esforços dos órgãos públicos para a rápida resolução de assuntos que promovam a justiça.

Com questões de sustentabilidade ocupando crescente espaço na imprensa, há julgados introduzindo a expressão “eficiência lesiva” para acidentes de trabalho, como reproduzido trecho abaixo, vale dizer que o descuido nas condições gerais que pode resultar em desastroso final⁵⁷:

É o ‘elemento que concorre com outro, formando o nexo entre a ação e o resultado, entre o acidente e o trabalho exercido pelo empregado’. ‘É um conjunto de fatores que, juntos à causa violenta, contribuem para produção do efeito danoso, com verdadeira eficiência lesiva’, diz *Bento de Faria*. É o ingresso na relação causal de fatos estranhos à atividade de trabalho, ou a aceitação de que, no acidente, podem concorrer uma causa vinculada ao trabalho e outras tantas sem qualquer relação com a atividade laboral ou, em outras palavras, a circunstância independente do infortúnio que é adicionada à sua causa para gerar o resultado danoso final.⁵⁸

Os movimentos repetitivos no trabalho, que emprestam, como acima citado, um sentido negativo à eficiência, considerando-a lesiva, seguem no mesmo rumo usando como argumento a falta de rodízio ou qualquer outra medida de eficiência para saúde do trabalhador⁵⁹:

A tendinite/tenossinovite não é doença de origem degenerativa ou vinculada a grupo etário. Constatada ser a doença irreversível, por óbvio que encontrar-se a trabalhadora afastada dos serviços não a fazem regredir. Quando muito são minorados os seus efeitos.

As atividades laborais descritas, não impugnadas oportunamente quando da manifestação do laudo pericial, não indica rodízio de serviços ou qualquer medida de eficiência para impedir a ocorrência de LER. Obviamente o rodízio em serviços que exijam do trabalhador o mesmo grupo muscular não se prestam a afastar a responsabilidade patronal.

Entendimentos genéricos ou aplicados em casos específicos não podem ser acolhidos no presente processo em que a doença e sua relação com o trabalho executado restaram amplamente comprovados, reiterados em três laudos periciais.

Tampouco cabe a assertiva de que o quadro de tenossinovite aguda ou melhora ou cura-se, primeiro porque o quadro instalado é crônico, definitivo; segundo, porque a matéria é técnica e não questionada em tempo apropriado; terceiro, porque a irreversibilidade da patologia instalada restou reconhecida quer pelos laudos apresentados, quer pelo próprio INSS que concedeu à autora o benefício de auxílio-acidente.⁶⁰

57 Idem.

58 Numeração Única: RR - 206-57.2010.5.12.0049. Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão. Data de julgamento: 06/09/2017. Data de publicação: 15/09/2017. Órgão Julgador: 7ª Turma. Disponível em: BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudência>. Acesso em: 18 mar. 2015.

59 Numeração Única: AIRR - 231540-80.2005.5.02.0049. Ministro: Douglas Alencar Rodrigues. Data de julgamento: 06/09/2017. Data de publicação: 15/09/2017. Órgão Julgador: 7ª Turma. BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudência>. Acesso em: 18 mar. 2015.

60 Idem.

O conceito do princípio examinado adquire, nos termos reproduzimos no parágrafo anterior, contornos de qualidade de vida, prevenção de doenças e manutenção da capacidade laboral plena, no exato sentido de uma sociedade em que são crescentes os segmentos que se voltam para viver com saúde.

O tamanho da jornada de trabalho também é tema recorrente. Bem peculiar é a questão de equiparação entre atendente comercial em agências que possuem banco postal. Vale dizer, o requerimento de equiparação da jornada de trabalho a de bancários, para efeitos exclusivos do artigo 224 da CLT, sob o argumento de que, a partir da instituição do banco postal nas agências dos correios, os respectivos empregados públicos passaram a exercer atividades tipicamente bancárias, de modo que as agências funcionam como verdadeiras empresas de crédito, financiamento e investimento, ficando as funções postais, típicas dos Correios, como atividades secundárias⁶¹. As discussões foram bastante longas na busca da eficiência dos preceitos jurídicos trabalhistas⁶² como no exemplo:

Para o direito do trabalho, que atua no sentido de buscar, em conjunto com a preservação da empresa, a satisfação dos vulneráveis credores trabalhistas, é necessário que esses novos atores do capitalismo sejam compreendidos e enquadrados juridicamente a partir das figuras mais próximas, sem olvidar a necessidade de beber nas construções jurídicas dos demais ramos do direito, que podem proporcionar avanços significativos na eficiência dos nossos institutos.

O cenário econômico que lida com "a criatividade dos agentes econômicos na formulação de figuras contratuais e societárias que não se submetem aos enquadramentos jurídicos já consagrados é inesgotável e coloca desafios para a atuação regulatória do Poder Judiciário. Se essas transformações se revelam complexas mesmo para a regulação exercida pelo direito econômico, numa perspectiva de preservação da concorrência e da liberdade de iniciativa, para o direito do trabalho a compreensão dessas modificações tem se dado de uma forma ainda mais incipiente. Tal aproximação interdisciplinar, entretanto, se mostra cada vez mais imprescindível para o adequado equacionamento das questões jurídicas que são submetidas ao exame desta Justiça Especial, tendo em vista a eficiência dos comandos jurídicos daqui emanados.

Para deixar clara a discussão acima, segue abaixo o histórico, retirado do corpo do mesmo julgado:

Em que pese a argumentação de que a Portaria nº 588/2000, nos limites da Resolução nº 3.954/2011 do Banco Central do Brasil, autorizou que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT prestasse serviços bancários básicos, na qualidade de correspondente bancário, criando o Serviço Financeiro Postal Especial, denominado Banco Postal. Dessa forma, alguns empregados da ECT passaram a ser atendentes bancários exercendo, além das atividades específicas dos serviços postais, atribuições básicas inerentes aos bancários, ao final da demanda não houve ganho de causa ao trabalhador, o que reafirma a dificuldade nacional em dimensionar carga horária de trabalho semanal que poderia, inclusive, resultar em maior eficiência no serviço prestado.⁶³

No caso em análise, esta atividade foi vista como uma reinvenção dos Correios em tempos de muitos e-mails e poucas (ou nenhuma) cartas, sem mencionar a capilaridade da atividade bancária em municípios menores, resultando em eficiente prestação de serviço à coletividade. Nos termos do próprio acórdão: "a ideia geral de atuação de empresas no mercado, em conjunto, por meio de grupos, passa a ser moldada sob a forma de consórcios, *joint ventures*, *holdings*, num evidente processo de experimentação e criação por parte dos agentes econômicos, que buscam conciliar eficiência e redução de riscos."⁶⁴

61 Numeração Única: RR - 130211-18.2014.5.13.0012. Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de julgamento: 13/09/2017. Data de publicação: 15/09/2017. Órgão Julgador: 7ª Turma. BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudência>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

62 Idem.

63 Idem.

64 Idem.

Nem assim o trabalhador venceu esta demanda. E pode-se perceber que o aludido relatório foi generoso em argumentos em prol do hipossuficiente, salientando a necessidade:

Captar a essência das relações empresariais que se estabelecem, no caso do desenvolvimento do sistema financeiro postal, em suas reais configurações, aí incluído o binômio risco-proveito, é pressuposto para pensar uma regulação jurídica que permita ao direito do trabalho viabilizar o incremento da eficiência e da competitividade das empresas brasileiras, porém de forma a identificar responsáveis trabalhistas e vinculá-los, assegurando que a fluidez das novas relações do capitalismo não reverbere em precarização do trabalho humano.⁶⁵

Digno de nota o fato de que a atividade não tem prosperado, pelo contrário, vem encolhendo significativamente, com tendência à extinção.

A culpa subsidiária aparece em recorrentes julgados, discutindo o que Toledo Turíbio demonstra ser questão sem fronteiras:

El artículo 9 de la LEY establece que La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. [...]. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.⁶⁶

Mesmo assim, o exemplo abaixo é representativo da importância do tema, bem como indica que há falta legislação a respeito⁶⁷:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA *IN VIGILANDO*.

O Tribunal Regional decidiu a controvérsia em consonância com os artigos 186 e 927 do Código Civil, que preveem a culpa *in vigilando*. Ademais, os artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 impõem à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços por ela celebrados. No presente caso, o ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente a sua empregada às verbas trabalhistas que lhe eram devidas. Saliente-se que tal conclusão não implica afronta ao art. 97 da CF e contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF, nem desrespeito à decisão do STF na ADC nº 16, porque não parte da declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mas da definição do alcance das normas inscritas nesta Lei, com base na interpretação sistemática.”

Sequer assim a questão escapa de lide. No corpo do mesmo acórdão, a desídia na fiscalização é condenada:

Desse modo, após a contratação do prestador de serviço, está evidente que a 2ª reclamada descuidou de seu dever de fiscalizar a 1ª reclamada, indo de encontro aos princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, em especial, o da eficiência, principalmente porque não havia qualquer cautela quanto à fiscalização do pagamento acerca das verbas rescisórias.⁶⁸

65 Idem.

66 TURÍBIO, Omar Toledo. La tercerización laboral outsourcing. Revista Unisul. n. 14 jan./jul., 2017.p. 126.

67 Numeração Única: AIRR - 1436-86.2014.5.02.0045.Ministra Dora Maria da Costa. Data de julgamento: 13/09/2017. Data de publicação: 15/09/2017. Órgão Julgador: 8ª Turma. BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em:<ttp://www.tst.jus.br/jurisprudência>. Acesso em: 18 mar. 2015.

68 Idem.

A recorrência do assunto leva a citar um segundo exemplo de julgado publicado no mesmo período, quando a culpa não se restringe à questão de fiscalizar, mas a de escolher parceiros, trazendo, em seu bojo, a posição do Supremo Tribunal Federal (STF)⁶⁹

1. O STF, ao julgar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ressaltou que, nos casos de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, a Administração Pública responderia pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelas empresas contratadas. Impende contextualizar a exceção contida na decisão do STF na ADC nº 16 como garantia da persistência da condição republicana do Estado Brasileiro e da prevalência do paradigma do Estado Democrático de Direito, que é regido, a um só tempo, pela supremacia do interesse público, pela responsabilidade do Estado dos agentes estatais e pela garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

2. Esse paradigma, centrado na proteção da dignidade da pessoa humana, que é fim último da ordem jurídica, orienta a regulação trabalhista e administrativista, unissonamente, à eleição de escolhas gerenciais e administrativas que atendam a interesses econômicos e a interesses secundários dos entes públicos *pari passu* com a garantia da plenitude da proteção social e da cidadania dos trabalhadores envolvidos nessas atividades.

3. No caso de prática irregular de contratações terceirizadas, não fiscalizadas ou mal fiscalizadas pelos entes públicos, a responsabilização se impõe não como forma de forçar a Administração Pública a pagar "duas vezes" pela mesma contratação. Muito pelo contrário, a medida, além de assegurar a devida satisfação de direitos trabalhistas e sociais dos obreiros envolvidos, revela o imperativo de observância da legislação vigente em matéria de licitações e contratos administrativos, incitando os agentes públicos a observarem o princípio da legalidade estrita e o cuidado com o patrimônio e com a coisa públicos, sob pena de responsabilização, com impacto orçamentário.

4. Nas palavras do eminente Ministro Celso de Mello.

O dever jurídico das entidades públicas contratantes de bem selecionar e de fiscalizar a idoneidade das empresas que lhes prestam serviços abrange não apenas o controle prévio à contratação - consistente em exigir das empresas licitantes a apresentação dos documentos aptos a demonstrarem a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a situação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal (Lei nº 8.666/93, art. 27) -, mas compreende, também, o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, entre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei nº 8.666/93, art. 67), sob pena de enriquecimento indevido do Poder Público e de injusto empobrecimento do trabalhador, situação essa que não pode ser coonestada pelo Poder Judiciário.

5. Um entendimento jurisprudencial que exonere de responsabilidade um mau administrador, que não apenas permite a violação de direitos trabalhistas, mas que abre margem para amplas possibilidades de corrupção e desvios de recursos públicos estaria a coadunar com um paradigma de Estado incompatível com o Estado Democrático de Direito.

A discussão seguiu estendida e buscou elementos na lei 8.666/93, a Lei de Licitações em seu artigo 71⁷⁰ cujo teor é:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração poderá exigir, também, seguro para garantia de pessoas e bens, devendo essa exigência constar do edital da licitação ou do convite.

69 Numeração Única: AIRR - 809-12.2014.5.11.0052. Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de julgamento: 13/09/2017. Data de publicação: 15/09/2017. Órgão Julgador: 7ª Turma. Disponível em: BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. Recurso Especial 1349233/SP2012/0113956. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão 06/11/2014 DJe 05/02/2015.<http: www.stf.jus.gov.br>. Acesso em: 18 de março de 2015.

70 Idem.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

No acórdão, o Ministro Relator resguarda os direitos trabalhistas do obreiro⁷¹:

O art. 71 da Lei 8.666/93 invocado pelo recorrente não é um “cheque em branco” passado à Administração. Esta deverá velar pelo bom andamento e cumprimento do contrato, cabendo-lhe a culpa objetiva pela negligência em tal acompanhamento, assumindo os riscos da contratação de empresa inidônea para gerenciar a locação de mão de obra terceirizada que lhe prestou serviços. A norma será aplicável em caso de fraude evidente, em defesa do Erário, jamais em sacrifício do direito de terceiros, especialmente os trabalhistas, marcados pela natureza alimentar.

Nesta situação, a jurisprudência, procurando proteger o trabalhador e resguardar seus direitos, reconhece a responsabilidade subsidiária do recorrente pela quitação dos direitos trabalhistas dos empregados, pois esta teria sido o beneficiário final do trabalho deste. A responsabilidade decorre de culpa *in eligendo et vigilando*, pois caberia ao litisconsorte recorrente fiscalizar a execução do contrato público ajustado, evitando a inadimplência dos direitos trabalhistas de trabalhadores terceirizados, uma vez que a empresa que os contrata recebe corretamente do Poder Público para quitar tais parcelas. A ausência de pagamentos de salário demonstra à toda evidência o descontrole contratual, tipificando claramente a omissão da Administração ante a fiscalização do contrato terceirizado.

Havendo a culpa *in vigilando* do apelante, em razão da não quitação dos direitos trabalhistas da reclamante, conforme dispõe o inciso IV, da Súmula 331, do C. TST, impõe-se sua responsabilização subsidiária.

Não há que se falar em inobservância da Constituição Federal, argumento que considero totalmente despropositado para o caso em questão. Caracterizando-se como orientação jurisprudencial consolidada, a Súmula 331 do Colendo TST, somente pode ser avaliada em sua constitucionalidade por um Órgão jurisdicional que lhe seja superior. In casu, o Supremo Tribunal Federal, também guardião da Carta Magna da República. Por tal razão, registro a alegação do recorrente neste sentido, e a considero prejudicada no presente nível jurisdicional, apesar de não aceitar seus argumentos, reiterando o entendimento de que a defesa do erário público que o art.71, da Lei das Licitações pretende resguardar não pode servir de escudo para violação de direitos trabalhistas inalienáveis. A violação de preceitos legais e constitucionais, como argumenta o recorrente deve ser afastada, com base no livre convencimento do julgador, o qual deverá, contudo, fundamentar seu convencimento. O que ocorre no caso concreto.

Em firmes palavras, o julgado sentença e silencia argumentos contrários⁷²: “Havendo a culpa *in vigilando* da apelante, em razão da não quitação dos direitos trabalhistas da reclamante, conforme dispõe o inciso IV, da Súmula 331, do C. TST, impõe-se sua responsabilização subsidiária”.

No cenário nacional, em que cumpre-se *vacatio legis* para novos dispositivos legais que entram em vigor no dia 11 de novembro do corrente ano, a terceirização vem sendo amplamente discutida, nos exatos termos preconizados por Turíbio:

71 Idem.

72 TURÍBIO, Omar Toledo. La tercerización laboral outsourcing. Revista Unisul. n. 14 jan./jul., 2017, p. 109-146, p.113.

El uso más extendido e intenso de la tercerización, en el ámbito de la gestión empresarial, es un fenómeno que se explica por el avance de la tecnología y la especialización. Cada vez con mayor convicción, cunde el convencimiento de que a una empresa le conviene confiar ciertas partes de su labor a terceros, para lograr ventajas de una menor inversión propia en capital, un trabajo eficiente brindado por empresas especializadas en la tarea, y un menor coste. En la actualidad el outsourcing o tercerización constituye un fenómeno muy difundido en el ámbito empresarial.⁷³

A ampla difusão desta forma de contrato traz muitas dúvidas em casos bem específicos. Até o presente, tais formas de contratação não podem incluir os executores de atividades finalísticas, pois poderiam comprometer a eficiência da prestação do serviço, neste caso eficiência entendida em seu conceito de qualidade. A discussão do leiturista de energia elétrica é um exemplo bem específico da dificuldade, em certas situações, quanto à definição de atividade fim. No exemplo trazido, discute-se que a condição do referido profissional é finalística, visto que responsável pela mensuração do “produto” energia elétrica. Daí que, nos termos do item I da Súmula 331/TST, a contratação de trabalhadores por empresa interposta, para atuar em sua atividade finalística, é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador.

No corpo do acórdão citado, o ministro relator traz à colação palavras de publicação anterior:

Com efeito, extrai-se do conjunto de manifestações aduzidas na citada Audiência Pública que a alegação feita pelos defensores da terceirização em geral (e das atividades-fim empresariais), de que, por seu intermédio, é possível atingir-se maior eficiência e produtividade e a geração de mais riqueza e mais empregos, foi amplamente refutada pelos vastos dados estatísticos e sociológicos apresentados por aqueles que sustentaram, ao contrário, que a terceirização das atividades-fim é um fator de precarização do trabalho, caracterizando-se pelos baixos salários dos empregados terceirizados e pela redução indireta do salário dos empregados das empresas tomadoras, pela maior instabilidade no emprego e ausência de estímulo à maior produtividade dos trabalhadores terceirizados, pela divisão e desorganização dos integrantes da categoria profissional que atua no âmbito das empresas tomadoras, com a consequente pulverização da representação sindical de todos os trabalhadores interessados, e, por fim, pelos comprovadamente maiores riscos de acidente de trabalho. 8. Assim, diante da ilicitude da terceirização do serviço de leiturista prestado pelo reclamante no âmbito da empresa de eletricidade, não há como reformar a decisão regional. Agravo de instrumento desprovido. (TST-AIRR-280-19.2015.5.06.0271, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 02/06/2017).⁷⁴

Antes de haver pacificação sobre o tema, o Brasil terá muito o que discutir, posto que a já citada reforma trabalhista que se avizinha introduz novos conceitos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Legislar é, de fato, fazer experiências com a vida das pessoas, a exemplo do que se afirmou no início destas páginas. A inclusão de novo princípio na ordem constitucional e seus reflexos conceituais em quase duas décadas, demonstram o lado prático deste experimento.

Parece nítido que a inclusão do dever de eficiência dentre os princípios constitucionais aplicáveis às atividades da Administração Pública deu-se para tornar indubitosa que a atuação do poder público, além de ater-se à parâmetros de prestação, perfeição e rendimento, nos exatos limites da lei, deve voltar sua face sempre para o alcance de uma finalidade coletiva pautada por valores morais e socialmente aceitáveis, mediante a adoção de procedimentos transparentes e acessíveis aos cidadãos.

73 BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudência>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

74 Idem.

No caso em tela, o Judiciário, nestas páginas simbolizadas pelo TST, demonstra a evolução de sua postura norteada pela eficiência, refletindo mudanças sociais e políticas. Vale dizer que seus acórdãos indicam ação com qualidade, em prol da coletividade, promovendo o bem estar social, visando resultados positivos para os jurisdicionados com decisões que afastam o trabalhador de avaliações tayloristas e incluem qualidade de vida digna, condições favoráveis de trabalho, jornadas de duração razoável e contratação justa.

Com os crescentes anseios da população em todos os setores sociais, bem como com a preocupação em relação à reforma trabalhista (lei n. 13.467/2017) que entrará em vigor em 11 de novembro próximo e que, desde sua sanção vem gerando calorosos debates, é crucial que o aparato estatal como um todo busque fórmulas, faça campanhas em prol de ideias, garimpe sugestões em certames oficiais ou em bancos acadêmicos, que estimule a criatividade de seus servidores, que seja capaz de trabalhar em grupo, de superar dificuldades e colocar em prática decisões, adaptando-se a novos significados de princípios regentes.

Como se percebe, a eficiência, seja como expressão íntima de rentabilidade social seja nas linhas ou entrelinhas dos julgados trabalhistas, conforme desejar o leitor, assume características próprias adaptadas aos novos cenários sociais que se desenham no desenrolar do tempo. O mais novo integrante do *caput* do artigo 37 da CF evolue (e este verbo cabe porque o conceito se adapta a novas exigências da sociedade) da concretude mecanicista até a busca de qualidade, desburocratização, eficácia e direcionamento dos esforços para uma atividade laboral bem regulamentada e justa.

Atento a estas necessidades e sob a égide da esperança de aprimoramento constante da prestação de serviço do Judiciário, em especial o trabalhista, o que se espera, agora, é que se use bem o aparato legal, com eficiência balizada pelo conceito implícito de qualidade de vida gerada por atividade laboral digna em todos os aspectos e que assim o seja para ambas as partes: empregadores e empregados.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Christian Mendez. Constituição, os princípios constitucionais da eficiência e eficácia da administração pública: estudo comparativo Brasil e Espanha. *Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, n. 1, ago./Dez., 2009, p. 24-49.

ALFONSO, Luciano Parejo. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública. *Documentación Administrativa*, n. 218-219, abr.-sep. 1989. p. 15-65.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em 15 jun. 2012. P. 2-12.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. Belo Horizonte. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 1, n. 1, abr./jun. 2003. p. 105-133.

BARROSO, Luis Roberto Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós- modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, 2001. p. 9-44.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, n. 6, set., 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. *Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/jurisprudência>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. **Revista dos Tribunais**, n. 27, abr./jun. de 1999.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.
- DALLARI, Adilson de Abreu. Administração pública no Estado de direito. **Revista de Direito Público**, n. 5, 1994, p. 39-40.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 220, p. 165-177, abr./jun. 2000.
- _____. Eficiência administrativa na Constituição Federal. Disponível EM: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2001.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica italiana**, 1948. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Constituzione/disposizioni.html>>. Acesso em: 10 de mar. 2015.
- JAHREISS, Hermann. **Groesse und Not der Gesetzgebung**. 1953. In: BRASIL. Presidência da República. Manual de redação da Presidência da República. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Presidência da República, 2002, p. 76.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro: a Atividade Administrativa: Moralidade e Eficiência**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional no 19/ 98**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MOREIRA, Egon Bockmann. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **As leis de processo administrativo – lei federal 9784/99 e lei paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000a, p. 320-341.
- _____. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000b.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TREMEL, Rosângela. **Contratos de gestão e o princípio constitucional da eficiência**. Dissertação de Mestrado da UDESC. Florianópolis, 2001.
- _____. O princípio constitucional da eficiência. **Revista OAB/SC, Florianópolis**. Caderno de Temas Jurídicos. n.108, 2001.
- TORÍBIO, Omar Toledo. La tercerización laboral outsourcing. **Revista Unisul**. n. 14 jan./ jul., 2017. p. 109-146.

ANÁLISE CRIMINOLÓGICA-CRÍTICA DA POLÍTICA DE PREVENÇÃO/REPRESSÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER

CRIMINOLOGICAL-CRITICAL ANALYSIS OF THE PREVENTION/REPRESSION POLICY TO DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE AGAINST WOMEN

Allan Jones Andreza Silva¹ | Luciano Nascimento Silva²

Resumo: O presente trabalho visa construir um entendimento acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher por intermédio de uma abordagem criminológica crítica, tomando como referência principal as proposições de Alessandro Baratta, sendo, portanto, adotado uma perspectiva analítica sobre os fatores sociais e econômicos que contribuem para o processo de criminalização, bem como sobre os mecanismos jurídicos e instancias oficiais de controle desta forma de violência e as condições de vitimização feminina, levando-se em consideração as formas de dominação que acarretam a reprodução do problema. Sob o ponto de vista metodológico, adotou-se uma abordagem dedutiva, que parte da análise dos campos jurídico, social, econômico e, inclusive, da práxis do sistema de justiça criminal para, a partir de então, possibilitar a racionalização da instrumentalização da política penal para o trato desta violência. Conclui-se, por fim, pela observação de uma fragilidade no trato penal sobre o problema e da existência de uma série de deficiências estruturais no campo prático que muito mais ocasionam a reprodução ou intensificação dos desníveis de poder do que propriamente possibilitam a prevenção à eclosão de episódios de brutalidade ou a construção de um ideário de igualdade entre os sexos.

Palavras-Chave: Direito Penal. Violência. Mulher. Crítica.

Abstract: *The present work aims at constructing an understanding about domestic and family violence against women through a critical criminological approach, taking as main reference the propositions of Alessandro Baratta, and, therefore, adopted an analytical perspective on social and economic factors which contribute to the criminalization process, as well as the legal mechanisms and official instances of control of this form of violence and the conditions of female victimization, taking into account the forms of domination that lead to the reproduction of the problem. From a methodological point of view, a deductive approach was adopted, starting from the analysis of the legal, social and economic fields, and even of the praxis of the criminal justice system, in order to rationalize the instrumentalization of politics for dealing with this violence. Finally, it is concluded that there is a weakness in the penal treatment of the problem and the existence of a series of structural deficiencies in the practical field, which more often lead to the reproduction or intensification of power differences than to hatch prevention of episodes of brutality or the construction of an idea of equality between the sexes.*

Keywords: Criminal Law. Violence. Woman. Critical.

1 Mestre em Ciências Jurídicas (UEFPB), Especialista em Direitos Fundamentais e Democracia (UEPB), Bacharel em Direito (UEPB), Bacharel em Segurança Pública (PMPB), capacitado em Análise Criminal (SENASP).

2 Pós-Doutor em Sociologia e Teoria do Direito no Centro di Studi sul Rischio dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento - CSR-FG-UNISALENTO (2013-2015); Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/FDUC (2003-2007); Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo/ USP (2001-2003); Professor Associado do Centro di Studi sul Rischio della Facoltà di Giurisprudenza (Dipartimento di Studi Giuridici) dell'Università del Salento, Lecce, Itália. Professor Visitante Dipartimento di Scienze Penali, Processualpenali e Criminologiche della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo, Sicilia, Itália. Investigador Científico no Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht - Departments of Criminal Law and Criminology - Freiburg in Breisgau - Baden Württemberg, Deutschland (Alemanha). Pesquisador do CNPq no CCJ/UEFPB. Professor da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e Docente Colaborador no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ/CCJ/UEFPB, entre outras atividades acadêmicas.

1 INTRODUÇÃO

Muito embora exista uma tutela constitucional da igualdade entre os sexos, inclusive constituindo cláusula pétrea, há de se considerar que ainda persiste no cenário social brasileiro um patente desnível nas relações entre homens e mulheres, de maneira que estas últimas são, em grande parte das vezes, o polo mais afetado, inclusive sujeitando-as a imposição do poder e, em alguns casos até mesmo da violência, masculina. Não precisa de grande esforço para verificar a comprovação desta circunstância, frequentemente são noticiados pela imprensa episódios de violência contra a mulher, sobretudo no contexto familiar e doméstico.

Acontece que essa configuração fática de desigualdade entre os sexos foi historicamente construída e tão bem alicerçada (por exemplo, nos campos simbólicos, políticos, econômico etc.) que, para muitos, parece estar inscrita na ordem regular da vida em sociedade. Desta forma, muito embora se vislumbre uma evolução socio-jurídica no sentido de reconhecer a mulher como sujeito de direitos e fundamentalmente assegurar-lhe o direito à igualdade, esse discurso jurídico por muitas vezes funcionalmente entra em choque com a realidade prática que propõe disciplinar, parecendo muito retratar uma dissonância entre a práxis social e dogmática jurídica garantista de direitos, circunstância evidente até o início do século XXI.

Um retrato bastante claro desta realidade pode ser observado a partir dos altos índices de violência contra a mulher. A este respeito, Waiselfisz (2015) apontou que o Brasil vivencia um ritmo crescente de homicídios de mulheres ao longo do tempo, de maneira que o número de vítimas passou de 1.353 mulheres em 1980, para 4.762 em 2013, o que demonstra um aumento de 252%³.

Para atender o anseio protecionista constitucional em prol dos direitos femininos, o legislador nacional pugnou pela intervenção penal como fórmula voltada para redimensionar as relações entre os sexos, especificamente desestimular as práticas de violência, sobretudo domésticas, que afetam principalmente as mulheres. A partir de então, iniciou-se uma jornada de edição de leis específicas que, a cada momento, propunham, entre outras medidas, o endurecimento do trato penal, a exemplo das leis nº 10.886/2004 (que inseriu o tipo penal especial “violência doméstica” no Código Penal), nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e nº 13.104/2015 (Lei do Feminicídio).

Partindo-se destas considerações iniciais, o presente artigo realiza uma abordagem criminológica crítica sobre a atual instrumentalização da dogmática penal como fórmula de enfrentamento a violência doméstica e familiar contra a mulher e sobre o comportamento do sistema de justiça criminal para lidar com a questão, desta maneira o trabalho em tela utiliza-se de uma perspectiva macro-criminológica para analisar criticamente os fatores externos ao episódio conflitivo mas que influenciam o desenvolvimento da política criminal brasileira em sua práxis atual, dialeticamente relacionada as formas de dominação socioeconômica.

Desta maneira, ao considerar a classificação apontada por Marconi e Lakatos (2003, p. 103), será adotada uma abordagem metodológica dedutiva, que parte da análise dos campos jurídico, social, econômico e, inclusive, da práxis do sistema de justiça criminal para, a partir de então, possibilitar a racionalização da instrumentalização da política penal para o trato da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por conseguinte, a abordagem metodológica procedimental adotada neste trabalho, se aproxima do método funcionalista (MARCONI; LAKATOS, 2003) uma vez que parte da compreensão que o fenômeno a ser analisado (violência doméstica contra a mulher) é um produto social complexo, resultante da correlação de diferentes ações e reações sociais que sistematicamente interagem entre si formulando

3 Em análise comparada com outros 83 países, Waiselfisz (2012, p. 11) constatou que o Brasil era o 7º com maior taxa de incidência de homicídios femininos, já em 2012, ao fazer essa mesma comparação com outros 82 países, pode ser constatado que o mesmo passou a 5ª posição entre os com maior taxa (WAISELFSZ, 2015, p. 28), revelando que a violência contra a mulher é um problema nacional que deve ser encarado com grande preocupação.

do uma ideia de violência estruturalmente constituída por diferentes elementos (político, econômico, jurídico etc.) funcionalmente interligados. Assim, parte-se da ideia de Foucault (2002, p. 23) de que “se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz [...] devemos compreender quais são as relações de luta e de poder”.

Logo, constitui o objetivo central deste trabalho a análise crítica sobre o modo como Estado vem enfrentado este tipo de violência, atividade voltada a superação de posicionamentos descritivos⁴ sobre o problema, de maneira a se ater as necessárias críticas sobre os mecanismos jurídicos e as instâncias oficiais de controle desta forma de violência, bem como quanto às estruturas sociais e econômicas que convergem para composição da definição do fenômeno “criminal” e também das relações de poder a elas atreladas, se amoldando por uma abordagem orientada pelas matrizes da criminologia crítica⁵, tal como trata Baratta (1997, p. 221), como um paradigma voltado para a “análise do processo de definição e reação social, que se estende à distribuição desse poder e aos conflitos de interesse que estão na origem deste processo”⁶.

2 UMA COMPREENSÃO CRIMINOLÓGICA CRÍTICA SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER

O interesse pela garantia dos direitos femininos ganha força a partir do período do regime militar, especialmente em meio as muitas formas de mobilização que invocavam temas relacionados aos direitos humanos (PINHEIRO; ALMEIDA, 2003), os quais foram efetivamente introjetados sob o ponto de vista formal na Constituição Cidadã de 1988, uma vez que a materialização destes direitos carecia, em sua maioria, de uma necessária readequação da legislação infraconstitucional e de instrumentos que possibilitassem a equalização das relações sociais, sobremaneira desiguais. Desta forma, o projeto de construção da igualdade material entre os sexos não ocorreu instantaneamente após a promulgação da Magna Carta e ainda atualmente trata-se de um processo inacabado.

Muito embora houvesse o restabelecimento da democracia, a materialização do projeto de igualdade sofre entraves decorrentes da implementação de um projeto neoliberal para desenvolvimento nacional, cujo arquétipo rejeita a função interventora estatal sobre os campos econômico, mas se utilizada da gestão pública para controlar os transtornos sociais, como os advindos da criminalidade violenta, ou seja, há o encolhimento dos investimentos em políticas públicas e, ao mesmo tempo, recrudescimento das formas de controle social pelo aumento da repressão ao crime (PASTANA, 2012).

Desta forma, “o factóide constitucional de 88 não soube evitar essa ancestralidade perversa” (PORTELLA, 2000, p. 117)⁷, ou seja, a atual ordem jurídica pragmaticamente *prima facie* não se dispôs a superar as deficiências históricas nos campos sociais e econômico uma vez que as normas que pode-

4 Não raras vezes, os trabalhos sobre o tema da violência doméstica e familiar contra a mulher se atêm apenas em apresentar as características da incidência delitiva, dos agressores e das vítimas, além de tecer apenas breves considerações sobre causas e consequências, atividade que se situa sob o manto da criminologia etiológica.

5 Segundo Anitua (2008, p. 657-658), “O termo ‘criminologia crítica’, inspirado na citada tradição da Escola de Frankfurt, começou, nos anos Setenta, a unificar várias posições distintas, que iam desde o interacionismo até o materialismo, e que se assemelham mais naquilo que criticavam do que naquilo que propunham”, dentre os primeiros criminólogos críticos destacou-se o norte-americano William Chamblis, que começou seu estudo sobre o surgimento histórico de determinados delitos relacionando-os as necessidades econômicas e de trabalho, por fim verificando que a criminalidade era o resultado das imposições culturais, relacionadas ao consumo, e das necessidades materiais, formadas pelo processo de extração de mais-valia.

6 Segundo entendimento de Batista (2007, p. 32), “a Criminologia Crítica procura verificar o desempenho prático do sistema penal, a missão que efetivamente lhe corresponde, em cotejo funcional e estrutural com outros instrumentos de controle social (hospícios, escolas, institutos de menores etc.)”, aos quais também podem ser acrescentados os órgãos de justiça criminal.

7 Neste sentido, destaca Anitua (2008, p. 671) que pelos anos de 1970 já havia uma crítica sobre a sociedade disciplinar capitalista e a possível formação de sociedades de exclusão já denunciados por Alessandro Baratta e outros autores, que verificavam preocupadamente a ascensão de regimes de emergência penal e revitalização de leis fascistas com a desculpa da repressão do terrorismo.

riam definir a minimização das desigualdades permaneceram num quadro de programatividade, em contrapartida paulatinamente veem espaço e efetividade nas normas dispostas a instituir uma práxis de repressão e controle social, só que revestida de legitimamente, por intermédio da instrumentalização do direito penal, o que conflita diretamente com o ideário garantista de direitos humanos ao qual se associou à Magna Carta de 1988.

A partir desta perspectiva, não se intenta negar a existência de um poder patriarcal que por muitos anos tem regido as relações entre os sexos nos campos social, econômico e simbólico, acarretando a vitimização feminina, mas demonstrar a existência de outras formas que poder que convergem para o trato da violência contra a mulher, entre elas a instrumentalização do direito penal e do sistema de justiça criminal para a criação de uma simbólica resposta protetiva estatal, funcionalmente determinada a ocultar ou minimizar outras formas de exercício de dominação estrategicamente não tão bem aparentes nos discursos atualmente delineados para tratar sobre o tema⁸, uma vez que, conforme lembra Batista (2007, p. 19, grifos do autor), “o direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira”.

Entretanto, é necessário verificar que as pressões políticas, econômicas (carência de uma maior participação feminina no mercado de trabalho) e sociais para o reconhecimento dos direitos da mulher permitiram ao Direito não apenas criar novas condições de operacionalidade ao identificar a mulher como um sujeito que merece sua tutela, mas estipula uma nova fórmula de verdade, baseada na ideia de que as diferenças de gênero, especificamente a dominação social da mulher, em suas diversificadas maneiras de expressão, constituem não apenas violações dos seus direitos, mas formas de violência que, ao serem tuteladas penalmente, compõem circunstâncias que receberão elevados níveis de reprimenda estatal.

Por conseguinte, o direito penal insere-se neste contexto como forma de abominação a esta forma de dominação como uma verdade, de caráter público e vinculante, responsável por insinuar prescrições como um ato atrelado a garantia dos direitos da mulher, como fórmula de reconhecimento de sua dignidade, mas que obscurece uma forma de assimilação legal das diferenças entre os sexos e de controle não mais de uma vítima, mas difusamente de toda uma população economicamente desprivilegiada e precariamente assistida socialmente.

Não obstante, com a tutela penal dos direitos femininos, a violência doméstica e familiar contra a mulher passa a condição de “infração”, no sentido especificado por Foucault (2002), como uma verdadeira ofensa à ordem, ao Estado, à lei e à sociedade, o que irá exigir uma reprimenda ao responsável, que poderá tratar-se de uma punição ou mesmo a reparação do ato praticado, tudo isto não mais atentando a vitimização unitária ou específica, mas compreendendo a questão como um problema com consequências difusas, que representa perigo para toda uma coletividade. Assim, o que antes constituía apenas uma relação privada, com baixíssimas possibilidades de interferência jurídica, agora passa a ter a proteção penal.

No entanto, dadas as especificidades do problema, no tocante a ambiência de desenlace da conduta criminosa (fora do alcance dos olhares do patrulhamento policial), as condições de persecução investigativa (normalmente sem testemunhas), a relação sentimental entre as partes (que torna o conflito muitas vezes tendente a uma resolução consensual), a não notificação das instâncias oficiais dos casos de agressão (o que constitui uma “cifra negra” incalculável), dentre outras questões, dificultam a investigação da atuação penal, o que muito embora não torne inócua a criminalização desta forma de violência, não representam um avanço tão significativo no plano prático como se almeja, sobretudo se forem também tomados em consideração a precariedade dos recursos humanos e logísticos das forças de ordem para lidar com este tipo de problema.

8 Diante deste contexto é importante lembrar as palavras de Foucault (2002, p. 27) quando informa que: “[...] as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou obstáculo para o sujeito de conhecimento, mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, relações de verdade”, ou seja, a análise sobre as relações políticas e econômicas podem possibilitar a superação das miragens, das falsas aparências, que estas buscam incutir.

Pode-se considerar como exemplo desta dissonância operativa do direito para lidar com esta forma de violência a Lei Maria da Penha, que muito embora apresente avanços significativos para a conceitualização da violência doméstica e familiar contra a mulher e a aponte ações de proteção aos direitos femininos, muitas de suas medidas são situadas no plano formal, em razão da ainda carência de estruturas estatais previstas, o que tem acarretado a manutenção de índices ainda consideráveis de vitimização feminina.

É importante destacar que o processo de criminalização da violência doméstica contra mulher, para além de estabelecer uma fórmula para proteção dos direitos femininos, constitui um mecanismo de reconhecimento da desigualdade entre os gêneros e também de imposição de uma condição de subordinação e disciplinamento das partes envolvidas no conflito, uma vez que a seleção do sistema punitivo começa muito antes da intervenção penal, com a discriminação social (BARATTA, 1997), e tende a manter-se, mesmo com pequenas adequações, em razão da interferência inapropriada do direito penal sobre o problema. De tal maneira, a interferência penal desassistida de ações secundárias aptas a reestruturação das relações de igualdade entre os gêneros, apenas acabam por reafirmar a existência de um novo instrumento para o sistema de controle social, que invade as relações privadas coberto pelo manto da legitimidade, reafirmando os traços de panoptismo⁹ que a dogmática penal institui a partir da modernidade.

Desta maneira, para compreensão da funcionalidade do direito penal, suscita-se uma abordagem criminológica crítica aos moldes tratados por Baratta (2004, p. 167-168) quando este considera:

La criminología crítica se transforma de esse modo más y más em una crítica del derecho penal. Esta crítica no considera el derecho penal sólo como sistema estático de normas sino como sistema dinámico de funciones, em el que pueden distinguirse tres mecanismos susceptibles de analizarse separadamente: el mecanismo de la producción de las normas (criminalización primaria); el mecanismo de la aplicación de las normas, es decidir el proceso penal que comprende la acción de los organismos de averiguación y que culmina con el juicio (criminalización secundaria), y finalmente el mecanismo de la ejecución de la pena o de las medias de seguridad.

Atento aos três mecanismos mencionados para análise sistemática do direito penal, levando-se em consideração os instrumentos normativos voltados para o trato da violência doméstica e familiar contra mulher, cuida-se em verificar que:

1) Sob o processo de elaboração de normas penais, ao que Baratta chama de “Criminalização Primária”, a tipificação da violência doméstica e familiar contra a mulher e, inclusive, o endurecimento do trato penal ocasionado pela edição da Lei Maria da Penha, fora fortemente influenciado por pressões internas, sobretudo dos grupos feministas o que possibilitou que esta legislação fosse cercada de uma série de medidas não-punitivas, dentre as quais a reeducação do agressor, como condição auxiliar para o processo de reequilíbrio das relações entre sexos, mas que, em termos práticos, não tem ganhado efetividade como formalmente prescreve esta legislação.

Sob o manto de uma política criminal punitivista em vigência, que associa a efetividade do direito penal à unicamente restrição da liberdade, as medidas voltadas para minimização das consequências da vitimização femininas definidas na Lei nº 11.340/2006, dado o aspecto secundário ou subsidiário que é assumido por essa política, acabam por deter um caráter programático, face a precária estrutura de atendimento, sobretudo a reduzida quantidade de delegacias da mulher, de casas-abrigo, entre tantos outros, o que reafirma a ideia de que o cerne da atenção estatal se circunscreve prioritariamente às medidas repressivas, de endurecimento do trato penal sobre o assunto.

De tal sorte, para reafirmar essa política punitivista, o legislador pátrio cuidou em promulgar a Lei 13.104/15, criando a qualificadora especial de “feminicídio”. Acontece que a majoritária parte dos afetados pelo trato penal, tanto vítimas como acusados, fazem parte da camada primordialmente atin-

⁹ Segundo Foucault (2002, p. 103) o panoptismo deve ser entendido como “[...] uma forma de poder que se exerce sobre os indivíduos em forma de vigilância individual e contínua, em forma de controle de punição e recompensa e em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas”.

gida pela desigualdade econômica e social¹⁰, pela carência de políticas públicas e por um processo de urbanização desregulado de tal maneira que essa política legislativa de criminalização desassistida de medidas de readequação social voltadas para materialização de uma ideia de igualdade entre os sexos, no plano macrocriminológico acaba funcionando de modo seletivo¹¹, servindo muito mais como um instrumento de controle que acaba por reafirmar as assimetrias sociais¹².

A própria seleção do status de criminoso, para Baratta (2004), é atribuído a pessoas determinadas em razão de uma dupla seleção: dos bens protegidos penalmente e dos indivíduos estigmatizados.

Quanto à seleção dos bens tutelados penalmente, verifica-se que esta dirige-se essencialmente para proteção de bens individuais (tais como patrimônio, integridade física, etc.) que ocasionam, em sua maioria, o encarceramento da população menos privilegiada, enquanto que as “pedaladas fiscais”, desvios e lavagem de dinheiro público, dentre outras formas de manipulação da máquina estatal para deleite particulares que são práticas que atingem de maneira difusa um elevado número de pessoas, não recebem a mesma atenção legislativa em âmbito penal e até mesmo pelo sistema de justiça criminal, como se a tutela jurídica para estes casos, dada a sua nocividade potencialmente mais gravosa, não fosse bem mais necessária e que, por conseguinte, requeresse medidas mais rígidas que as voltadas para a “criminalidade comum”.

Sob a seleção dos indivíduos, verifica-se que a intervenção penal não apenas é mais atenta as classes menos abastadas, como estipula um quadro de estigmatização, circunstância que se apresenta mais evidente de acordo com a classe social das partes envolvidas no conflito, haja vista que “*las máximas chances de ser seleccionado para formar parte de la ‘población criminal’ aparecen de hecho concentradas en los niveles más bajos de la escala social (subproletariado y grupos marginales)*” (BARATTA, 2004, p. 172).

Na realidade, a definição no campo criminológico da violência doméstica e familiar contra a mulher, problemática que detém viés essencialmente sociológico, constitui muito mais um recurso simbólico para contenção e controle de massas, não apenas do elemento masculino, mas até mesmo da população feminina pelas vias simbólicas, uma vez que esse processo de criminalização exerce, dentre outras perspectivas, uma funcionalidade muito específica: garantir condições para uma crescente participação feminina nos diversificados âmbitos de convivência, sobretudo no campo econômico. Desta forma, pode-se considerar que a estabilidade das relações sociais entre os sexos pela instrumentalização do direito penal exerce uma finalidade ideológica que é a disseminação de uma pseudo-segurança necessária para o desenvolvimento das atividades produtivas femininas em seus diferentes campos de atuação.

2) A “criminologia secundária” a que se refere Baratta (2004, p. 168), trata-se da instrumentalização dos mecanismos de aplicação das normas instituídas a partir do processo de criminalização primário. Nesse segundo momento, observa-se a reprodução das diversificadas formas de poder patrocinadas pelo punitivismo estatal ao mesmo tempo em que dicotomicamente experimenta o simbolismo destas mesmas normas quanto ao trato das medidas não encarceradoras (não-punitivas).

Estas formas de poder são reproduzidas pelas instituições estatais encarregadas da aplicação da lei em duas circunstâncias: em primeiro lugar, no momento do patrulhamento, na seleção das áreas de vigilância e até mesmo nas formas de atuação. Nesta oportunidade, o intento em garantir o fiel cumprimento

10 Conforme destacam Pinheiro e Almeida (2003, 29), “no Brasil, a violência interpessoal [gênero ao qual pertence a violência doméstica e familiar contra a mulher] está profundamente arraigada na enorme desigualdade que existe entre as classes dominantes e quase todo o resto da população. Além da concentração de renda e de riqueza, os recursos de toda ordem, simbólicos ou de poder, estão igualmente concentrados”.

11 Neste sentido, destaca Nilo Batista (2007, p. 25, grifos do autor): “[...] o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a partir de suas condutas”.

12 Neste sentido, Mello e Machado (2013, p. 610) expõem: “[...] a mirada criminológica demonstra a eficácia invertida do Direito Penal, de forma que o que realmente pretende o poder punitivo não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais gerando segurança pública e jurídica, mas ao revés, é construí-la seletiva e estigmatizadamente, reproduzindo, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça)”.

da lei, muitas vezes se alinha a um agir/fiscalizar seletivo¹³, uma vez que são priorizadas as localidades ocupadas pela população com maior condição de vulnerabilidade social, em alguns casos verifica-se o não atendimento das garantias penais ou processuais, já em outras oportunidades observa-se a aplicabilidade da lei com maior rigidez. A este respeito, aponta Wacquant (2011, p. 11):

Essa violência policial [mas também outras instituições do sistema de justiça criminal] inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar, quando a luta contra a "subversão interna" se disfarçou em repressão aos delinquentes. Ela apoia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre *feras e doutores*, os "selvagens" e os "cultos", que tende a assimilar *marginais*, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem.

Em segundo lugar, os agentes encarregados de aplicar a lei por serem oriundos de uma mesma matriz social perante a qual terão que atuar, muitas vezes reproduzem os valores e os preconceitos disseminados no ambiente, deste modo têm incorporada e já naturalizada em seu agir uma cultura patriarcal, logo, não raras vezes, a mulher acaba sendo novamente vitimada por tais profissionais quando da por menorização da violência ocorrida, sobretudo na tentativa de amenizar as formais consequências jurídicas de uma denúncia por achá-las excessivas ao caso e ocasionar possível sensação de impunidade.

3) No campo da execução da pena, não se constata sob qualquer forma a existência de garantias materiais dos direitos humanos dos apenados por diversas razões: superlotação, violência interna, precariedade de um sistema voltado para (re)socialização, entre outros, de tal forma que as cadeias e presídios funcionam muito mais como depósitos de rejeitados humanos (os segregados da sociedade) que representam o perigo para sociedade e para o estado, de tal forma são notadamente considerados como população supérflua nos planos social e econômico. Enquanto isso a reeducação do agressor através das medidas apregoadas na Lei Maria da Penha não passa de uma previsão formal.

Desta maneira, a instrumentalização de recursos penais-sancionatórios carrega em seu âmago o interesse em extirpar da sociedade uma gama de indivíduos potencialmente inadequados aos interesses político-econômicos do capitalismo, de modo que o recurso ao direito penal demonstra ser muito mais um mecanismo apto a neutralização de indivíduos considerados indesejados do que uma forma de promoção de igualdade entre os sexos.

Após estas considerações, é necessário atentar à proteção da igualdade através do direito penal, oportunidade na qual Alessandro Baratta desenvolve três críticas específicas:

Primeiramente, "*el derecho penal no defiende todos y sólo los bienes esenciales em los cuales están interesados por igual todos los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales, lo hace com intensidad desigual y de modo parcial*" (BARATTA, 2004, p. 168). Desta maneira, ainda que se definam os bens jurídicos essenciais à convivência social, a forma e a intensidade em que reprime os danos ou atentados a estes bens acontece de modo parcial, ditado por aqueles que possuem o status de "cidadão de primeira classe", pertencentes ao grupo detentor do poder econômico, político e social¹⁴.

13 "*Las máximas chances de ser seleccionado para formar parte de la 'población criminal' aparecen de hecho concentradas em los niveles más bajos de la escala social (subproletariado y grupos marginales). La posición precária em el mercado de trabajo (desocupación, subocupación, carencia de calificación profesional) y defectos de socialización familiar y escolar, que son característicos de quienes pertenecen a los niveles sociales más bajos y que em la criminología positivista y em buena parte de la criminología liberal contemporánea son indicados como las causas de la criminalidade, revelan ser más bien connotaciones sobre cuya base los estatus de criminal son atribuidos*" (BARATTA, 2004, p. 172).

14 Atentando a realidade social, pode-se considerar que existem indivíduos que pragmaticamente não chegam a ser considerados como cidadãos, os criminosos, para estes a pena não tem um prazo limite, pois absorvem de maneira mais intensa a reprimenda penal que até mesmo depois do seu cumprimento sofrem seus reflexos, de forma que muitas vezes passam a ser encarados como "inimigos sociais", os sujeitos que descumpriram o "contrato social", ainda que tacitamente toda a sociedade e principalmente o estado já tenha, desde muito antes da atividade desviante, descumprido seu papel em relação a estes.

As instituições encarregadas de garantir a “justiça” notadamente detêm seu olhar sobre grupos específicos de pessoas, partir de uma espécie de “etiquetamento”¹⁵, a partir da qual a reprimenda penal é sempre a primeira e única alternativa aplicável. Isso ocorre porque o direito penal atua perante atos desviantes já praticados, ou seja, não tem um condão propriamente preventivo, desta maneira não se dirige as causas dos comportamentos considerados juridicamente inadequados, mas tão somente contra pessoas, como uma espécie de vingança. Desse modo, antes de proteger as vítimas (reais ou potenciais), tem o interesse apenas em garantir a validade das normas (ZACKSESKI, 2000) ou ainda reprimir os transgressores.

Em segundo lugar, “*la ley penal no es igual para todos, los estatus de criminal es distribuyen de modo desigual entre los individuos*” (BARATTA, 2004, p. 168). Isso implica dizer que há um processo implícito no campo social, invariavelmente influenciado pelas diferenças na distribuição do poder econômico e político que certamente irá influenciar na formulação de uma imagem estereotipada da figura do marginal, notadamente não se pode obscurecer a importância que a mídia exerce para reforçar esta circunstância.

A este respeito, pode-se vislumbrar como exemplo a criação de zonas de clara diferenciação social nas cidades, destacando-se as áreas “margerais” ou popularmente conhecidas como “favelas”, que estampam a desigualdade e a exclusão social que paradoxalmente cresce de acordo com o desenvolvimento destas mesmas cidades. A este respeito Bauman descreve:

Em suma, a cidade social democrata que se afirmou no segundo pós-guerra torna-se ameaçada em suas fundações, pois o tecido social é submetido a intensas pressões que produzem uma verticalização crescente: os ricos tendem a se tornar ainda mais ricos, desfrutando as oportunidades disponibilizadas pela ampliação dos mercados, enquanto os mais pobres aprofundam na miséria, destituídos de sistemas de proteção social (BAUMAN, 2009, p. 8).

Atualmente, também pode-se constatar a formação de condomínios, mais uma forma de separação espacial, com vistas a propiciar o desfrute dos privilégios da camada economicamente abastada sem ter contato com a outra parcela da população¹⁶, como fosse um bairro burguês dentro da cidade dos miseráveis.

Em ambas as situações se constata facilmente a existência de linhas de separação espacial que reforçam as diferenças e a segregação social, o que afeta sobremaneira os dominados (os margerais) sobretudo pela incompreensão do seu modo de vida, de suas carências e a precariedade de acesso a direitos, além de fazer deles indivíduos “diferentes”, não assimiláveis ao contexto social ideal (justamente o padrão de vida definido pelo modelo burguês), ou seja, carentes de cidadania, um estrangeiro de suas próprias terras. Esta conotação pejorativa, apenas favorece suas identificações como “potencialmente nocivos” ou até mesmo sob o estereótipo de “criminoso”¹⁷, muito embora não tenham praticado qualquer delito.

A este respeito, destaca Bauman (2009, p. 22):

15 O termo etiquetamento é empregado segundo a perspectiva apontada Conde e Hassemer (2011, p. 111) quando tratam sobre a Teoria do Etiquetamento, cuja central seria: “a criminalidade não é a qualidade de uma determinada conduta, mas o resultado de um processo através do qual se atribui dita qualidade, quer dizer, de um processo de estigmatização”.

16 “Os moradores dos condomínios mantêm-se fora da desconcertante, perturbadora e vagamente ameaçadora – por ser turbulenta e confusa – vida urbana, para se colocarem “dentro” de um oásis de tranquilidade e segurança. Contudo, justamente por isso, mantêm todos os demais fora dos lugares descentes e seguros, e estão absolutamente decididos a conservar e defender com unhas e dentes esse padrão; tratam de manter os outros nas mesmas ruas desoladas que pretendem deixar do lado de fora, sem lugar para o preço que isso tem. A cerca separa o “gueto voluntário” dos arrogantes dos muitos condenados a nada ter”. (BAUMAN, 2009, p. 39-40).

17 “O que chama a atenção na América Latina, e particularmente no Brasil, por causa de sua dimensão, é que essas formas de incivilidade se abatem de preferência sobre as maiorias que constituem as populações pobres e miseráveis, precisamente aqueles setores que são os alvos do arbítrio, da criminalização e da discriminação” (MÉNDEZ; O’DONNELL; PINHEIRO, 2000, p. 12).

As "classes perigosas" originais eram constituídas por gente "em excesso", temporariamente excluída e ainda não reintegrada, que a aceleração do progresso econômico havia privado de "utilidade funcional", e de quem a rápida pulverização das redes de vínculos retirava, ao mesmo tempo, qualquer proteção. As novas classes perigosas são, ao contrário, aquelas consideradas incapacitadas para a reintegração e classificadas como *não-assimiláveis*, porque não saberiam se tornar úteis nem depois de uma "reabilitação". Não é correto dizer que estejam "em excesso": são *supérfluas* e excluídas de modo permanente [...].

Essa observação serve não apenas para os agressores, mas também para as vítimas, haja vista que as partes envolvidas no conflito têm, claramente, uma origem social comum e previamente definida. Isso não quer dizer que as mulheres da classe alta também não possam ser vitimadas, mas que as formas adotadas para o trato desta forma de violência, especificamente sua criminalização, afetam de maneira mais evidente a população pobre, de modo que não apenas os agressores são os mais prejudicados deste contexto, mas as próprias vítimas também, uma vez que muitas delas não tem renda fixa e nem condições suficientes para cuidar da família após a prisão do agressor, e nestes casos dificilmente serão assistidas pelo Estado da forma mais adequada para poder lidar com essa situação sem tantos prejuízos, efetivamente estas passam a ser duplamente vitimadas¹⁸, o que não ocorre da mesma maneira com a população feminina das classes dominantes, por conseguinte pode-se dizer que a via penal não afeta de modo igual todos os indivíduos.

Em terceiro e último lugar:

[...] el grado efectivo de tutela y la distribución del estatus de criminal es independiente de la dañosidad social de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley, em el sentido de que éstas no constituyen las variables principales de la reacción criminalizadora y de su intensidad (BARATTA, 2004, p. 168).

A corrupção e a criminalidade econômica, sobretudo protagonizada pelos crimes de colarinho branco e lavagem de dinheiro, em sua maioria, são desenvolvidos por indivíduos pertencentes as classes economicamente e politicamente influentes, contudo não se observa com frequência qualquer forma de estereótipos atrelados a tais agentes muito embora este tipo de delinquência afete o sistema financeiro e a ordem socioeconômica de maneira extremamente gravosa¹⁹, causando prejuízos até mesmo às finanças públicas e conseqüentemente para a prestação de políticas públicas essenciais como saúde, educação, segurança, moradia, entre outras.

Desta forma, pode-se considerar que há uma neutralização das formas de criminalidade eminentemente das classes dominantes, enquanto há um dinâmico processo de objetivação das classes dominadas, através de uma série de estereótipos, como por exemplo a adjetivação muitas vezes infundada de "criminoso".

Por lo que concierne a la selección de los bienes protegidos y de los comportamientos lesivos, el "carácter fragmentario" del derecho penal pierde las ingenuas justificaciones basadas en la naturaleza de las cosas o em la idoneidad técnica de ciertas materias, y no de otras, para ser objeto de control penal. Estas justificaciones son una ideología que cubre el hecho de que el derecho penal tiende a privilegiar

18 Esta circunstância também é observada em outros locais, como no México. "Embora a Constituição mexicana explicitamente reconheça direitos iguais para ambos - homens e mulheres -, os papéis femininos ainda são baseados no comportamento, valores e normas que enfatizam a vida privada mais do que a vida pública. Infelizmente para as mulheres, a extrema pobreza e marginalização da grande maioria da população significa que a sobrevivência hoje depende mais ainda do apoio e renda familiar. Essa situação reforça a tradicional posição subordinada das mulheres ao chefe de casa masculino, e de fato perpetua e intensifica a discriminação baseada em gênero" (MÉNDEZ; O'DONNELL; PINHEIRO, 2000, p. 179).

19 Conforme anota Braga (2013, p. 38), "A lavagem de dinheiro contribui com a vulnerabilidade das instituições financeiras, afetando a ordem socioeconômica e a perda da confiança pública [...]".

los intereses de las clases dominantes y a inmunizar del proceso de criminalización comportamientos socialmente dañosos típicos de los individuos pertenecientes a ellas, y ligados funcionalmente a la existencia de la acumulación capitalista, y tiende a orientar el proceso de criminalización sobre todo hacia formas de desviación típicas de las clases subalternas (BARATTA, 2004, p. 171).

A partir destas observações, pode-se constatar que o direito penal é seletivo, distribui fragmentariamente a impressão da tutela de bens jurídicos, mas na verdade falseia uma forma de dominação a partir do exercício legitimado do poder, que seguindo os interesses capitalistas, exerce pressão sob as classes dominadas, economicamente e socialmente mais desprestigiadas, funcionando verdadeiramente como um mecanismo de controle social²⁰.

A partir destas verificações, observa-se como inadequada a intervenção, pragmaticamente prioritária, do direito penal no âmbito doméstico e familiar, campo de relações privadas, pois muito embora exista uma assimetria das relações entre os sexos, esta é uma questão eminentemente sociológica e com fortes raízes históricas e culturais, de tal maneira o argumento de que este ramo jurídico teria o condão de desestimular agressores e estabelecer uma circunstância de igualdade apenas trata de uma falácia.

Neste sentido, tomando como escopo a criminologia crítica, observa-se que o punitivismo estatal não apenas não tem surtido o efeito almejado, como também tem sido instrumentalizado para o exercício do controle das classes socialmente excluídas, as quais acabam sendo as destinatárias prioritárias destas normas, enquanto isso as verdadeiras medidas que poderiam repercutir sobre esta forma de violência, que seria a implementação de políticas públicas inclusivas principalmente a educação, não tem sido utilizadas, ou se tem são precariamente implementadas. Por conseguinte, o patriarcado historicamente presente no cenário nacional permanece como um problema ainda atual, de modo que a intervenção penal acaba não surtindo o efeito dissolutório almejado, constituindo, desse modo, muito mais uma resposta meramente simbólica para saciar interesses diversos e ocultar a permanência desta forma de poder e dominação.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se constatar ao longo do trabalho que a instrumentalização do direito penal, especificamente o emprego de um punitivismo para tratar da violência interpessoal nas relações domésticas e familiares, desassistido de políticas sociais ou da implementação de medidas aptas a atuar perante as causas socio-culturais do problema, demonstra ser uma atitude ineficiente para realmente lidar com a questão. Na realidade, observa-se que ocasiona efeito diverso, qual seja, alimenta o recrudescimento da prática de controle social.

Sob o plano macrocriminal, constata-se que o recurso ao punitivismo penal ocasiona uma forma de violência ainda mais danosa, algo que Wacquant (2005, p. 28-29) chama de violência “vinda de cima” ou violência estrutural, pois enseja formas de segregação e dominação que vão além da questão de gênero, mas que agrava a dissonância entre o plano formal e material da igualdade sexual.

Desta violência estrutural não apenas resulta a polarização social e, portanto, a dualização dos espaços das cidades entre dominantes e dominados, mas principalmente a condenação dos grupos subordinados economicamente e socialmente de maneira redundante, degradando as condições de vida da população menos abastada, notadamente significando o não reconhecimento de sua dignidade e retraindo as marcas da sua não inclusão no “contrato social”, circunstância que apenas favorece o desenvolvimento dos sentimentos de revolta e indignação.

20 A este respeito é importante destacar as palavras de Judd (2011, p. 30): “A desigualdade é corrosiva. Faz com que as sociedades apodreçam por dentro. O impacto das diferenças materiais exige algum tempo para se manifestar, mas aos poucos a competição por status e bens aumenta; as pessoas desenvolvem uma sensação de superioridade (ou inferioridade) baseada em seu patrimônio; cresce o preconceito contra os que ocupam os patamares inferiores da pirâmide social; o crime se agrava e as patologias ligadas à desigualdade social se destacam ainda mais. O legado da acumulação desregulada de riquezas sem dúvida é amargo”.

Invariavelmente, a disseminação destas medidas, provoca a polarização social em diferentes círculos de convivência como o âmbito escolar, trabalho, entre outros. Como resultante desse processo está a formulação de campos de vivência duais, marcados pelo distanciamento entre os indivíduos, que dentre seus efeitos pode-se suscitar a diminuição da confiança interpessoal e a fragilização do senso sobre uma necessária adequação à vida em sociedade (WACQUANT, 2005). Tais circunstâncias afetam claramente as relações familiares e domésticas as quais são tomadas como ambiente propício para a eclosão de episódios de violência.

É necessário esclarecer que em nenhum momento refuta-se que a violência doméstica e familiar contra a mulher seja um problema que necessite de intervenção política e social para minimização de sua incidência, contudo compreende-se que o trato estatal adotado por ser pragmaticamente desassistido de uma série de políticas sociais, acaba por majorar ainda mais o controle social sobre as classes menos abastadas, notadamente não influenciando decisivamente sobre as práticas sociais. Isso decorre do fato de que o direito penal não é apto para proporcionar a defesa mais eficaz dos direitos da mulher porque, conforme assenta Baratta (1987, p. 19), sua intervenção é estruturalmente moldada para tratar sobre conflitos pontuais, ou seja, no momento e lugar da eclosão da violência e não para influir significativamente sob suas causas.

Por conseguinte, a fenomenologia da violência doméstica e familiar, expressa essencialmente sobre o prisma da criminalidade contra a mulher, demonstra ser um problema que, segundo a criminologia crítica, deveria ser primordialmente abordada por outros ramos jurídicos além do direito penal, e principalmente tratada sob a perspectiva das classes dominadas, essencialmente a partir de propostas e práticas com reflexos sociais, econômicos e culturais, tais como políticas públicas moldadas para formular o processo de conscientização masculina e empoderamento social, político e econômico da mulher, sobretudo fomentando condições de igualdade para o desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento Criminológico; 15).
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal: introdução à Sociologia jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- _____. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.
- _____. Principios del derecho penal mínimo - para uma teoria de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal - trad. Francisco Bissoli Filho. In.: **Doutrina Penal** n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987. Disponível em: <<http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20dereito%20penal%20minimo.pdf>>. Acesso em: 27 Abr. 2016.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Lavagem de dinheiro: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes**. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 Jul. 2014.
- _____. **Lei nº 10.886, de 17 de Junho de 2004**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=238764&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em 03 Jul. 2014.
- _____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 01 Abr. 2014.

_____. **Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em 04 Maio 2016.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia.** Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2011.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

JUDT, Tony. **O mal ronda a terra: um tratado sobre as insatisfações do presente.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; MACHADO, Érica Babini Lapa do. O movimento social, o efeito simbólico e a estratégia desperdiçada: para que a Lei Maria da Pena nas relações homoafetivas? Uma contribuição criminológica. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; Borges, Paulo César Corrêa; PEREIRA; Cláudio José Langroiva. (Org.). **Direito Penal e Criminologia.** 1.ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 592-620. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2d16ad1968844a43>>. Acesso em 08 Out. 2016.

MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.). **Democracia, violência e injustiça: o Não-Estado de direito na América Latina.** Tradução de Ana Luiza Pinheiro e Octacílio Nunes. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PASTANA, Debora Regina. Estado Punitivo Brasileiro na Perspectiva da Criminologia Crítica. In.: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: Homenagem a Alessandro Baratta.** – São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica, 2012. p. 175 - 198

PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Violência urbana.** São Paulo: Publifolha, 2003.

PORTELLA, Eduardo. Dilemas e Desafios da Modernidade. **Estud. Av.**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 116-121, dez. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 de abr. de 2016.

WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade: estudos sobre marginalidade avançada.** Tradução de José Roberto Martins Filho et al. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; FASE, 2005.

_____. **As prisões da miséria.** Tradução de André Telles e Maria Luiz X. de A. Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WASELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012.** Caderno Complementar 1: homicídios de mulheres no Brasil. São Paulo: Instituto Sagari, 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf>. Acesso em 27 Ago 2016.

_____. **Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil.** Brasília: Flasco, 2015. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 27 Ago. 2016.

ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à “nova prevenção”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, ano 8, n. 29, p. 167-191, jan-mar/2000.

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: A POSSIBILIDADE DE ESCOLHER QUAL PROCESSO UTILIZAR

PROCEDURAL LEGAL NEGOTIATE: THE POSSIBILITY OF CHOOSING WHICH PROCESS TO USE

Vinicius Silva Lemos¹ | Iury Peixoto Souza²

Resumo: Este artigo tem como objeto de estudo o instituto do negócio jurídico processual, com o foco na sua formação, possibilidades e limites, para o seu impacto diante do novo ordenamento. Delinear o instituto, os seus planos de existência, validade e eficácia, os impactos processuais atinentes a realização e as suas formas típicas e atípicas.

Palavras-Chave: Negócios jurídicos. Convenções processuais. Atipicidade negocial.

Abstract: *This article has as its object of study the institute of procedural legal negotiate, with the focus on their formation, possibilities and limits, for its impact on new procedure law. Outline the institute, their plans for the existence, validity and effectiveness, the procedural impacts relating to implementation and its typical and atypical forms.*

Keywords: *Legal negotiate. Procedural conventions. Atypical forms.*

1 INTRODUÇÃO

Com o advento de um novo ordenamento processual, realidades procedimentais foram alteradas, com impacto no cotidiano forense de toda a comunidade jurídica. A vida processual cível vem sendo alterada para moldar-se ao CPC/2015 e suas novas diretrizes.

Uma das principais novidades do CPC/2015 é a ênfase concedida aos negócios jurídicos processuais, a sua ampliação típica e a positivação da possibilidade de sua atipicidade. Uma nova ordem processual, a possibilidade de convencionar procedimentos e criar um novo processo civil individualizado para cada demanda e cada resolução de conflito, justamente pela vontade das partes.

Este artigo almeja delinear o instituto do negócio jurídico processual no CPC/2015, mediante um estudo geral sobre o negócio jurídico enquanto instituto do direito civil, a intersecção e interação com o direito processual e as nuances do novo regramento.

Objetivo é explanar, mediante uma revisão bibliográfica já existente sobre o assunto, as diretrizes do negócio jurídico processual, a sua conceituação, sujeitos, conteúdo, limites, controles, dentre outros pontos.

2 NEGÓCIO JURÍDICO

O ser humano, organizado em sociedade, realiza atos que detém reflexos jurídicos, com impacto para si, bem como para outros indivíduos. Cada qual pratica, diuturnamente, em sua vida, diversos atos voluntários, quando manifesta sua vontade, ocasionando consequências.

1 Advogado. Doutorando em Direito Processual pela UNICAP/PE. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF/RJ. Especialista em Processo Civil pela FARO. Professor de Processo Civil na FARO e na UNIRON. Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil da Uninter/FAP. Vice-Presidente do Instituto de Direito Processual de Rondônia - IDPR. Diretor Geral da ESA/RO. Membro da Associação Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo - CEAPRO. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil - ABDPC. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPRO. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP.

2 Advogado. Pós-Graduando em Direito Civil e Processo Civil na Faculdade Católica de Rondônia - FCR.

Dessa forma, o negócio jurídico é vinculado ao ato da autonomia privada³, como uma deliberação de cada indivíduo, como uma manifestação real – explícito ou implícita – dessa autonomia, a tão consagrada “declaração de vontade” do indivíduo. Essa seria “a causa determinante da consequência pretendida. Emitida conscientemente pelo agente, precisa ter como fim o nascimento, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica”⁴.

Podemos, de igual maneira, identificar o negócio jurídico como a manifestação por uma autorregulação do indivíduo⁵, a criação de marcos em sua vida, com reflexos jurídicos, econômicos e sociais, com poder inaugurador de produção de efeitos que incidam sobre situações jurídicas dentro do próprio negócio jurídico em que esteja atrelado.

Dessa feita, o negócio jurídico é um conceito lógico-jurídico, integrante da Teoria Geral do Direito⁶. Evidente que o negócio jurídico nasce de um ato jurídico, diferenciando-se pela razão de almejar um efeito determinado, para a produção, teoricamente, específica de um reflexo jurídico imaginado. Importante para a determinação e a diferenciação de um negócio jurídico é a determinação específica do efeito que se vislumbra.

A pretensão de um efeito é o que torna diferente o negócio jurídico do ato jurídico simples⁷.

O indivíduo, ao realizar determinado negócio jurídico, almeja um efeito específico, por isso declara a sua vontade de que aquela situação jurídica aconteça ou possa acontecer de forma entabulada, seja unilateral, bilateral ou plurilateralmente.

O negócio jurídico existe para conceder maior eficácia a aplicabilidade de determinada vontade do indivíduo, que rege, justamente por sua autonomia privada, a sua própria parte e efeitos de vida jurídica.

Uma série de escolhas com reflexos jurídicos.

3 “No pensamento de seus adeptos, a essência do negócio jurídico encontra-se na autonomia privada, isto é, no poder de autorregência dos interesses, que contém a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno. O negócio jurídico seria “norma concreta estabelecida pelas partes.” Tem, na autonomia privada, seu pressuposto e causa geradora, mas, nem por isso, pode ser qualificado como preceito dessa autonomia.” GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rev. atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 215.

4 GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.214.

5 “O negócio jurídico é geralmente identificado, definido ou qualificado como ato de autonomia privada. A autonomia privada, por sua vez, é, em regra, identificada como autodeterminação, autorregulação, autovinculação e, até mesmo, autarquia, sendo definida como um poder criador ou fonte de direito ou, pelo menos, de produção de efeitos que incidam sobre situações jurídicas.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Texto preparado para o I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual e apresentado em Lima, no Peru, novembro de 2014, com acréscimos e adaptações feitas após a sanção e promulgação do novo Código de Processo Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Negócios_jurídicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 20 jan. 2015.

6 Nessa linha de raciocínio: “A noção de negócio jurídico (conceito lógico-jurídico) é pressuposto para compreensão das diversas espécies de contratos, cujos conceitos são jurídicos-positivos” DIDIER JR., Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. Salvador: Juspodivm. 2012. p. 50.

7 “toda declaração de vontade, emitida de acordo com o ordenamento legal e geradora de efeitos jurídicos pretendidos.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 1. Introdução ao Direito Civil: Teoria geral do Direito Civil. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 410.

Esses efeitos e reflexos jurídicos não são, necessariamente, aqueles pretendidos no negócio jurídico realizado, muitos outros reflexos podem nascer de um negócio realizado, mesmo que não se saiba ou não se pretenda determinado efeito jurídico, estes estão determinados na lei ou na própria consequência lógica daquela situação jurídica, somente ocorrendo a devida adequação, ainda que involuntária ou diversa da pretensão da parte, ou dos indivíduos que realizaram tal negócio jurídico⁸.

Portanto, um negócio jurídico é uma declaração de vontade de um ou mais indivíduos que almejam determinados e pretendidos efeitos jurídicos legalmente estabelecidos.

2.1 UNILATERAIS, BILATERAIS OU PLURILATERAIS

O próprio negócio jurídico tem sua subdivisão, de acordo com suas situações de origem, e, de acordo com a vontade impregnada na relação negocial, podendo, dessa maneira, ser manifestada de diferentes formas, seja em negócios jurídicos *unilaterais* ou *bilaterais*.

Partindo da premissa do negócio jurídico é a declaração de vontade de certo indivíduo sobre determinada circunstância, pode-se dizer que tal situação nascida apenas de um indivíduo, como no exemplo de um testamento, decorre de um negócio jurídico *unilateral*. Não há a necessidade de mais de um indivíduo para que exista um negócio jurídico, este pode ocorrer somente com um⁹. Evidentemente que as possibilidades jurídicas dessas espécies de negócios jurídicos são menores do que as bilaterais ou plurilaterais, com efeitos e reflexos jurídicos bem mais limitados e específicos.

Por outro lado, de maneira lógica, o negócio jurídico pode ser bilateral quando duas ou plurilateral quando houver mais ainda, em comum acordo, certifiquem, de forma plena, suas vontades para determinada circunstância convergente, na qual todos querem ser igualmente beneficiados ou até lesados¹⁰ com o acordo. Uma real convenção de pleitos e vontades entre os negociantes, justamente por almejam um resultado comum.

Diante de tal ponto, fora a existência de negócios jurídicos unilaterais, as convenções devem ser imbuídas de anuência de todas as partes, de todos os negociantes¹¹, em qualquer de suas espécies, como os contratos ou convenções.

8 "Os efeitos jurídicos não decorrem da vontade. Todos estão previstos em lei, decorrendo de imputação feita pelas normas aos fatos ou atos. No negócio jurídico, a vontade não cria efeitos; estes estão definidos pelo ordenamento, que pode conferir aos sujeitos de direito algum poder de escolha da categoria jurídica." CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Texto preparado para o I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual e apresentado em Lima, no Peru, novembro de 2014, com acréscimos e adaptações feitas após a sanção e promulgação do novo Código de Processo Civil brasileiro. Disponível em: <[http://www.academia.edu/10270224/Negócios_jurídicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro](http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

9 Apesar de estarmos falando, ainda, sobre o negócio jurídico de modo amplo, sem adstringir-se aos processuais, na seara destes temos o exemplo da desistência do recurso como negócio jurídico processual de cunho unilateral, negócio este que já produz o efeito de transitar em julgado de imediato a decisão outrora recorrida.

10 De certa maneira, as convenções processuais podem ocorrer para retirar ou diminuir direito, como a cláusula de instância única, a condição para realização de atos processuais, diminuição de prazos, dentre outras possibilidades.

11 "Os negócios jurídicos bilaterais costumam ser divididos em contratos, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e acordos ou convenções, quando as vontades se unem em interesse comum. Não se nega a possibilidade teórica de um contrato processual, mas é certo que são mais abundante os exemplos de acordos ou convenções processuais." DIDIER JR, Fredie. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Curso de Direito Processual Civil. 17ª ed. Jus Podivm. Salvador. 2015. V.1, p. 378.

2.2 PLANO DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E DE EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

O negócio jurídico, para ser completo, tem de cumprir os seus pressupostos no campo da existência, validade e eficácia¹².

O *plano da existência* cumpre a necessidade de que os elementos mínimos de um negócio jurídico, aqueles inerentes à sua constituição estejam presentes. Em relação a validade, os negócios jurídicos são enquadrados por premissas legais para ser válido, com a plenitude de seus requisitos básicos.

Existe uma cadeia lógica do negócio jurídico, os planos de existência, validade e eficácia são interligados entre si, com um desencadear lógico consequencial.

Não há como ter validade e eficácia sem ter a sua existência, tampouco há como ter eficácia sem ter uma validade. Não somente são interligados, mas tem uma forma consequencialmente, sem cumprir o plano anterior, não há que se falar do cumprimento do plano posterior.

Primeiro o negócio jurídico deve ser dotado de existência, com a possibilidade da análise sobre a sua validade e, por último, com a verificação de sua eficácia.

É uma sequência.

Nesse plano de existência, anterior ao de validade, como veremos, há a necessidade, no negócio jurídico, da presença das partes – ainda que seja somente uma delas, a manifestação/declaração de uma vontade, a existência de um objeto para ser negociado e a formalidade desse negócio – escrito ou não escrito¹³.

A conjunção de todos estes fatores perfazem o plano de existência do negócio jurídico. Obviamente, o plano de existência tem uma linha tênue com a validade, já que os requisitos são próximos, entretanto, diferentes, como no caso das partes, a existência de partes é necessário, mas para o negócio ser válido, devem ter a capacidade civil. Sem as partes, não há negócio jurídico, restando como inexistente. Todavia, com uma das partes sendo incapaz, por exemplo, há existência, todavia talvez não haja validade.

O Código Civil não trouxe uma deliberação específica do que seria o plano de existência, entretanto, o faz no tocante ao plano da validade, quando estipula o art. 104¹⁴ do CC, a necessidade do negociante ter capacidade civil plena para que seja tido como válido¹⁵. O objeto, ainda, deve ser lícito e determinável.

Além desses requisitos de validade, há a “forma prescrita ou não defesa em lei” daquele negócio jurídico, ou seja, o conteúdo não pode estar proibido em lei. Não há nenhuma necessidade da previsão legal, apesar de ser mais fácil de identificar o objeto da negociação e sua forma quando há estipulação legal, contudo o importante é não haja nenhuma proibição. Basta, portanto, que não seja proibido em lei para que seja válido.

Tomando esses pressupostos, Bandeira elencando os requisitos do negócio jurídico para a sua validade, como forma conjuntiva da mesma com a existência, elencando que o negócio jurídico necessita da “declaração que constitui um negócio jurídico deve ser (a) resultante de vontade, (b) escolhida com liberdade, (c) querida com consciência da realidade e (d) deliberada sem má-fé¹⁶”.

12 Seria a declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelo agente. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.1, p. 361.

13 Sobre os negócios jurídicos processuais, há a necessidade, pela própria formalidade do ato, que seja escrito, de modo mais restrito, portanto, aos negócios jurídicos gerais.

14 Código Civil - Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

15 No tocante aos negócios jurídicos processuais, a capacidade será analisada no plano de sua viabilidade processual, mais ampla e postulatória, mais específica, contudo com a visão de que ambas devem estar presentes para, nessa espécie de negócio, ser possível.

16 BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. O papel do juiz no controle dos negócios jurídicos processuais e o art. 190 do novo código de processo civil. Revista da seção Judiciária de Pernambuco. V.8, ano 2015, p. 39.

Após a existência e sua validade, o negócio jurídico passa a ser analisado pelo prisma da eficácia, não ficando atrelada necessariamente validade.

Um negócio jurídico, pode, por exemplo, ser válido, porém ineficaz¹⁷. A análise da eficácia é posterior à da validade, todavia totalmente independente. Seguindo a ordem proposta por Pontes de Miranda, Bandeira dispõe “há uma ordem preferencial para análise do negócio jurídico. Analisa-se primeiro a existência, depois a validade, e, por fim, a eficácia. Todavia, às vezes, dá-se o caso de um inválido não receber sanção de nulidade. Assim produz efeitos, embora nulo¹⁸.”

O plano da eficácia realiza a análise das consequências que aquele negócio – já visualizado como existente e válido – traz ao mundo jurídico, quer seja os reflexos almejados ou, ainda, aqueles que são acidentais.

Com a existência e a validade, o negócio jurídico passa a produzir efeitos pertinentes aquele ato. Entretanto, se analisar um negócio jurídico, mesmo eivado de alguma nulidade pode, ainda, produzir efeitos¹⁹. Um exemplo, no direito material, seria o casamento putativo, que mesmo sendo inválido, produz efeitos para terceiros, se realizado em boa-fé.

De igual maneira veremos mais a frente que, na seara processual, os atos eivados de invalidade devem ser resguardados, caso não causem prejuízo.

3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: UMA NOVIDADE?

O CPC/2015 trouxe em seu bojo, no art. 190²⁰, o regramento da chamada cláusula geral de convenção processual pelas partes, os chamados *negócios jurídicos processuais*²¹. Uma permissão legal de inserir o direito processual no rol das possibilidades de autonomia das vontades privadas das partes.

É um poder geral de negociação processual, desde que limitados aos requisitos elencados pelo art. 190 – ônus, poderes, faculdades e deveres processuais – e somente naqueles processos com partes plenamente capazes e com objetos totalmente passíveis de autocomposição, primando-se pela equidade e boa-fé. Há um autorregramento da vontade, contudo o negócio jurídico processual esbarra em limitações preestabelecidas pelo ordenamento jurídico, como sucede em todo negócio jurídico²².

A inserção de tal instituto perfaz uma liberdade nunca dantes vista processualmente, com uma importância maior para as partes, que poderão escolher o seu modo processual, a sua forma procedimental, bem como um evidente aumento da importância também da salvaguarda do profissional do direito –

¹⁷ Sobre a eficácia nos negócios jurídicos processuais, estes podem ser, por exemplo, válidos e eficazes, válido e ineficazes, inválido e ineficazes. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 176.

¹⁸ BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. O papel do juiz no controle dos negócios jurídicos processuais e o art. 190 do novo código de processo civil. Revista da seção Judiciária de Pernambuco; V. 8, ano 2015. p. 41.

¹⁹ “O negócio é juridicamente nulo, mas o ordenamento jurídico não pode deixar de levar em conta efeitos materiais produzidos por esse ato. Isso é verdadeiro tanto em relação aos atos nulos como em relação aos atos anuláveis.” VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil (Parte geral). São Paulo: Atlas, 2001.

²⁰ CPC/2015 – Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

²¹ A conceituação dada por Cabral é pertinente para explicar o negócio jurídico processual, com a ênfase ao intuito de alterar o procedimento, ao menos minimamente. “Negócio jurídico processual é o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica. São, em geral, declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais, ou alterar o procedimento.” CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 49.

²² NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 251.

do advogado²³ – na proteção dos interesses do seu cliente, ainda mais que essas cláusulas poderão ser realizadas tanto durante o processo, quando já há a representação da parte pelo seu advogado, quanto antes do processo, pela possibilidade da pactuação processual ser de maneira anterior a existência de um processo.

Tal positividade é um ode ao autorregramento, a liberdade de escolha das partes, dos indivíduos enquanto cidadãos que realizam negócios jurídicos a todo momento, podendo agora incluir em qualquer contrato, as cláusulas de como almejam discutir isso em juízo, com a liberdade de escolha²⁴.

Evidente que tal regramento positivado trouxe um maior interesse pela doutrina pela sua existência, todavia vale a pergunta: o negócio jurídico processual é uma novidade trazida pelo novo ordenamento?

A resposta evidente que é negativa.

O CPC/2015 somente insere uma cláusula geral de regramento processual em hipóteses atípicas, contudo, de modo específico, o CPC/73 já previa negócios jurídicos processuais em seu bojo, bem como outras leis esparsas também definiam como possíveis os negócios jurídicos envolvendo matéria processual.

Dessa forma, o princípio do autorregramento, em decorrência do negócio jurídico processual, já existia em nosso ordenamento, não²⁵ podendo falar de qualquer novidade legislativa do CPC/2015 no intuito de instituir o negócio jurídico dentro da seara processual. Por outro lado, o que ocorreu no novel ordenamento foi a inserção de um maior grau de protagonismo da autonomia da vontade, dada a própria amplitude e alcance do art. 190. Há, portanto, uma maior liberdade da escolha de qual negócio jurídico processual realizar-se, sem ater-se aos existentes, com a possibilidade criativa imensa para moldar o processo à realidade das partes.

Há, reconhecidamente, um novo paradigma processual, como uma possibilidade ampla e livre para uma deliberação entre as partes de como serão os trâmites processuais quanto aos seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

O cuidado com a utilização dos negócios jurídicos processuais é imenso, com a necessidade de um novo entendimento, uma nova relação de estudo sobre o instituto, justamente para o detalhamento sobre o mesmo e a devida utilização, dentro dos parâmetros da boa-fé e equidade. Por isso a pertinência da matéria objeto desse estudo.

3.1 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO CPC/73

Quanto ao CPC/73, o art. 158 já delimitava a existência dos negócios jurídicos processuais, estipulando que “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.”

23 O próprio profissional do direito – o advogado – deve entender a possibilidade negocial processual como um novo modo de atuar juridicamente, uma nova realidade dentro da função da própria profissão, seu próprio labor.

24 “[...] o sistema jurídico, ao estabelecer o conteúdo das relações jurídicas, pode: (a) regulá-lo exaustivamente, em caráter cogente, não deixando à vontade qualquer margem, ou (b) permitir que a vontade negocial escolha, dentre as espécies, variações quanto à sua irradiação e a intensidade de cada uma. Na hipótese a, deixa-se livre à vontade somente a escolha da categoria negocial, sem autorização quanto à estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica respectiva. Em b, admite-se a escolha da categoria negocial e concede-se o poder de estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica, cuja amplitude é variável. Não se permite, em nenhuma hipótese, a criação voluntária de efeitos que não estejam previstos ou, ao menos, admitidos pelo sistema.” MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 225.

25 “O modelo já é bastante utilizado nas arbitragens comerciais em que, a despeito dos regulamentos das Câmaras de Arbitragem fixarem alguns prazos e procedimentos, as partes, juntamente com os árbitros, celebram um cronograma provisório em que fixam os prazos para apresentação das alegações iniciais, contestação, réplica e, por vezes, já fixam matérias atinentes à produção das provas e, até mesmo, o eventual fatiamento do julgamento.” LIMA, Flavio Pereira. Reflexões sobre o novo CPC: O negócio jurídico processual, pré-processual. Disponível em: <<http://jota.info/reflexoes-sobre-o-novo-cpc-o-negocio-juridico-processual-pre-processual>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

Com essa previsão no próprio código, os negócios jurídicos processuais, evidentemente, eram positivos e possíveis, contudo sem uma visão sobre uma atipicidade, como uma aceitação de incidência somente em hipóteses delimitadas em lei, seja na forma material, como uma norma civil com reflexos processuais, seja no próprio ordenamento processual, com algumas situações.

Diante da interpretação do art. 158 revogado e do entendimento do direito processual como público e com um mínimo de disponibilidade, o poder, no ordenamento revogado, das partes negociarem era visto e aceito somente dentro das permissões legislativas, não abrindo uma liberdade para tergiversar o direito processual, apesar de já possível, ao menos nas hipóteses positivadas, de realizar tal negociação²⁶. Por tal prisma, muitos autores simplesmente não aceitavam a existência de negócios jurídicos processuais, mas somente estipulações previstas em lei que concediam poderes das partes exercerem escolhas baseadas na própria vontade legal²⁷.

De modo diverso, pela existência de uma possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, ainda no CPC/73, com base justamente na legitimação existente pelo art. 158, Tucci entendia por sua aceitação²⁸.

Não somente o art. 158 do CPC/73 que perfazia a possibilidade do negócio jurídico processual, mas uma diversidade de normas que positivavam uma série de tipicidades legais que permitiam a existência de um ato negocial que influenciava no prisma processual – materiais com reflexos processuais.

Outras normas, além do CPC, como o Código Civil, a Lei de Arbitragem, o Código de Defesa do Consumidor, dentre outras, tinham possibilidades legais de tergiversação da norma processual, o que aponta a entendermos o negócio jurídico realizado pelas partes com cunho processual como um instituto antigo, com limitações evidentes na legislação anterior, mas com existência latente, ainda que pouco utilizado e esquecido, seja pela prática ou pelo estudo doutrinário, relegado, então, a um plano menor de importância, o que radicalmente se altera com a chegada de sua regulamentação mais ampla no CPC/2015.

²⁶ Texto visionário do Prof. Barbosa Moreira. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenção das partes sobre Matéria Processual*. Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

²⁷ "Na doutrina brasileira, muitos não tratam do tema, deixando de examinar a existência dos negócios jurídicos processuais. Há, entretanto, os que se manifestam contrariamente à existência dos negócios jurídicos processuais. Para Cândido Rangel Dinamarco, não é possível considerar a existência de negócios jurídicos processuais, pois os efeitos dos atos processuais resultariam sempre da lei, e não da vontade. Os atos processuais das partes não teriam o efeito da livre autorregulação, que é própria dos negócios jurídicos, justamente porque os efeitos são impostos pela lei. De igual modo, os atos do juiz não teriam o efeito da livre autorregulação, já que ele não dispõe para si, nem pratica atos no processo com fundamento na autonomia da vontade, mas no poder estatal de que é investido. Para Dinamarco, negócio jurídico seria ato de autorregulação de interesses, firmado no princípio da autonomia da vontade; todo negócio jurídico pressupõe, para ele, que seus efeitos sejam, exata e precisamente, aqueles que as partes querem, o que não ocorre no processo, pois a lei estabelece as consequências dos atos praticados no processo, sem conferir qualquer margem de intervenção às partes. Este também é o entendimento de Alexandre Freitas Câmara, para quem não existem negócios jurídicos processuais, exatamente porque os atos de vontade praticados pelas partes produziram no processo apenas os efeitos ditados pela lei. No mesmo sentido, Daniel Francisco Mitidiero também entende que não existem negócios jurídicos processuais, "uma vez que todos os efeitos possíveis de ocorrência em virtude de atos dos sujeitos do processo já estão normados (ou normatizados) pela legislação". Vicente Greco Filho não menciona a existência de negócios jurídicos processuais, dando a entender que não os admite. Refere-se apenas a fatos e atos jurídicos processuais, destacando que não são atos processuais os "... negócios jurídicos que, a despeito de poderem ter consequências no processo, não têm por finalidade a produção de efeitos processuais, por exemplo, a alienação da coisa ou do direito litigioso, que tem influência no processo (v. art. 42), mas a vontade que a determinou não era diretamente dirigida à relação processual". Seguindo ele, esses negócios jurídicos são, para o processo, meros fatos, seguindo aqui a opinião de Liebman, secundada por Cândido Rangel Dinamarco." CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. Texto preparado para o I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual e apresentado em Lima, no Peru, novembro de 2014, com acréscimos e adaptações feitas após a sanção e promulgação do novo Código de Processo Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Negócios_jurídicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 20 jan. 2015.

²⁸ "Há negócios jurídicos processuais em razão do disposto nesse art. 158 do CPC. Os atos das partes podem criar, modificar e extinguir situações jurídicas, com efeitos imediatos, salvo a desistência da ação, cuja eficácia depende de homologação judicial. Elenca vários negócios processuais típicos e afirma que eles podem ser unilaterais e bilaterais, concluindo que a inércia do litigante pode também gerar a efetuação de um negócio jurídico processual, a exemplo da anuência implícita do réu quanto à desistência da ação, manifestada depois de apresentada a contestação." TUCCI, José Rogério Cruz. *Negócio jurídico processual*. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 54, p. 190-192.

3.2 NEGÓCIO JURÍDICO TÍPICO

O negócio jurídico, como já vimos, é produto da autonomia privada ou da autorregulação de interesses, implicando liberdade de celebração e de estipulação. Isso não impede que a legislação fixe determinadas espécies de negócios. Nesse caso, tem-se um tipo previsto em lei, estando nela regulado.

É o chamado o negócio jurídico típico, sendo dispensável o esforço da(s) parte(s) na sua regulação. A regulação, em determinados casos, já está estabelecida em lei, criando assim, uma tipicidade daquela hipótese. As partes, ao utilizarem destas possibilidades, somente negociam para a sua utilização, sem grandes deliberações sobre a sua formatação, dado o fato da norma já estipular a existência e viabilidade de tal possibilidade.

Mesmo no CPC/2015, essas hipóteses legais com clara determinação e especificação da possibilidade de negociação continuam e são ampliadas, bem como continuam outras possibilidades impostas por leis esparsas que influenciam a esfera processual.

Um negócio jurídico processual realizado com base numa tipicidade preexistente, torna mais fácil a sua visualização – mediante a existência e a validade presente – sobre o enquadramento dos limites colocados no art. 190, quando dispõe que devem versar sobre “ônus, poderes, facultades e deveres processuais,” se a própria lei estipula como possível determinado negócio em certa situação, tipificando-o, há uma maior facilidade de aceitação deste dentro do processo, diante da utilização pelas partes.

Dessa forma, tanto no ordenamento revogado, quanto no novel, a norma se esforçou para estabelecer possibilidades evidentes de negócios jurídicos processuais – os típicos.

3.2.1 Negócios jurídicos típicos presentes no CPC/73

O art. 158 do CPC/73, como já vimos, era uma cláusula que permitia alguns atos processuais serem negociados, como um acordo das partes que gerasse a renúncia de um direito de recorrer ou da realização de algo ato – como a produção de uma prova. Contudo, ainda no CPC/73, além do citado artigo, haviam outros atos estipulados de forma tipificada, em que se permitia que as partes pudessem negociar o processo, ainda que de forma tímida.

Um exemplo era o disposto no art. 18129 do CPC/73, onde as partes podiam negociar os prazos dilatórios – aqueles que não são peremptórios – com total liberdade, desde que o fizessem antes do vencimento do mesmo. Outro exemplo, no art. 40, § 2º do CPC/73, quando as partes podiam, em comum acordo, firmar uma deliberação sobre a retirada dos autos de cartório, mesmo em prazo comum. Essas possibilidades de negócios, apesar de incomum, sobre os prazos – seja os dilatórios ou os comuns – já eram possíveis no CPC/73, por mais que houvesse uma quase inaplicabilidade pela pouca utilização.

Uma hipótese mais real e utilizada estava no art. 26531 do CPC/73, com a permissão das partes, em comum acordo, suspenderem o processo, sem motivar para o juízo as razões de tal desiderato, simplesmente a convenção para ambas as partes de que seria interessante paralisar o processo por determinado prazo. Um autêntico acordo ou convenção processual.

Outra hipótese bastante utilizada é a eleição de foro, por meio de contrato anterior à demanda, baseando-se na dicção do art. 11132 do CPC/73.

29 CPC/73 – Art. 181. Podem as partes, de comum acordo, reduzir ou prorrogar o prazo dilatatório; a convenção, porém, só tem eficácia se, requerida antes do vencimento do prazo, se fundar em motivo legítimo.

30 CPC/73 – Art. 40. O advogado tem direito de: [...] § 2º Sendo comum às partes o prazo, só em conjunto ou mediante prévio ajuste por petição nos autos, poderão os seus procuradores retirar os autos, ressalvada a obtenção de cópias para a qual cada procurador poderá retirar-lhes pelo prazo de 1 (uma) hora independentemente de ajuste.

31 CPC/73 – Art. 265. Suspende-se o processo: [...] II - pela convenção das partes;

32 CPC/73 – Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações. § 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. § 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

Importante hipótese já existente no nosso direito era a possibilidade de convenção de negociação do ônus da prova, prevista no art. 333, parágrafo único³³, do CPC/73, quando não se estipulava claramente a negociação, mas a invalidação de algumas hipóteses em que a negociação era realizada. Desse modo, se o ordenamento previa a invalidação em determinadas hipóteses de negociação, de maneira inversa, autorizava a convenção de modo geral, quando não ocorre nenhuma daquelas hipóteses³⁴.

Não somente estes exemplos, mas muitos mais existiam no ordenamento processual, quando as partes tinham certa autonomia para deliberar sobre o processo.

Importante, de igual forma, lembrar que vários negócios jurídicos processuais são unilaterais e, evidentemente, eram possíveis também, como a desistência – seja do processo, de um prazo ou de um recurso – ou, ainda, a própria renúncia do direito da demanda ou direito de recorrer, sem a necessidade da deliberação da outra parte, no caso da renúncia. Todos estes autênticos negócios jurídicos processuais unilaterais.

O CPC/2015, além de reeditar vários negócios jurídicos processuais insertos do ordenamento anterior, aumentou em larga escala a tipicidade da negociação jurídica processual, com uma amplitude maior de possibilidades processuais³⁵, como podemos citar algumas novas possibilidades extraíveis do ordenamento: adiamento da audiência de conciliação ou mediação; escolha consensual do perito³⁶; a possibilidade de convenção probatória³⁷; eleição de foro; escolha da liquidação; dentre outros.

33 CPC/73 – Art. 333. O ônus da prova incumbe: [...] Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

34 Essa talvez era a maior cláusula aberta de negociação no ordenamento anterior. Sobre tal ponto, o trabalho de Godinho é essencial para estudo. GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

35 "O novo CPC brasileiro mantém vários dos negócios jurídicos típicos previstos no atual CPC. Realmente, há, no novo CPC, da mesma forma que existem no CPC/1973, negócios processuais típicos. As partes podem eleger o foro competente (NCPC, art. 63), convenionar a suspensão do processo (NCPC, art. 313, II), negociar o adiamento da audiência (NCPC, art. 362, I), acordar sobre a distribuição diversa do ônus da prova (NCPC, art. 373, §§ 3º e 4º), convenionar que a liquidação da sentença seja por arbitramento (NCPC, art. 509, I)." CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Texto preparado para o I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual e apresentado em Lima, no Peru, novembro de 2014, com acréscimos e adaptações feitas após a sanção e promulgação do novo Código de Processo Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Negócios_jurídicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 20 jan. 2015.

36 No mesmo sentido, com a possibilidade de convenção: "O Novo CPC, ao adotar expressamente a possibilidade de as partes firmarem negócios jurídicos processuais e amoldarem o procedimento com o objetivo de garantir maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional e à resolução do mérito da controvérsia, permite que as partes conjuntamente escolham o perito." NASSER, Paulo Magalhães. Comentário ao art. 471. CABRAL, Passo, A. D. CRAMER, (orgs.), R. (06/2016). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2. edição. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>>. Acesso em: 10 dez. 2017. Em sentido diverso, Marinoni, Arenhart e Mitidiero entendem que essa convenção processual sobre a nomeação do perito é possível, contudo com a devida necessidade de análise pelo juízo. Um ponto diverso do que defendemos, mas importante de delinear: "embora o texto legal sugira a interpretação de que o juiz não possa recusar essa indicação, essa não é, evidentemente, a melhor interpretação ao preceito. A uma, porque os acordos processuais estão sempre sujeitos à análise judicial (art. 190, § parágrafo único, CPC). A duas, porque a perícia consensual não inibe o poder instrutório de ofício do magistrado, que sempre poderá determinar a produção das provas que entender necessárias, inclusive a pericial (art. 370, CPC). A três, porque ainda que entendida como obrigatória essa indicação, isso jamais poderia impedir o juiz de determinar a realização da segunda perícia (art. 480, CPC), caso em que, inequivocamente, teria discricionariedade para a nomeação do perito de sua escolha. A quatro, porque o juiz é o destinatário último da prova, sendo irracional que se lhe imponha, sem possibilidade de rejeição, perito ou perícia que não goza de sua confiança. Por tudo isso, é de se concluir que a perícia consensual, mesmo dependendo da capacidade plena das partes e da disponibilidade sobre o interesse, ainda assim está sujeita à análise judicial, podendo o juiz rejeitar o perito indicado pelas partes, nomeando outro de sua confiança". MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2. Ed. RT. 2016, p. 556.

37 "As partes podem realizar negócio jurídico processual para convenionarem sobre o ônus da prova, redistribuindo contratualmente o ônus sobre a comprovação dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos." DUARTE, Zulmar. Comentário ao art. 373. Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017, p. 111.

4 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO CPC/2015

O negócio jurídico processual evoluiu para uma nova realidade, diante do novel ordenamento processual, dada a ampla visão, nos negócios típicos e na cláusula geral de atipicidade negocial, para diante da vontade das partes, escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento vigente, certas situações processuais³⁸.

A abertura da negociação processual e a quebra do paradigma de que o processo é um direito público inegociável é um caminho sem volta diante das diretrizes do CPC/2015. A novel realidade permite que as partes possam, nos moldes do especificado em lei, negociar livremente o processo, o que podemos entender como uma consequência do próprio princípio da cooperação inserto do art. 6º³⁹ do CPC/2015.

Dessa maneira, há um protagonismo processual maior das próprias partes, com a liberdade de escolha sobre diversos pontos inerentes ao rito procedimental, com caminhos a serem seguidos em que as partes têm poder de negociação, de consensualidade. Uma mudança paradigmática para possibilitar uma responsabilidade maior às partes, justamente diante desse viés de um processo cooperativo, para fazê-las maiores protagonistas e responsáveis pelo andamento processual, pela duração do processo e seu desenrolar.

Sai de cena a forma passiva da atitude das partes no processo para um mecanismo ativo, com ampla possibilidade negocial, com uma melhor visualização da responsabilidade processual destas diante da própria resolução do conflito ali existente.

Entretanto, se a ênfase ao negócio jurídico é tema importante do CPC/2015, com as novas já citadas tipicidades, por outro lado, o realmente impactante na nova realidade processual brasileira, é uma inserção do art. 190, a cláusula geral de negociação processual entre as partes, com liberdade ampla dentre as possibilidades de se relativizar e acordar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais⁴⁰. Uma grande alteração diante da cultura da visão do processo como público, abrindo um viés de direito privado, um respeito à vontade das partes em decidir sobre o procedimento de sua demanda, sobre como querem que o seu processo caminhe.

Uma real mudança conceitual sobre o processo⁴¹.

Essa nova visão modifica todo o quadro sobre o processo civil brasileiro, cada qual poderá, nos moldes do artigo 190, ajustar o processo para sua vontade ou sua comodidade, desde que acordado com a outra parte e diante de atitudes de boa-fé. Nesse ínterim, pode-se dizer que o “artigo 190 do NCPC dá relevo à autonomia privada e ao controle judicial da vontade”⁴².

38 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. 1. Ed. Salvador: Jus Podivm. 2016. p. 152.

39 CPC/2015 – Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

40 “O caput do art. 190 do CPC é uma cláusula geral, da qual se extrai o subprincípio da atipicidade da negociação processual. Subprincípio, porque serve à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo [...] Dessa cláusula geral podem advir diversas espécies de negócios processuais atípicos. [...] O negócio processual atípico tem por objeto as situações jurídicas processuais – ônus, faculdade, deveres e poderes (“poderes”, neste caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos).” DIDIER JR, Fredie. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Curso de Direito Processual Civil. 17. ed. Jus Podivm. Salvador. 2015. V.1. p. 380.

41 “Ditas novidades romperam com o sistema do Código de 1973, ao se basearem em mudança de paradigma que deve gerar, obrigatoriamente, consequências e conclusões diversas daquelas com as quais o operador do Direito estava acostumado até então. É absolutamente essencial que o intérprete altere, inteiramente, suas premissas, sob pena de esvaziar o potencial e o alcance dessa nova sistemática, o que resultaria em interpretação claramente *contra legem*.” REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de um rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. Revista Dialética de Direito Processual n. 149, agosto/2015, p. 9/16 São Paulo: Dialética, 2015. p. 15.

42BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. O papel do juiz no controle dos negócios jurídicos processuais e o art. 190 do novo código de processo civil. Revista da seção Judiciária de Pernambuco; V.8, ano 2015, p. 41

Importante não confundir o negócio jurídico processual com o negócio jurídico de autocomposição, do acordo sobre o objeto material daquela demanda. O que se almeja possibilitar com essa janela negocial é uma nova visão processual para as partes, para os indivíduos, uma quebra de nuances de imposição processual, com uma nova realidade diante de uma demanda. A ampla liberdade de escolha pelas partes de como seu processo caminhará.

A conjunção de uma nova sistemática negocial do CPC/2015 passa pela conjunção de maiores quantidades de negócios jurídicos processuais tipificadas no ordenamento, bem como uma cláusula geral de negociação atípica, com a possibilidade ímpar de estipular a vontade das partes, com a criação de novos pontos processuais, como bem preconiza o enunciado n.º 257 do FPPC, quando dispõe que o “art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.”

O processo civil ganha uma nova amplitude, abrindo uma porta para em cada processo – desde que com partes capazes e direito passível de autocomposição – as partes criarem um novo direito processual, aquele para ser chamado de seu⁴³.

4.1 O ART. 190 DO CPC/2015: CLÁUSULA GERAL DA ATIPICIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Sem ser uma novidade do CPC/2015, o negócio jurídico processual ganhou uma nova ênfase, justamente pela cláusula geral criada pelo art. 190.

A própria inserção de um artigo como este no ordenamento, altera o *status quo* processual, amplia às partes a maneira de visualizar o processo, simplesmente por representar “uma espécie de norma geral de autorização dos negócios jurídicos de caráter processual, vale dizer, serve de autorização geral para que as partes pactuem, observadas as condições estipuladas no artigo em referência, negócios jurídicos que reflitam no processamento da ação⁴⁴.”

Esse artigo representa uma nova ótica processual, a possibilidade ampla de tergiversação processual pelas partes, para uma adequação à realidade jurídica que almejam. Por exemplo, se as partes querem um processo mais moroso, com uma fase de conhecimento detalhada ao extremo, com prazos mais longos, possibilitando um excessivo trâmite processual diante da complexidade do direito material discutido, podem, via um negócio jurídico processual, assim convençionar. Não há nenhum problema, justamente por terem essa autonomia, desde que versem mudanças procedimentos que alcancem somente seus ônus, poderes, faculdades e deveres, sem interferir na atividade jurisdicional ou impô-la qualquer alteração.

Se a negociação em nada impactar a atividade jurisdicional, esta será totalmente lícita e plausível, com a ampla liberdade das partes pactuarem sobre o andamento processual sob a égide do que entendem como correto para a resolução daquela demanda.

O processo serve ao direito material ali discutido, com a possibilidade das partes, no que for pertinente a elas, negociar e escolher livremente o processo sobre qual a sua demanda transcorrerá.

Todavia, para o devido estudo e entendimento do art. 190 e a sua amplitude, há a necessidade de compreender toda o seu alcance, as diretrizes e requisitos para a realização de tal composição, bem com os limites existentes na própria norma, viabilizando a própria atipicidade contratual.

43 TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

44 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015. p. 353.

4.2 OS REQUISITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: DIREITO PASSÍVEL DE AUTOCOMPOSIÇÃO; CAPACIDADE DOS NEGOCIANTES; DELIBERAÇÃO SOBRE ÔNUS, PODERES, FACULDADES E DEVERES PROCESSUAIS; BOA-FÉ E EQUIDADE

A própria regra disposta no art. 190 delimita os requisitos para a convenção negocial processual. Apesar dos negócios jurídicos convencionais serem manifestações da vontade das partes, como um autêntico *pacta sunt servanda*, ainda assim, devem ter limites para a sua realização, seja para a sua própria existência e validade, com a posterior eficácia. Essa limitação está presente em quatro requisitos: direito passível de autocomposição; capacidade dos negociantes; objeto negociado sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais; boa-fé e equidade.

A ausência de qualquer uma desses requisitos importa em uma invalidade do próprio negócio jurídico, com a impossibilidade de eficácia do mesmo. Não adianta a parte ser capaz e realizar um negócio jurídico sobre direito indisponível, tampouco há possibilidade se houver uma convenção processual sobre direito disponível e não existir capacidade para tanto. A conjunção dos requisitos devem ser em sua plenitude, para, no plano de validade, serem contemplados plenamente e, consequencialmente, concederem efeitos processuais àquela demanda.

Analisaremos os requisitos separadamente. Para que o negócio seja possível, o direito a ser negociado deve ser passível de autocomposição. Entretanto, qual o objeto que deve conter a possibilidade de autocomposição? O objeto do direito material ou do direito processual? Importante questionamento para saber-se os limites para a negociação e crucial para o entendimento sobre negócio jurídico processual.

A princípio pergunta sobre esse ponto: qual o objeto do negócio? O objeto negocial? É o processo ou procedimento, nunca o direito material⁴⁵. O que se cumpre a negociar é o justamente a alterabilidade da norma processual, criando um novo sistema para determinada relação, sem a necessidade de que o direito de fundo, o mérito da demanda seja negociável. Há, portanto, um desatrelamento entre o direito material e o processual, principalmente no tocante a essa possibilidade de autocomposição.

Dessa feita, o direito passível de autocomposição deve ser o processual, não o material. Esse é ponto crucial para o próprio entendimento do que se negocia.

Posteriormente, a capacidade para o negócio jurídico deve ser plena e de ambas as partes, não podendo conceber uma negociação processual parte relativamente incapaz, ainda que bem representada em juízo. Não há essa autonomia, depende totalmente da capacidade para o ato, sem cumprir esse requisito, não há que se falar em validade do negócio jurídico.

Isso é o que se dispõe o art. 190, como já vimos, com o brocardo “plenamente capaz”, o que nos leva a entender a capacidade no tangente a interpretação civil. Todavia, é possível que um menor incapaz, devidamente representado em juízo, não possa realizar um negócio jurídico processual? Essa questão é pertinente e a resposta não é das mais simples. Na leitura inicial do teor do art. 190 não há como pensar nessa possibilidade, contudo devemos imaginar que a visão que se subtrai dali seja uma capacidade atrelada ao processo, ao fato de estar ali, com a viabilidade de litigar, o que ensinaria, de igual e consequencial maneira, a capacidade para negociar processo.

Após contemplar os requisitos da capacidade e do direito passível de autocomposição, o negócio jurídico processual deve ater-se aos limites materiais impostos pelo próprio art. 190, versando sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres das partes. Com isso, mesmo que altere o procedimento⁴⁶, deve fazê-lo nos limites possíveis para tal desiderato, dispondo de seus próprios direitos e deveres, sem adentrar nos limites da atuação jurisdicional e de outros atores processuais.

45 Enunciado n.º 135 do FPPC: A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

46 Enunciado n.º 257 do FPPC: O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Enunciado n.º 258 do FPPC: As partes podem convençionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa.

Uma convenção que imponha deveres à atuação jurisdicional, alterando não somente o procedimento atinentes às partes, mas influenciando o *modus operandi* do juízo, não deve ser validado, justamente por ultrapassar os seus limites materiais de conteúdo⁴⁷.

No entanto, pertinente entender que esse ponto é *dúbio* e traz consigo uma grande complicação. As partes somente podem negociar os seus *ônus*, poderes, faculdades e deveres, como já vimos, e, com isso, não devem negociar esses mesmos pontos sobre o que os outros atores realizam no processo, contudo são conceitos e possibilidades estanques e *incomunicáveis*? Essa questão é crucial. As partes quando negociam prazos – para aumentá-los ou diminuí-los – por maneira transversa e consequencial, impactam a atividade jurisdicional, mesmo que não tenham negociado esse modo.

O que não pode ocorrer são negócios jurídicos processuais entre as partes que imputem condições processuais diretas a outros atores, contudo ao convencionarem, inequivocadamente, alteram o trabalho judicante. Um exemplo seria a escolha consensual do perito, uma vez realizada e possível, o juízo não realizará tal ato. As partes ao convencionarem não entenderam por retirar do juízo tal poder, mas em determinarem, de comum acordo, tal ponto. Logo, o fato do juízo ser impedido de nomear outro perito é uma consequência lógica desse ponto.

Outro ponto pertinente é a vedação ao abuso, para não causar vulnerabilidade entre as partes, o que o próprio parágrafo único do art. 190 expressamente veda, para que não haja um desequilíbrio entre as partes.

Qualquer abuso e desproporção é motivo de invalidação da convenção.

Desse modo, para que os negócios sejam possíveis as partes devem realizar novas condições processuais diante de uma *boa-fé* processual e de uma equidade, sem uma condição de vulnerabilidade entre as partes, tanto na sua qualidade e poder negocial, quanto ao teor da própria convenção. Por exemplo, um negócio que somente impõe condições recursais novas a uma das partes e a outra não, torna o processo diverso e, nesse caso, desigual, vulnerável e com latente *má-fé*.

As partes devem negociar em igualdade, com a liberdade convencional plena para que não haja abusos de nenhum dos lados, tampouco *prejuízo*, o que levaria a invalidade do próprio negócio jurídico realizado.

Com a presença de todos os requisitos de validades do negócio jurídico processual e apresentado ao processo, este, em regra, já produz efeito imediatamente.

4.3 OS LIMITES DE CONTEÚDO PARA OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Diante da possibilidade ampla da negociação processual, muito além daquelas hipóteses tipificadas no ordenamento, a pergunta que continua latente e pertinente é uma: quais os limites da criatividade processual? Em termos de conteúdo, como vimos anteriormente, o negócio somente pode versar sobre os *ônus*, deveres, faculdades e deveres das partes. Mas, o que seria exatamente isso? Na realidade do cotidiano, será a própria atuação das partes que imporá exatamente esses limites, em cada negócio jurídico realizado, respeitando o fato de somente poderem versar sobre *ônus*, poderes, faculdades e deveres processuais atinentes às partes do processo, sem ultrapassá-los ou adentrar no inerente à atividade jurisdicional.

47"por força do art. 190 do NCPC, portanto, não sendo possível a pactuação de negócio jurídico processual que tenha por objeto deveres processuais imperativamente impostos às partes, sob pena de ser-lhe ilícito o objeto. Não vigora, ipso facto, o 'vale tudo' processual. O negócio jurídico processual não tem, e nem deve ter, esta extensão. [...] Não se pode, é nossa convicção, dispor em negócio jurídico processual que uma decisão poderá ser não fundamentada, ou que não vigora o dever de cumprir as decisões judiciais. Admiti-lo seria algo comparável à admissão do objeto ilícito na celebração do negócio jurídico processual." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 356-357.

Evidente que existe uma linha tênue entre esses pontos e os impactos aos demais atores processuais. Não há como imaginar que um negócio jurídico processual realizado pelas partes não impactem os juízes, por exemplo, contudo esse impacto somente deve ocorrer de modo consequencial e nunca deliberado e direto.

Os limites materiais somente guardam as diretrizes acima dispostas, sem nenhum impedimento material e de fases processuais, seja no conhecimento, recursos ou execução, sempre cabe a possibilidade de livre negociação processual.

As partes têm uma liberdade criativa dentro desses limites concedidos pela atipicidade, com a ampla possibilidade de adequação ao que se pretende na condução processual. Podem, inclusive, sem ultrapassar os ônus, poderes, faculdades e deveres no processo, tampouco ultrapassando os limites que atinjam o exercício da jurisdição, estabelecer novos ônus, novas sanções para ambos, em caso de descumprimento, desde que sejam, estes, equiparados, com equidade entre os negociantes, diante de um negócio jurídico processual igualitário⁴⁸.

São diversos os acordos processuais que já ganham notoriedade na doutrina pela sua possibilidade, como alguns exemplos dispostos em enunciados do FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis⁴⁹. São aquelas mais plausíveis e possíveis de verificação, diante de uma infinidade de situações processuais imagináveis. Mas, a criatividade dependerá exatamente das partes, seja antes de um processo, ainda na negociação material ou menos durante o processo, almejando o melhor para as partes e para o próprio processo⁵⁰.

Os limites ainda serão devidamente explorados no cotidiano forense e jurídico, com as tentativas pelos negociantes de conseguir o melhor procedimento para aquela ocasião, para aquele momento processual e atrelado às finalidades da própria demanda⁵¹, nos moldes do que intentam em juízo.

48 Enunciado n.º 17 do FPPC: As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção.

49 Enunciado n.º 19 do FPPC: São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória.

Enunciado n.º 21 do FPPC: São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.

Enunciado n.º 257 do FPPC: O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Enunciado n.º 258 do FPPC: As partes podem convençionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa.

50 "Entre os negócios processuais atípicos estão o acordo de impenhorabilidade, o acordo de instância única (expressamente previsto no CPC português e francês), ampliação ou diminuição de prazos, acordo de superação da preclusão, acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para promover execução provisória, acordo para dispensa de caução em execução provisória, acordo para limitar o número de testemunhas, acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário, acordo para tornar a prova ilícita, etc. Negocia-se sobre o processo, alterando-se as suas regras." FIGUEIREDO, Roberto. Você sabe o que é Negócio Jurídico Processual? <http://www.armador.com.br/wordpress/voce-sabe-o-que-e-negocio-juridico-processual/>

51 Nem sempre será possível a convenção para a redistribuição, contendo, para tanto, limites determinados pela própria norma processual. Ou seja, apesar da viabilidade da negociação sobre provas, o próprio ordenamento, especificadamente, coloca um ponto limítrofe sobre essa convencionalidade, além dos limites gerais de versar sobre ônus, poderes, deveres e faculdades. Cada negócio, dependendo de sua matéria, conterà outros limites possíveis: "A convenção das partes sobre o ônus da prova encontra limites na indisponibilidade do direito ou no tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito." DUARTE, Zulmar. Comentário ao art. 373. Novo Código de Processo Civil Comentado. Tomo II (art. 318 ao art. 770). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de Gouveia. São Paulo: Lualri, 2017, p. 111.

Da mesma maneira que a doutrina se debruça para imaginar quais os negócios jurídicos processuais atípicos seriam possíveis, o inverso também acontece, com o trabalho de delimitar os negócios que não são possíveis, algumas hipóteses que evidentemente não comportam negociação, como algumas que o próprio FPPC já enumera como impossíveis ou inviáveis⁵².

Dessa maneira, a utilidade e a visão do novo instituto – negócio jurídico processual atípico – dependem ainda dos casos em concreto e o vislumbre necessário sobre a sua legalidade, na conservação da equiparação entre as partes, de modo a criar uma nova procedimentalidade a cada processo, um novo meio processual para melhor se adequar as necessidades das partes negociantes, afinal, o processo, seu trâmite e caráter devem obedecer muito mais à vontade, justamente, das partes.

4.4 DO MOMENTO DE CELEBRAÇÃO E APRESENTAÇÃO NO PROCESSO

Quanto ao momento da celebração do acordo processual, a norma não determina um momento correto ou determinado para tal realização, com total amplitude de possibilidade temporal para tanto. Não há necessidade de ser no processo, podendo, portanto, ocorrer a negociação antes da própria existência de um litígio⁵³.

Nesse ínterim, podem os negociantes, quando forem realizar qualquer negócio jurídico, como uma compra e venda de um bem móvel ou imóvel, já dispor, naquele mesmo contrato que versa sobre o direito material ali invocado, cláusulas que determinem alterações no procedimento, imputando que se, um dia, houver uma demanda que tenha como objeto a discussão material sobre aquele contrato – nesse exemplo, a compra e venda – o procedimento será regido por estas cláusulas, no que for pertinente a esse ponto.

Não há óbice para a celebração processual estar diante de um contrato anterior e, ainda, no meio de outras disposições convencionais materiais. Creio até que esse será o principal momento da utilização dos negócios jurídicos processuais, até por ser o momento de convergência, sem uma litigiosidade ocasionada por um eventual inadimplemento – material ou processual⁵⁴.

De modo diverso, há total cabimento da negociação processual durante o transcurso do processo, numa audiência específica para tal ponto – como a de saneamento compartilhado – ou as partes apresentando uma convenção realizada durante o decorrer da demanda. Há total liberdade temporal para tanto.

Todavia, pertinente é o entendimento de que se houver um negócio jurídico processual realizado pelas partes, contudo sem a devida apresentação deste ao processo, por mais que já exista essa convenção, os seus efeitos somente serão sentidos, processualmente, a partir da apresentação, sem ter o condão da retroatividade do que se negociou, mesmo que tenha sido realizado de modo anterior – numa data passada – o que importa é a data da apresentação ao processo.

Sem apresentação, sem um negócio jurídico processual que produza eficácia.

52 Enunciado n.º 20 do FPPC: Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância.

Enunciado n.º 254 do FPPC: É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.

53 "o negócio jurídico processual poderá ser celebrado antes ou durante o processamento da causa. Em regra, o negócio jurídico processual dispensa convalidação, vale dizer, não depende de homologação judicial para que valha ou para que vigore, isto porque, a teor do que dispõe o artigo 200 do NCPC, "os atos das partes consistem em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 355.

54 "Assim, é possível inserir uma cláusula negocial processual num outro contrato qualquer, já regulando eventual processo futuro que diga respeito àquela negociação. O parágrafo único do art. 190, aliás, expressamente menciona a possibilidade de negócio processual inserido em contrato de adesão." DIDIER JR, Fredie. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Curso de Direito Processual Civil. 17. ed. Jus Podivm, Salvador. 2015. V.1, p. 383.

4.5 A ANÁLISE JUDICIAL NO PLANO DA VALIDADE

Uma vez apresentado o negócio jurídico processual na demanda, o juízo deve realizar algum controle? Há a necessidade que verifique o seu conteúdo? Qual o papel do juízo nesse ponto? Essas são indagações lógicas decorrentes da própria existência de um novo instituto a ser estudado.

O primeiro aspecto a ser considerado para chegar nessas respostas está na desnecessidade de homologação judicial para tanto. Ou seja, o negócio apresentado ao processo já começa a produzir efeitos de seu conteúdo imediatamente, sem que o juízo realize nenhum ato judicante sobre tal ponto.

Por outro lado, o juízo não resta de mãos atadas, podendo, de ofício ou a requerimento, analisar a convenção processual trazida a baila. Ao juízo, nessa análise, é delineada a função diante do plano da validade, da presença e preenchimento dos requisitos pertinentes ao próprio negócio jurídico processual: a possível vulnerabilidade entre as partes; o direito como passível de autocomposição; o conteúdo tratar de faculdade, dever, ônus ou faculdade das partes; conter equidade⁵⁵ e boa-fé.

A validade somente estará presente, dada a dicção da norma, quando houver o preenchimento de todos os requisitos, com a capacidade das partes – ambas, a coexistência de um ato convencional equitativo para as partes, com a devida boa-fé e a matéria ser adequada e nos limites do disposto na lei processual. Preenchidos esses requisitos, diante da análise judicial, não há motivos para não convalidação dos efeitos produzidos anteriormente e a declaração da validade para os efeitos vindouros.

O acordo realizado entre as partes que versa sobre processo, se preenchidos seus requisitos de existência e validade, já os tem, independentemente da homologação judicial. Por mais que esta invada o campo da validade, somente o faz para a verificação da mesma, não para a sua concessão. Nesse interim, o acordo processual tem existência e validade desde o momento de sua celebração, o plano da eficácia depende da devida apresentação deste em juízo, contudo sem nem a necessidade de manifestação judicial para tanto.

Se o juízo não analisar o negócio protocolado na demanda, seja por não entender pertinente, tampouco haver requerimento para tanto, os efeitos já são existentes e nem decisão sobre o negócio há necessidade de ter. A simples apresentação, em regra, concede eficácia ao negócio jurídico processual.

O juízo realiza, instado ou de ofício, se for o caso, o controle de todos os planos, seja de existência ou validade, para a concessão do plano da eficácia⁵⁶, o único que não nasce imediatamente ao negócio jurídico processual, até pelo fato de que esse plano da eficácia está atrelado à apresentação do negócio jurídico processual ao processo, para que seja possível a produção de efeitos, a concretização da própria eficácia. Não há como ser eficaz, processualmente, fora do processo. Pode existir e ser válido um processo e as partes não o apresentarem em juízo, o que impede que produza eficácia na demanda.

Todavia, há de se entender que o papel do juízo nesse tocante, no plano de eficácia, somente tem o condão de declarar uma validade que o negócio, teoricamente, já detém. Não se cria a validade, tampouco se constitui, mas se declara, com a necessidade de que após a verificação judicial sobre tais preenchimentos, a eficácia retroaja ao momento da apresentação do negócio jurídico processual na demanda, pelo fato de que não há necessidade de homologação do acordo, mas somente de uma análise de validade⁵⁷.

Qualquer vício – seja no plano da existência ou da validade – pode configurar um defeito na formação da convenção processual, impossibilitando tanto a existência ou validade, ou ambos, comprometendo, portanto, a posterior eficácia do negócio jurídico processual realizada naquela demanda.

55 “Sem igualdade, não há condições mínimas para o exercício da liberdade, porque as disposições convencionais terão sido assumidas num quadro em que o consentimento não foi livre e esclarecido, e, portanto, fora de um espaço real e efetivo para o exercício da liberdade” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 49.

56 Enunciado n.º 260 do FPPC: A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio.

57 Enunciado n.º 133 do FPPC: Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.

Ultrapassadas as análises de existência e validade, há, em consequência, a produção da eficácia, sem a determinação judicial ou não. A eficácia é inerente do próprio negócio jurídico processual existente e válido⁵⁸, visualizável pelo fato de que os dois planos anteriores foram preenchidos. Obviamente, de modo inverso, se estes planos anteriores não forem devidamente preenchidos, não há motivos para se falar em eficácia do ato negocial processual.

Todavia, excepcionalmente, há de possibilitar que o juízo analise se o negócio jurídico processual, mesmo válido, produz realmente eficácia. Essa seria uma análise somente sobre o plano do alcance da eficácia, contudo não para a sua concessão, mas para a verificação de sua incidência, ou não. Nessa linha de raciocínio, pode ter a hipótese em que o juízo proceda essa análise, no plano da eficácia, como uma forma de “examinar os negócios processuais no plano da eficácia significa possibilitar que se identifiquem situações em que o negócio seja válido, porém ineficaz⁵⁹.”

Com essa análise, em todos os níveis, o juízo declara a existência, a validade e a eficácia, ou não, da convenção processual para aquela demanda, vinculando o juízo e as instâncias posteriores nos moldes daquela convenção realizada e apresentada naqueles autos. A plenitude dos efeitos do acordo realizado pela relação jurídica processual fica condicionado ao cumprimento dos requisitos de validade, com a apresentação do mesmo na demanda e a análise judicial sobre tais planos e aspectos.

4.6 A DIFERENÇA DE ANÁLISE DE VALIDADE DA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL

No entanto, pertinente é esclarecer que essa análise sobre a convenção processual difere da homologação, pelo fato de que a atividade judicante não está a constituir uma alteração processual ou procedimental realizada pelas partes, mas constatar, mediante a apresentação e requerimento, de que esta existe, é válida e produzirá efeitos.

O juízo é de constatação, verificação e declaração.

Diante dessa assertiva, a eficácia do negócio jurídico processual não será a partir da declaração, pelo juízo, de sua validade e eficácia, mas retroagirá a partir da apresentação desta em juízo, pelo fato de que a convenção, se existente e válida, produz eficácia naturalmente.

Não será a análise do juízo que permitirá que se produza, em regra, a eficácia, esta já existe desde a apresentação na demanda do negócio jurídico processual, até pelo fato de que o juízo nem precisa realizar tal controle, caso não entenda pertinente, tampouco haja requerimento.

O juízo não deve realizar nenhuma consideração sobre o conteúdo da convenção processual, seja para opinar pela qualidade ou não do objeto. A análise sobre o objeto não está a cargo do juízo, devendo o mesmo se ater-se aos planos de existência, validade e eficácia. Não é, portanto, permitido ao juízo que não aceite uma convenção processual pelo fato de que atrasaria o seu labor ou pela má qualidade do que se entendeu convencionar.

Isso seria uma análise sobre o conteúdo da convenção, inviável de ser realizado pelo juízo.

58 Cunha discorre sobre a relação dos efeitos jurídicos, inserindo-os, sabiamente, na própria definição do ordenamento, sem depender da vontade, seja das partes, seja do próprio juízo. A eficácia é inerente por existir juridicamente para aquele ato sobre o qual o negócio discorre: “Os efeitos jurídicos não decorrem da vontade. Todos estão previstos em lei decorrendo de imputação feita pelas normas aos fatos ou atos. No negócio jurídico, a vontade não cria efeitos; estes estão definidos pelo ordenamento, que pode conferir aos sujeitos de direito algum poder de escolha da categoria jurídica CUNHA, Leonardo Carneiro. “Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro.” Texto preparado para o I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual e apresentado em Lima, no Peru, novembro de 2014, com acréscimos e adaptações feitas após a sanção e promulgação do novo Código de Processo Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 10 dez. 2017.

59 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. Jus Podivm. Salvador. 2015. p.18.

A possível análise sobre o conteúdo deve ocorrer sobre o prisma dos limites sobre faculdades, ônus, poderes ou deveres e, ainda, se há o preenchimento, ou não, da equidade e boa-fé. Se presentes estes requisitos, o juízo deve simplesmente constatar tal desiderato, declarar a validade e eficácia do ato negocial processual, mesmo que entenda que o procedimento, para sua atuação, seja prejudicado ou de má qualidade.

As partes arcarão, processualmente, com o que convencionarem, sápiens da produção da eficácia pretendida.

Entretanto, papel primordial para o negócio jurídico ser válido e eficaz à demanda é realizada justamente pelas partes, primeiramente alegando a existência do mesmo – seja o autor na inicial ou o réu em sua contestação – e, ainda, monitorando o cumprimento da outra parte do negócio jurídico processual. As partes podem apresentar a convenção em outro momento, entretanto, os atos anteriores não serão mais regidos pelo acordo, ainda que neste tenha previsão para tal, justamente pela ausência de apresentação em juízo.

Apesar do vínculo do juízo sobre aquele procedimento criado e convencionado pelas partes, estas que devem, ao ocorrer o inadimplemento, por uma das partes, de alguma cláusula da convenção processual realizada, informar o juízo de tal desiderato, com a alegação do descumprimento para o juízo⁶⁰, não sendo obrigação oficiosa a análise de tais termos.

4.7 A AUTOCOMPOSIÇÃO E A VINCULAÇÃO DO JUÍZO PELA HETEROCOMPOSIÇÃO

Uma vez realizado o negócio jurídico processual, o juízo estará atrelado ao conteúdo ali realizado, sem necessidade alguma de homologação, com a produção imediata de efeitos processuais, diante da alteração realizada pelas partes.

No entanto, o fato de que não há a necessidade de homologação, com a simples apresentação ao processo para que os efeitos possam ser sentidos.

Dessa feita, os efeitos sendo imediatos, o próprio juízo já fica vinculado ao que ali foi decidido entre as partes, sem a possibilidade de, em regra, interferir no conteúdo realizado.

Com isso, há uma evidente vinculação do juízo ao determinado lícita e adequadamente pelas partes, não podendo o juízo, por simplesmente não gostar do negócio jurídico processual realizado, impedir a sua produção de efeitos, tampouco ignorar sua existência.

A análise realizada pelo juízo paira sobre o plano de validade, para a concessão do plano da eficácia, não para adentrar-se no mérito se o acordo ali celebrado é bom ou ruim, se melhora a prestação jurisdicional ou não.

Uma vez preenchidos os requisitos de validade, há vinculação do juízo por heterocomposição, pela convenção lícita das partes sobre o melhor procedimento para a demanda que lhe atinge. Se estes transacionaram dentro da forma legal, deve o juízo cumprir o que foi disposto pelas partes, ficando este – e as demais instâncias judiciais – totalmente vinculado, após a análise de validade.

60 “Essa é a regra que se extrai do sistema, a partir de outras regras previstas para os negócios jurídicos típicos: a não alegação de foro de eleição, pelo réu, que significa revogação tácita dessa cláusula contratual (art. 65, CPC); a não alegação da convenção de arbitragem implica renúncia tácita à jurisdição estatal (art. 337, 6º., CPC). Um exemplo, para ilustrar, como negócio jurídico atípico. Imagine-se o acordo de instância única: as partes negociam que ninguém recorrerá. Se, por acaso, uma das partes recorrer, o órgão jurisdicional não pode deixar de admitir o recurso por este motivo; cabe à parte recorrida alegar e provar o inadimplemento, sob pena de preclusão. O não-cabimento do recurso em razão do negócio jurídico processual não pode ser conhecido de ofício pelo juiz.” DIDIER JR, Fredie. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Curso de Direito Processual Civil. 17. ed. Jus Podivm, Salvador. 2015. V.1, p. 391.

Ao dispor, no art. 190, parágrafo único, sobre a possibilidade do juízo analisar a validade da convenção⁶¹, bem como seu grau de vulnerabilidade entre as partes, a norma delimita que nos casos em que há a validade, com o cumprimento de todos os requisitos para tanto, bem como a coexistência de um ato convencional equitativo para as partes, não há motivos para não homologação e produção de efeitos da convenção jurídica processual realizada entre as partes.

Dessa maneira, quando restarem preenchidos todos os requisitos de validade do acordo processual, não há como o juízo não cumprir o mérito do objeto transacionado. Não há como o juízo proceder uma análise de conteúdo, sobre a concordância ou não daquela convenção.

5 A MUDANÇA PARADIGMÁTICA DA POSITIVAÇÃO DO ART. 190: A POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE UM PROCESSO CIVIL INDIVIDUALIZADO

A grande novidade dos negócios jurídicos processuais no CPC/2015 passa pela positivação da cláusula geral de atipicidade.

Se por um lado houve a ampliação do cabimento de negócios típicos no próprio ordenamento, com uma ênfase maior a possibilidade das partes convencionarem e, assim, cooperarem para um melhor trâmite processual, não foi essa a novidade sobre essa matéria.

A mudança impactante trazida pelo CPC/2015 foi justamente a literalidade do art. 190, com a possibilidade das partes amplamente negociarem o processo – no tocante a ônus, poderes, faculdades e deveres processuais – com a possibilidade de alterações consistentes e não previstas em nenhum dispositivo legal, com uma liberdade para criarem um novo ordenamento⁶².

As partes podem – antes ou durante o processo – modificarem o procedimento, negociarem ônus, aumentarem prazos (mesmo os peremptórios), moldarem a norma processual para a sua melhor comodidade, com a verificação de uma adequação ao direito que pretendem discutir e litigar. Um verdadeiro ordenamento processual individual para cada ação, se assim as partes entenderem pertinente.

Dessa feita, as partes podem modificar, dentro dos limites legais, o procedimento, criando um novo código de processo civil dentro e para aquela demanda.

Uma inovação impactante, uma forma nova de visualizar o processo e encarar a realidade processual, possibilidade de um autorregramento amplo, impactando aquela demanda, tornando-a um procedimento de cunho individualizado ao caso específico e as partes, não seguindo o ordenamento processual como um todo, com um novo olhar para aquela realidade que as partes resolveram convencionar.

61 "o negócio jurídico processual, evidentemente, não é absoluto, sujeitando-se ao regime de invalidades dos negócios jurídicos. Permite-se o controle, pelo órgão jurisdicional, de ofício ou a requerimento da parte, da validade das convenções estabelecidas no negócio jurídico processual. O parágrafo único do art. 190 sob análise, contudo, admite a recursa do juiz em aplicar o negócio jurídico processual, ou parte dele, exclusivamente nos casos de nulidade, de constância do negócio jurídico processual em contrato sob a forma de adesão ou existindo manifesta situação de vulnerabilidade de uma parte relativamente à outra". WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 355.

62 "Potencialmente, essa norma tem o condão de alterar de modo substancial a função e a eficácia dos mais diversos institutos e mecanismos – sejam aqueles que ora surgem como novidade, sejam os que, em si mesmos considerados, mantêm-se formalmente iguais ao que antes eram. Aliás, no exame do novo diploma, é preciso cautela antes de se afirmar que o trato de determinado tema permaneceu inalterado. Uma pequena inovação quantitativa, resumida a uma disposição legal, pode produzir significativas transformações qualitativas (o mesmo pode ser dito da norma que impõe o dever de cooperação – art. 6º). Mas também é possível que os negócios processuais sejam um malogro em termos práticos. Não seria a primeira nem a última vez que isso estaria acontecendo: um instituto a despertar a atenção dos estudiosos, por sua sofisticação e riqueza de possibilidades, e a afugentar os práticos exatamente pelos mesmos motivos [...]". TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

No entanto, essa nova ordem processual, atinente a possibilidade de convenções tergiversarem o procedimento deve ser encarada de maneira tal, como uma visão de melhoria da prestação jurisdicional, como algo positivo, uma novidade que trata de estabelecer novos parâmetros, com novos intuitos e voas possibilidades⁶³. Ninguém melhor do que as partes para entenderem o caminhar processual mais adequado para a resolução do conflito que somente lhes aflige.

O art. 190 do CPC/2015 e toda a carga normativa que traz consigo representam uma abertura para uma mudança processual, uma adequação legislativa à vontade das partes, com a abertura para uma cultura de alta negociação processual, culminando, talvez, não numa prestação jurisdicional mais célere, mas numa prestação mais condizente com a realidade daqueles que ali litigam.

As convenções processuais não podem retirar direitos dos indivíduos, tampouco diminuir garantias constitucionais⁶⁴, mas, dentro dos limites legais, devem alterar de forma sistêmica o processo, como um novo olhar para o direito processual.

Uma nova realidade que deve ser encarada de novas maneiras, com a empolgação necessária, as reticências devidas e melhorias possíveis.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. O papel do juiz no controle dos negócios jurídicos processuais e o art. 190 do novo código de processo civil. **Revista da seção Judiciária de Pernambuco**. 2015. V.8

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenção das partes sobre Matéria Processual. **Temas de Direito Processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. Texto preparado para o I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual e apresentado em Lima, no Peru, novembro de 2014, com acréscimos e adaptações feitas após a sanção e promulgação do novo Código de Processo Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Negocios_juridicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 20 jan. 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Juspodivm. 2012. _____. **Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. Curso de Direito Processual Civil. 17. ed. Jus Podivm. Salvador. 2015. V.1

DUARTE, Zulmar. **Comentário ao art. 373**. Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017.

FIGUEIREDO, Roberto. Você sabe o que é Negócio Jurídico Processual? Disponível em: <<http://www.armador.com.br/wordpress/voce-sabe-o-que-e-negocio-juridico-processual/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

63 “Inúmeras situações surgirão para que o intérprete analise se o objeto da convenção é lícito, isto é, se versa sobre ônus, poderes, faculdades e deveres das partes ou, ao contrário, de terceiros (o que tornaria nula a convenção). Se o intérprete mantiver a mentalidade e a ótica que adotava durante a égide do Código de 1973, provavelmente sua conclusão será sempre no sentido da impossibilidade de celebração do negócio processual, por considerar que o objeto não estaria ao alcance exclusivo das partes, por ser “indisponível” ou pertencente (também ou exclusivamente ao Estado ou à sociedade.” REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de um rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 149, agosto/2015, p. 9/16. São Paulo: Dialética, 2015. p. 16.

64 “Muita atenção deve ser dedicada à convenção que restrinja as matérias de defesa sustentáveis. A depender do conflito subjacente, essa convenção pode inviabilizar o sucesso em juízo de uma das partes. Todavia, o Direito veda a determinação da solução de conflito por vias transversas, sob pena de violação ao princípio do contraditório.” BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. O papel do juiz no controle dos negócios jurídicos processuais e o art. 190 do novo código de processo civil. *Revista da seção Judiciária de Pernambuco*. ano 2015. V.8, p. 56.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.1.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios Processuais sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil. Rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002*, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LIMA, Flavio Pereira. **Reflexões sobre o novo CPC: O negócio jurídico processual, pré-processual**. Disponível em: <<http://jota.info/reflexoes-sobre-o-novo-cpc-o-negocio-juridico-processual-pre-processual>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASSER, Paulo Magalhães. Comentário ao art. 471. CABRAL, Passo, A. D., CRAMER, (orgs.), R. (06/2016). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil: Teoria geral do Direito Civil*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.v.1

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios processuais: necessidade de um rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015**. *Revista Dialética de Direito Processual*. Dialética, São Paulo, n. 149, ago.2015, p. 9-16, 2015.

TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Negócio jurídico processual**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil (Parte geral)*. São Paulo: Atlas, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

SEGURANÇA PÚBLICA E AS GUARDAS MUNICIPAIS: APARENTE LEGALIDADE POR MEIO DA LEI N.º 13.022/2014

PUBLIC SAFETY AND MUNICIPAL GUARDS: APPARENT LEGALITY THROUGH THE LAW N.º 13.022/2014

Edson Rosa Gomes da Silva¹

Resumo: Este trabalho procura abordar uma temática que está ganhando cada vez mais espaço nos Tribunais de Justiça dos Estados. Recentemente também alcançou a Suprema Corte do País, por meio Recurso Extraordinário (RE) 658570, interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais contra acórdão do Tribunal de Justiça estadual (TJ-MG), que reconheceu a constitucionalidade de normas do Município de Belo Horizonte, conferindo à guarda municipal competência para fiscalizar o trânsito e impor multas. De fato, seja por atuar em patrulhamento ostensivo, realizações de prisões ou até mesmo na fiscalização de trânsito, as ações das guardas municipais vem sendo gradativamente questionadas. Isto antes mesmo da publicação da Lei n.º 13.022/2014, que instituiu o Estatuto Geral das Guardas Municipais. As atividades exercidas pelas Guardas Municipais nos Estados Brasileiros estavam sendo questionadas pela população, órgãos de segurança pública, Ministério Público e Tribunais, estes se manifestando por vezes contra as atribuições que foram criadas pelo vácuo legislativo. Contudo, com a aprovação do Estatuto das Guardas Municipais, Lei n.º 13.022/2014, o problema acirrou-se ainda mais, pois as ações que estavam sendo ilegalmente desenvolvidas receberam a chancela de lei infraconstitucional, que não se ateu ao que apregoeou o texto constitucional no tocante as atribuições das Guardas. Assim, observando os problemas a respeito de possível violação de direitos que por ventura venham a recair sobre os cidadãos, bem como demonstrar a premissa funcional das instituições democraticamente instituídas pelo legislador constituinte, que estão positivadas na Constituição, este trabalho visa responder: as atividades desenvolvidas pelas guardas municipais estão respeitando as atribuições constitucionalmente impostas? Para responder a pergunta de pesquisa formulada, postulou-se como objetivo geral deste artigo que visa analisar se a delimitação constitucional foi respeitada no tocante as atribuições elencadas na Lei n.º 13.022/2014 – Estatuto Geral das Guardas Municipais. O método de abordagem utilizado será o dedutivo, devido ao fato de se adequar melhor ao propósito da pesquisa, pois parte dos elementos gerais de premissa maior da supremacia da Constituição, passando pelos elementos estruturantes da segurança pública, e por fim visa alcançar um entendimento acerca da legalidade ou não das atribuições positivadas na Lei n.º 13.022/2014 – Estatuto Geral das Guardas Municipais. A técnica de pesquisa utilizada será a pesquisa bibliográfica. No decorrer do estudo verificou-se nitidamente a prevalência constitucional sobre as demais normas, abordou-se a segurança pública e seus órgãos legalmente instituídos e observou-se que o Estatuto Geral das Guardas Municipais não respeitou a Carta Magna pátria.

Palavras-chave: Segurança pública. Polícia. Guarda municipal. Inconstitucionalidade.

Abstract: *This paper seeks to address a thematic that is gaining more and more space in the Courts of Justice of the states. Recently, reached to Supreme Court of the Country, through Extraordinary Appeal (RE) 658570, interposed brought by the Public Prosecutor's Office against a ruling of the State Court of Justice (TJ-MG), which recognized the constitutionality of norm the Municipality of Belo Horizonte, conferring on the municipal guard the competence to supervise the traffic and impose fines. Indeed, acting on ostensible patrols, arrests or even*

1 Graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Catarina e em Direito pelo Instituto de Ensino Superior da Grande Florianópolis. Especialista em Segurança Pública pela Universidade Cândido Mendes e Especialista em Direito Público pela UNIVALI. Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Formulador de Estratégias para Governo Eletrônico certificado pela Organização dos Estados Americanos (OEA). Registrado como especialista no Portal Inovação do Ministério da Ciência e Tecnologia. Policial Militar com experiência profissional na Atividade de Inteligência de Segurança Pública, Tecnologias Aplicadas à Segurança Pública, Análise de dados em Segurança Pública e Analista de Projetos para Execução. Foi Chefe da Divisão de Informática e Tecnologia da Diretoria de Informação e Inteligência - Secretaria de Estado da Segurança Pública de Santa Catarina (2004 - 2009), conduzindo a gestão técnica do Sistema Integrado de Segurança Pública (SISP).

traffic surveillance, but such actions of municipal guards are gradually questioned. The problem came discussed even before the publication of Law n.º 13.022 / 2014, which instituted the General Statute of Municipal Guards. Activities carried out by Municipal Guards in the Brazilian States were being questioned by people, public security organs, Public Prosecutors in justice Courts, sometimes manifesting against attributions that are created by the legislative vacuum. However, with the approval of the Municipal Guard Statute, Law no. 13.022 / 2014, the problem has escalated even more, because actions were being implemented in an unsuitable way, received a support inappropriate that did not stick to what proclaimed the constitutional text regarding the duties of the Guards. Thus, observing the possible problem for violation of rights regarding citizens, as well as violation a functional premises the institutions democratically instituted by the constituent legislator, which are positivadas in the Constitution, research tends answer: activities developed by municipal guards respect an constitutionally imposed obligation? To respond formulated research question, it posited itself as the general objective of the article that aims to analyze whether was respected in the constitutional delimited attributions for Law 13.022 / 2014 - General Statute of Municipal Guards. The method of approach used will be the deductive one, due to the fact that it better fits the purpose of the research, since it is part of the general elements of greater premise of the supremacy of the Constitution, passing through the structuring elements of public security, aiming at reaching an understanding about of the legality or not of the attributions positivadas in the Law n.º 13.022 / 2014 - General Statute of the Municipal Guards. The research technique used will be the bibliographic research. In the course of the study, the constitutional it was verified prevalence of on the created norm other was clearly verified. Approached public security and its legally established bodies were approached and it was observed that the General Statute of the Municipal Guards did not respect the Magna Carta.

Key-words: Public safety. Police. Municipal Guard. Unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, como em muitos outros países, os problemas de segurança pública estão cada vez mais no foco dos governos e seus governantes. Quer seja no Poder Executivo, no Poder Legislativo ou no Poder Judiciário há sempre uma grande preocupação sobre como executar o enfrentamento das ações dos criminosos e objetivamente garantir a preservação da ordem pública. Observa-se que muitas são as receitas para este problema, mas ações descabidas e que possam prejudicar a sociedade devem ser antes analisadas, discutidas e extirpadas ou caso se observem convenientes, legalmente instituídas.

Destaca-se que quando se canaliza esforços em prol das ações de segurança pública tem que ter certos cuidados, para não acabar por gerar mais problemas estruturais do que uma fantasiosa e aparente solução conjuntural.

Dentre as “receitas” que foram ganhando incentivo ao longo das décadas está a municipalização das ações de segurança pública, principalmente por meio da criação de guardas municipais.

Realmente há previsão constitucional para criação de guardas municipais, mas não com intuito de municipalizar a segurança pública, tampouco de dotar as guardas com poder de polícia ostensiva.

Acontece que com o vácuo legislativo em criar uma norma complementar para disciplinar as ações das guardas nos municípios, foram sendo criadas atribuições de acordo com a conveniência e entendimento multifacetado da Constituição por muitos Municípios. Visando corrigir este erro o Congresso Nacional acabou por votar e aprovar em meados do ano de 2014 a Lei n.º 13.022 - Estatuto Geral das Guardas Municipais. Este estatuto veio contrapor a Constituição e dar poderes além do que está expresso no texto constitucional às guardas municipais de todo Brasil. Mesmo as que mantinham as atribuições adstritas às constitucionalmente impostas tiveram seus poderes de atuação dilatados. Percebe-se que as ações desenvolvidas não estão no sentido de colaboração, mas concorrentes às ações de Polícia Administrativa, afinal a Constituição é bem clara quando delimita a atuação das guardas à proteção de seus bens, serviços e instalações.

Assim, este trabalho traz como questionamento de pesquisa se: as atividades desenvolvidas pelas guardas municipais estão respeitando as atribuições constitucionalmente impostas?

Desta forma, o objetivo do artigo é analisar se a delimitação constitucional foi respeitada no tocante as atribuições elencadas na Lei n.º 13.022/2014 – Estatuto Geral das Guardas Municipais.

No desenvolvimento do estudo utilizou-se o método dedutivo para abordagem, partindo dos elementos gerais como premissa maior, averiguando os ditames Constitucionais, passando pelos elementos estruturantes da segurança pública, com fim de alcançar um entendimento acerca da legalidade ou não das atribuições positivadas na Lei n.º 13.022/2014 – Estatuto Geral das Guardas Municipais.

A estruturação do trabalho seguiu primeiramente os vislumbres do constitucionalismo e observou-se a segurança pública. Depois, verificou o empoderamento constitucional dado às instituições responsáveis pela segurança pública. Por fim, realizaram-se alguns apontamentos sobre constituição e a elementos de ilegalidade do estatuto geral das guardas municipais.

2 A CONSTITUIÇÃO E A SEGURANÇA PÚBLICA

Percebe-se que a Constituição de 1988 veio para materializar as mudanças que o Brasil necessitava, principalmente, no que tange aos avanços políticos, democráticos e sociais positivados no texto constitucional, que são típicos de Estados democráticos de direito.

Imperativo mencionar, sem se aprofundar na discussão que envolve constitucionalismo e democracia, que a norma constitucional serve de freio às possibilidades de mudanças drásticas, que foram estipuladas pelo poder constituinte originário (TORRES, 2011). Este freio é tido por muitos pesquisadores como um problema para democracia, pois as gerações atuais detêm tantos direitos quanto às antigas gerações para ter seus anseios satisfeitos (TORRES, 2011). A rigidez constitucional, assim, é tida como por alguns estudiosos como um empecilho para se alcançar a democracia. Contudo, há autores que defendem que o constitucionalismo é uma proteção às armadilhas possibilitadas pelas manobras antidemocráticas.

Percebe-se, que o poder que emana do povo tem que ter limites, para não causar prejuízo ao próprio povo, e um dos pilares do Estado de Direitos é sem dúvidas a legalidade das ações nos campos do poder executivo, legislativo e judiciário. Neste sentido, Medauar (2014, p. 41) destaca que:

A expressão Estado de direito pode levar a entender que a mera existência de uma constituição e de um conjunto de normas, de conteúdo qualquer, permite qualificar um Estado como “de direito”. Na verdade, hoje, a concepção de Estado de direito liga-se a um contexto de valores e à ideia de que o direito não se resume na regra escrita. Seus elementos básicos são os seguintes: **sujeição do poder público à lei e ao direito** (legalidade); declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social. (grifo Nosso).

Nota-se, pela colocação de Medauar (2014), que não basta ter uma constituição e um conjunto de normas, pois a sujeição do Estado e de seus cidadãos as normas estabelecidas é de fundamental importância para sociedade. Outro ponto de destaque é o funcionamento de juízos e tribunais que defendam e protejam os direitos individuais, mas também que garantam os coletivos que constitucionalmente foram instituídos. Por fim, um ordenamento destinado à justiça e a paz social, mas que não ultrapasse as medidas legalmente impostas (MEDAUAR, 2014).

Embora estas colocações possam parecer isoladas é fundamental entender que devem estar alinhadas umas as outras. Isto faz crer que não se pode, sobre o pretexto de promover a paz social, criar normas contrárias as possibilidades elencadas no texto constitucional. Tampouco se pode fazer com que o poder público se submeta às leis que vão contra as instituições democráticas que estão dispostas na constituição.

Notadamente, a constituição fortaleceu a soberania, os valores democráticos e pugnou pelo respeito às leis, mas também positivou e instituiu a separação dos poderes e criou as esferas, como da federação (União), dos entes federados (Estados), e nestes, a possibilidade de criação de municípios, com as atribuições de todos. Cada um destes entes tem as suas respectivas responsabilidades, atribuições e prerrogativas dispostas nas normas.

Imperativo mencionar que todo aparato Estatal criado veio a procurar satisfazer os anseios da sociedade. Contudo, a satisfação destes anseios fica adstrito a legalidade das ações, que serão desenvolvidas com base nas leis. Contudo, as leis não devem ir mais longe do que estipulou o texto constitucional. Leal (2001, p. 198) menciona que um governo ou sociedade democrática é aquela:

[...] que conta e mesmo define, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político permanente de interlocução, **demarcado por regras e procedimentos claros**, que efetivamente assegurem o atendimento às demandas públicas da maior parte da população, elegidas pela própria sociedade [...]. (grifo nosso).

Desta forma, a constituição vem estipular de forma objetiva, mas por vezes não tão claras, as regras e procedimentos que o Estado deve executar para procurar atender as necessidades da população com respeito a Constituição.

Dentro das mais diversas necessidades da sociedade há uma que sempre ganha destaque, ou seja, a segurança pública. Acontece que alinhar valores democráticos do estado de direitos, previstos na constituição, e a necessidade de prestar uma segurança pública eficiente e de qualidade não é tarefa fácil. Marcineiro (2009, p. 72) menciona que:

Num Estado Democrático de Direito, entretanto, o cenário tornar-se mais complexo, fruto das liberdades individuais, da livre manifestação da pluralidade cultural e das garantias pessoais, entre outras, fazendo com que as organizações encarregadas de preservar a ordem pública tenham que desenvolver estratégias que incluam o cidadão no processo de construção da ordem desejada, que respeitem os direitos e garantias individuais, mesmo daqueles que tenham infringido o código de convivência social, enfim, que seja garantida a condição de cidadão.

A complexidade de se atuar num Estado que procura cumprir com as liberdades individuais, respeitem os direitos e garantias do cidadão e que garantam uma convivência social pacífica pode parecer simples. Entretanto, está atuação do Estado necessitam de uma compreensão individual e coletiva, não apenas dos direitos, mas dos deveres socialmente impostos aos cidadãos.

Quando se lê nossa Constituição, sem a devida atenção, perdem-se certas minúcias, outras não são percebidas ou fogem ao entendimento. Caso típico é o artigo 144 da Constituição. O Caput da Constituição Federal de 1988 traz que:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através dos seguintes órgãos [...] (BRASIL, 1988).

Este artigo necessita de grande observação e estudo para interiorizar o entendimento do que seja segurança pública.

Observa-se que a palavra “preservação”, que Marcineiro (2009) destaca como sendo um termo novo na atual (Constituição Federal 1988), é bem mais ampla do que a expressão anteriormente utilizada (Constituição Federal 1967). O termo atualmente empregado conduz a uma atuação tanto antes quanto depois dos problemas de segurança pública evidenciados. Conforme aborda Marcineiro (2009, p. 76):

[...] este termo foi utilizado pela primeira vez na atual Constituição, substituindo o termo manutenção da ordem pública, constante das constituições federais anteriores. Pode-se notar que o significado da palavra preservação é muito mais amplo do que a palavra manutenção. A preservação da ordem pública engloba tanto o conceito de manutenção quanto o conceito de restauração ou restabelecimento.

Vencido a entendimento do termo prevenção é imperioso que se entenda o conceito de ordem pública. Neste sentido, não foi por menos que o legislador determinou que a segurança pública fosse exercida para a preservação da ordem pública. O desempenho da segurança pública pelas instituições elencadas na Constituição tem como propósito alcançar a ordem pública.

Importante destacar que muitos juristas e profissionais afetos a matéria da segurança pública não entendem perfeitamente a amplitude da expressão “ordem pública”. Uns destacam de maneira simplória e superficial o termo, enquanto outros dão a devida atenção que o termo merece.

Para Tourinho Filho (1999) o conceito de ordem pública está ligado à paz e a tranquilidade no meio social. O autor não lança grandes e exaustivas reflexões a respeito do assunto, apenas relacionam a ordem pública com a tranquilidade no meio social.

No dicionário de Silva (2002, p. 486) encontrou-se que a “Ordem Pública entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protestos”.

Sobre o assunto, observa-se que Bobbio, Mantteucci e Pasquino (1998, p. 851), afirmam que a definição de ordem pública depende da sociedade e do contexto governamental exercido, pois na maioria das vezes se utiliza o termo como:

[...]sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento. Nessa hipótese, ordem pública constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva [...]. Com a variação da inspiração ideológica e dos princípios orientadores (democráticos ou autocráticos), cada ordenamento dará uma disciplina própria (podendo ser ampla ou restrita) das hipóteses de intervenção normativa e de administração direta tendentes a salvaguardar a ordem pública.

O diploma lega que trata do conceito de ordem pública está positivado no Decreto n.º 88.777 (R-200), de 30 de setembro de 1983, no artigo 2º, item n.º 21, que apresenta:

Ordem Pública - conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação que conduza ao bem comum (BRASIL, 1983).

Percebe-se que o conceito de ordem pública é complexo e que merece muita atenção, assim, utilizasse de Lazzarini (1999, p. 21), o qual apregoa que a Ordem Pública é gênero, cujas espécies são:

SEGURANÇA PÚBLICA: é o estado antidelitual que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais comuns e pela lei de contravenções penais, com ações de polícia repressiva ou preventiva típicas, afastando-se, assim, todo o por meio de organizações próprias, de todo o perigo, ou de todo o mal que possa afetar a ordem pública em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade das pessoas em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a.

TRANQUILIDADE PÚBLICA: exprime o estado de ânimo tranquilo, sossegado, sem preocupações nem incômodos, que traz às pessoas uma serenidade, ou uma paz de espírito [...] revela a quietude, a ordem, o silêncio, a normalidade das coisas, que, como se faz lógica, não

transmitem nem provocam sobressaltos, preocupações ou aborrecimentos, em razão dos quais se possa perturbar o sossego alheio [...] constitui direito inerente a toda pessoa, em virtude da qual está autorizada a impor que lhe respeitem o bem-estar, ou a comodidade do seu viver.

SALUBRIDADE PÚBLICA: cuja expressão designa, também, o estado de sanidade e de higiene de um lugar, em razão do qual se mostram propícias às condições de vida de seus habitantes.

Lazzarini (1999) foi minucioso em seus apontamentos sobre ordem pública e destrinchou as especificidades que envolvem as possíveis perturbações desta ordem.

Agora para fechar o entendimento do caput do artigo 144 da Constituição, que trata sobre segurança pública, restou a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Para firmar o entendimento socorre-se de Dallari (1996, p. 52-53) diz que:

A segurança pública é a ação exercida para a preservação da ordem pública e também preservação da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Ademais, na verdade, quando se diz "preservação da incolumidade da pessoa e do patrimônio", isto faz parte da ordem. E por isso que eu insisto neste ponto: que ordem não é um conjunto de leis; é muito mais do que isso. Ordem tem um conteúdo. São as pessoas numa determinada forma de convivência; isto é que é a ordem. Então, a segurança é uma atividade absolutamente necessária, e a Polícia, como responsável pela segurança, presta um serviço público essencial. [...] Porque, entre outras coisas, ela tem, segundo a própria Constituição, o objetivo de preservar a ordem. Deve ter permanentemente uma atividade preventiva, para que a ordem não seja quebrada, para que ela seja respeitada; para que as pessoas se comportem segundo a ordem. E se isto acontecer, então, não há a necessidade da repressão (que é aquela atividade mais aparente).

Observe que para Dallari (1996) a segurança pública não tem como fim apenas a ordem pública, mais também a incolumidade das pessoas e do patrimônio, que deve ser executada por quem de direito, ou seja, a polícia.

Dallari (1996) destaca que a constituição dá garantia à atuação da polícia na segurança pública, para procurar dar à sociedade a preservação da ordem pública. Dallari (1996, p. 53) destaca que:

Esse já é um parâmetro fundamental, que está na própria Constituição: a lei estabelece como a polícia se organiza, estabelece como ela deve agir, como ela deve funcionar, mas sempre tendo por objetivo constitucional a preservação da ordem. [...] proteção da ordem, preservação da ordem, e sempre se pressupondo que esta ordem deverá ser legítima, deverá ser autêntica, deverá ser democrática.

Como observado, ficou claro que a segurança pública deve ser exercida para garantir a ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Contudo, falta ainda verificar quem a Constituição outorga como órgãos legitimados para executar as atividades de segurança pública.

3 INSTITUIÇÕES RESPONSÁVEIS PELA SEGURANÇA PÚBLICA

A Constituição apresenta quem tem a responsabilidade pela segurança pública, o que esta responsabilidade visa e também quais os órgãos que taxativamente devem executá-la nos entes federados.

Como já tratado, ficou expresso no Art. 144 da Constituição Federal que a designação dos órgãos responsáveis pela segurança pública se dá:

[...] através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpo de bombeiros militares (BRASIL, 1988).

Importante mencionar que quando se menciona que a Constituição destaca taxativamente as instituições responsáveis pela segurança pública, observa-se, que não foi exclusivamente no artigo 144 da Constituição, pois dentre os órgãos policiais supracitados, ainda acrescenta-se a existência de mais duas Polícias (BRASIL, 1988). Primeiro a constituição menciona a Polícia da Câmara Legislativa, conforme o artigo 51, no seu inciso IV e depois a Polícia do Senado Federal, presente no artigo 52, no inciso XIII da Constituição (BRASIL, 1988).

A atuação da Polícia da Câmara Legislativa está exposta no sítio da Câmara dos Deputados, onde figura a designação do Departamento de Polícia Legislativa, que trata:

O Departamento de Polícia Legislativa (DEPOL) é o órgão da Câmara dos Deputados responsável pela preservação da ordem e do patrimônio, bem como pela prevenção e apuração de infrações penais, nos seus edifícios e dependências externas (CÂMARA LEGISLATIVA FEDERAL, 2015).

Para especificar a atuação da Polícia do Senado utiliza-se a classificação adotada por Gonçalves (2004, p. 8-9):

A Polícia do Senado é essencialmente eclética, visto que desempenha as funções de polícia administrativa, de segurança física das instalações do Senado Federal e de proteção aos senadores, e tem, entre suas prerrogativas, as funções de investigação e de inquérito (Resolução do Senado Federal nº 9 59/ 2002, art. 2º, IX), quando de fato ocorrido nas dependências sob a responsabilidade do Senado Federal.

[...]

A Polícia do Senado Federal tem por finalidade a proteção à integridade física dos Senhores Senadores, de autoridades brasileiras e estrangeiras presentes ao Senado Federal ou em dependência sobre sua responsabilidade, a proteção de seus servidores, bem como a proteção de seu patrimônio.

Aparentemente observa-se que as atuações das Polícias da Câmara e do Senado Federal são específicas, pois se ligam a possíveis ocorrências que envolvam o Congresso nacional, mas algumas atividades podem se chocar com as atribuições elencadas no artigo 144 da Constituição.

Assim, o STF mesmo tendo a denominação de polícia editou a Súmula nº 397, que traz: “O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito”. Consoante a interpretação observada pelo STF, a existência das Polícias da Câmara e do Senado não influenciam na taxatividade, já mencionada, sobre os órgãos de polícia dispostos no Art. 144 da Constituição. A corroboração deste entendimento pode ser percebida com o entendimento da decisão do STF (2011):

Ação direta de inconstitucionalidade [...] Criação do Instituto-Geral de Perícias e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública [...] Observância obrigatória, pelos Estados-membros, do disposto no art. 144 da Constituição da República [...] **Taxatividade do rol dos órgãos encarregados da segurança pública, contidos no art. 144 da Constituição da República.** [...] Impossibilidade da criação, pelos Estados-membros, de órgãos de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição. [...] Ao Instituto-Geral de Perícias, instituído pela norma impugnada, são incumbidas funções atinentes à segurança pública. Violação do art. 144 c/c o art. 25 da Constituição da República. (Grifo nosso)

Com referência as atribuições elencadas na Constituição para os órgãos de segurança pública, dispostos no artigo 144, percebe-se que a disposição legal está clara, pois ao mesmo tempo em que expõem a competência de atuação, também delimita a atuação do órgão.

Para Polícia Federal as atribuições constitucionais estão dispostas no §1º do art. 144 da Constituição Federal de 1988 que apresenta:

A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União (BRASIL, 1988).

Observe que autores como Streck (2006) e Lazzarini (2007) e até o STF em suas sumulas não falam da atividade de investigação e este é um erro comumente utilizado, pois a Constituição não menciona que a atividade de investigação é exclusiva de Polícia judiciária. Streck (2006, p. 80) menciona a este respeito que:

[...] existem muitos exemplos de órgãos executivos que desenvolvem atividade investigatória. Com frequência, os fiscos federal, estaduais e municipais, no exercício de suas atribuições legais, implementam diligências investigatórias veiculadas em "representações fiscais para fins penais", dirigidas ao Ministério Público, com intuito de lastrear com material probatório a ocorrência de delitos contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/1990). Do mesmo modo, o Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros – Decif, da estrutura do Banco Central do Brasil, o Conselho de Coordenação de Atividades Financeiras – Coaf, a Corregedoria Geral da União, também realizam, cada qual no seu âmbito de atuação, investigações relacionadas a infrações penais, o que deixa claro a ausência de exclusividade da polícia para a realização dessas "diligências investigatórias".

A atuação da Polícia Rodoviária Federal (PRF) está apresentada no §2º do art. 144 na Carta Magna, no qual específica como área de atuação o patrulhamento ostensivo nas rodovias federais da seguinte forma: "A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais" (BRASIL, 1988). Em complementação ao dispositivo constitucional, as atribuições da PRF podem ser encontrada no seu regimento interno, aprovado pela Portaria Ministerial nº 1.375, de 2 de agosto de 2007, pelo Decreto no 1.655 de 03 de outubro de 1995, como também na Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro) no Art. 20 que nos traz:

Art. 20. Compete à Polícia Rodoviária Federal, no âmbito das rodovias e estradas federais:

I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;

II - realizar o patrulhamento ostensivo, executando operações relacionadas com a segurança pública, com o objetivo de preservar a ordem, incolumidade das pessoas, o patrimônio da União e o de terceiros;

III - aplicar e arrecadar as multas impostas por infrações de trânsito, as medidas administrativas decorrentes e os valores provenientes de estada e remoção de veículos, objetos, animais e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;

IV - efetuar levantamento dos locais de acidentes de trânsito e dos serviços de atendimento, socorro e salvamento de vítimas;

V - credenciar os serviços de escolta, fiscalizar e adotar medidas de segurança relativas aos serviços de remoção de veículos, escolta e transporte de carga indivisível;

VI - assegurar a livre circulação nas rodovias federais, podendo solicitar ao órgão rodoviário a adoção de medidas emergenciais, e zelar pelo cumprimento das normas legais relativas ao direito de vizinhança, promovendo a interdição de construções e instalações não autorizadas;

VII - coletar dados estatísticos e elaborar estudos sobre acidentes de trânsito e suas causas, adotando ou indicando medidas operacionais preventivas e encaminhando-os ao órgão rodoviário federal;

VIII - implementar as medidas da Política Nacional de Segurança e Educação de Trânsito;

IX - promover e participar de projetos e programas de educação e segurança, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo CONTRAN;

X - integrar-se a outros órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito para fins de arrecadação e compensação de multas impostas na área de sua competência, com vistas à unificação do licenciamento, à simplificação e à celeridade das transferências de veículos e de prontuários de condutores de uma para outra unidade da Federação;

XI - fiscalizar o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga, de acordo com o estabelecido no art. 66, além de dar apoio, quando solicitado, às ações específicas dos órgãos ambientais (CTB, 1997).

A Polícia Ferroviária Federal (PFF), fundada em 1852, tem a função de patrulhamento ostensivo nas ferrovias federais. Sua atribuição encontra-se no §3º da CF/88, que apregoa:

§3º - A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Ficam claras as suas atribuições da PRF são de resguardar o patrimônio público das companhias ferroviárias e assegurar o transporte de carga e passageiros, protegendo a integridade física e moral dos usuários.

As Polícias Cíveis dos Estados tem as suas atribuições dispostas no Art. 144, "§ 4º, com a função de polícia judiciária do Estado". A Constituição assim determina: "às polícias cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares" (BRASIL, 1988). Observe que as atribuições da Polícia Civil são bem claras, ou seja, ela deve atuar de forma residual as ações da Polícia Federal no que tange "as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais" (BRASIL, 1988).

Acontece que muitas vezes as atuações das Polícias Cíveis nos Estados superam em muito as atribuições constitucionais estabelecidas pela União.

As Constituições dos Estados da federação inovaram sobremaneira e dispuseram muitas atribuições que o texto constitucional federal não elencou como atribuições das Polícias Cíveis. Observe o caso do Estado de Santa Catarina, por exemplo. Por ser de competência estadual, a função da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina encontra-se amparada no Art. 106 da Constituição Estadual de Santa Catarina (CESC) de 05 de outubro de 1989, que traz a seguinte redação:

A Polícia Civil, dirigida por delegado de polícia, subordina-se ao Governador do Estado, cabendo-lhe:

I - ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares;

II - (revogado - EC 39)

III - a execução dos serviços administrativos de trânsito;

IV - a supervisão dos serviços de segurança privada;

V - o controle da propriedade e uso de armas, munições, explosivos e outros produtos controlados;

VI - a fiscalização de jogos e diversões públicas (CESC, 1989).

Percebe-se que o primeiro inciso está perfeitamente aderente ao texto constitucional, o segundo foi revogado, o terceiro está aderente, pela possível interpretação do Código de Trânsito Brasileiro, mas os incisos quatro, quinto e sexto estão fora das atribuições destacadas no texto constitucional.

O STF manifestou-se da seguinte maneira sobre a possibilidade de atribuir atividades específicas fora dos ditames constitucionais para Polícia Civil:

A Constituição do Brasil – art. 144, § 4º – define incumbirem às polícias civis 'as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares'. Não menciona a atividade penitenciária, que diz com a guarda dos estabelecimentos prisionais; não atribui essa atividade específica à polícia civil (ADI 3.916, rel. min. Eros Grau, julgamento em 3-2-2010, Plenário, DJE de 14-5-2010) (STF).

Verifica-se que Constituição Estadual inovou ao dar atribuições a Polícia Civil do Estado de Santa Catarina fora do que apregoa a Constituição, pois aparentemente não está previsto na Constituição (1988) como atribuição da Polícia Civil a supervisão dos serviços de segurança privada; o controle da propriedade e uso de armas, munições, explosivos e outros produtos controlados; e a fiscalização de jogos e diversões públicas.

Lazzarini (2007, p. 60) destaca que a atividade da Polícia Civil, como polícia judiciária, tem início após a prática do ilícito penal e afirma que:

[...] só compete ao exercício de atividade polícia judiciária, ou seja, as que se desenvolvem após a prática do ilícito penal e, mesmo assim, após a repressão imediata por parte de policial militar que, estando na atividade de polícia ostensiva, tipicamente preventiva (polícia de segurança) e, pois, polícia administrativa, necessária e automaticamente, diante da infração penal que não pode evitar, deve proceder à repressão imediata, tomando todas as providências elencadas no ordenamento processual para o tipo penal que, pelo menos em tese, tenha ocorrido.

Importante destacar que não se trata de retirar poderes ou atribuições da Polícia Civil, mas primar pela correta institucionalização das atribuições funcionais dispostas no texto constitucional.

É evidente que ao assumir atribuições que deveriam ser exercidas pelo Polícia Administrativa, ou seja, Polícia Preventiva, ficam prejudicadas as “funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais”.

Caldas Jr. (2012, p. 2) esclarece que:

A atividade policial tem sido comumente classificada conforme o momento de atuação. Quando a atuação se estabelece antes do evento danoso, diz-se uma polícia preventiva, se atua após, diz-se uma polícia repressiva. Desta forma, a polícia preventiva é classificada como “polícia administrativa” e a polícia repressiva é classificada como “polícia judiciária”.

Outro ponto é que a Atividade de Polícia Administrativa, responsável pela preservação da ordem pública, fica obstada de fazer seu papel de prevenção, pois o policiamento ostensivo é apenas uma das fases a serem executadas pela Polícia Administrativa (LAZZARINI, 1999).

Retomando a raciocínio sobre a previsão constitucional dos órgãos de segurança, chega-se ao Corpo de Bombeiro Militar, que também encontra amparo em suas atribuições no texto constitucional, pois embora seja uma instituição vinculada ao Estado, suas missões são voltadas à prevenção por meio de fiscalização, concessão e sanção, para prevenir acidentes e também a buscas, salvamentos, resgates, extinção de incêndio, entre outras voltadas às atividades de defesa civil (BRASIL, 1988). É considerado força auxiliar e reserva do Exército como prevê o § 5º do Art. 144 da CF/88: [...] “aos Corpos de Bombeiros Militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil” (BRASIL, 1988).

Sobre a Polícia Militar o Art. 144 da CF/88 traz em seu §5º as atribuições dos órgãos obrigatoriamente dispostos por todas as unidades da federação. Desta maneira, o §5º do Art. 144 apresenta que “às Polícias Militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública” (BRASIL, 1988).

Percebe-se que na atividade de polícia fica evidente o caráter residual de atuação da Polícia Militar nos Estados, pois o que não se encaixar nas atribuições dos outros órgãos de segurança pública será incumbência da Polícia Militar.

Importante destacar que a função preventiva deve ser desenvolvida pela Polícia Administrativa e que envolver 4 fases: a ordem de polícia; o consentimento de polícia; a fiscalização de polícia; e a sanção de polícia (BONI, 2006).

Segundo Boni (2006, p. 637):

A noção de polícia ostensiva abriga assim a ordem de polícia que nasce da lei; o consentimento de polícia, que vinculado ou discricionário, anui quando cabível; a fiscalização pela qual se verifica o cumprimento da ordem de polícia ou quando atua no policiamento; e a sanção de polícia que se destina à repressão da infração.

Quanto uma instituição de apuração de infrações penais executa três das quatro fases do trabalho de Polícia Administrativa, mostra-se prejudicada a atuação da outra instituição em vários sentidos. Ademais, resta apenas a sanção de polícia a ser exercida, mas esta muitas vezes poderia ser evitada com o trabalho adequado de prevenção que lhe foi solapado.

Neste sentido o trabalho de prevenção da Polícia Militar visa garantir a preservação da ordem pública e pode extrapolar a atuação em determinados momentos. A este respeito destaca Lazzarini (1989, p.235-236) que:

A competência ampla da Polícia Militar na preservação da ordem pública, engloba, inclusive, a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, a exemplo de greves ou outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, funcionando, então, a Polícia Militar como verdadeiro exército da sociedade. Bem por isso as Polícias Militares constituem os órgãos de preservação da ordem pública para todo o universo da atividade policial em tema da 'ordem pública' e, especificamente, da segurança pública.

O autor destaca ainda que:

A exegese do artigo 144 da Carta, na combinação do caput com seu § 5, deixa claro que na preservação da ordem pública, a competência residual de exercício de toda atividade policial de segurança pública, não atribuída aos demais órgãos, cabe a Polícia Militar (LAZZARINI, 1999, p. 21).

Cabe ressaltar que tanto a Polícia Militar, quanto ao Corpo de Bombeiros Militares, são considerados como força reserva do Exército Brasileiro, estando esta deliberação positivada no §6º do Art. 144 da CFRB de 1988: "As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios" (BRASIL, 1988). Destaca-se que o parágrafo 6 deixou clara a subordinação dos Bombeiros, Polícia Militar e Polícia Civil aos Governadores dos Estados, pois segurança pública é tida como dever do Estado.

Importante mencionar que o artigo 144 da Constituição também menciona as Guardas Municipais, contudo, não no rol destinado aos órgãos elencados entre os incisos de I ao V do capítulo da segurança pública, mas no parágrafo 8º, o qual apresenta que: "Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei" (BRASIL, 1988).

A atribuição constitucional pareceu bem pontual, ou seja, "proteção de seus bens, serviços e instalações" não cabendo nenhuma possibilidade de ampliação dos poderes pré-estabelecidos na Constituição (BRASIL, 1988).

A expressão “conforme dispuser a lei” refere-se à possibilidade de estabelecer as maneiras que se disciplinará a atuação das Guardas Municipais no tocante a proteção dos bens, serviços e instalações do município. Sobre este respeito ensina Meirelles (2005) que para a Administração Pública não há liberdade, tampouco vontade pessoal, pois enquanto para a administração particular (privada) é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Assim, para proteção dos bens, serviços e instalações do município, as Guardas Municipais necessitam de uma estipulação legal para executar as ações e expor os limites da atuação.

Se as Guardas Municipais tivessem a possibilidade de serem órgãos de segurança pública teriam a imposição firmada na constituição, como ocorreu no caput do artigo 144 da CRFB, o qual prevê o dever do Estado de criar os órgãos elencados nos incisos I, II, III, IV e V. Contudo, o legislador constitucional facultou a sua criação para os municípios, pois não é incumbência do município a segurança pública. O STF (STF, 2005) assim já se posicionou:

O Pleno desta Corte pacificou jurisprudência no sentido de que os Estados-membros devem obediência às regras de iniciativa legislativa reservada, fixadas constitucionalmente. A gestão da segurança pública, como parte integrante da administração pública, é atribuição privativa do governador de Estado (ADI 2.819, rel. min. Eros Grau, julgamento em 6-4-2005, Plenário, DJ de 2-12-2005) (STF).

O Estado, na figura de seu governador, pode dar respaldo aos municípios para que ocorra a atuação de suas guardas municipais de forma colaborativa com a segurança pública, mas com observância ao texto constitucional, ou seja, na proteção de seus bens, serviços e instalações e jamais na forma de concorrência com outro órgão legalmente instituído.

Entendido a exposição a respeito dos órgãos responsáveis pela segurança pública e suas atribuições constitucionais, resta verificar se a Lei 13.022/2014 trouxe inovações que vão de encontro aos ditames estabelecidos na Carta Magna.

4 CONSTITUIÇÃO E A LEGALIDADE DO ESTATUTO GERAL DAS GUARDAS MUNICIPAIS

A Constituição, como já mencionado, previa a possibilidade dos municípios instituírem, para proteção de seus bens, serviços e instalações, as Guardas Municipais. O texto constitucional também estipulou que seria editada lei que normatizaria, por assim dizer, a atuação das Guardas Municipais, mas isto na execução dos serviços municipais de proteção de seus bens, serviços e instalações. Este entendimento é evidenciado por Pedro Lenza (2005, p. 429):

Na forma da lei, os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações (art. 144, § 8.º), o que corresponde ao policiamento administrativo da cidade, para a proteção do patrimônio público contra a depredação dos demolidores da coisa alheia.

O tempo passou e muitos municípios pelo Brasil, mesmo com o vácuo legislativo sobre o tema, criaram as suas Guardas Municipais. Algumas dispuseram de lei municipal e outras de lei estadual para legalizar a atuação.

A atuação das Guardas Municipais sem uma definição legal positivada passou a ser desenvolvida com vários entendimentos que distorceram o que foi mencionado no texto constitucional em muitas regiões do país.

Contudo, o Congresso Nacional votou e aprovou a Lei 13.022, de 8 de Agosto de 2014 - Estatuto Geral das Guardas Municipais.

A lei que deveria disciplinar a atuação das Guardas Municipais acabou por ter uma interpretação fora do que apregoa a Constituição. Entre as mudanças ocorridas, a Lei 13.022/2014 ampliou o campo de atuação das guardas municipais, dando estados a elas de órgãos de segurança pública.

Os argumentos a este respeito são variados, Cavalcante (2014, p.2), por exemplo, destaca que:

As guardas municipais sempre tiveram um papel mais relacionado com a proteção do patrimônio físico dos municípios (prédios, escolas, parques etc). Isso se dava em virtude da interpretação restritiva do §8 do art144 da CF/88 [...] A Lei nº 13.022/2014 ampliou essa interpretação prevendo que as guardas municipais possam colaborar de forma mais intensa com a segurança pública nas cidades, atuando em parceria com as polícias Civil, Militar e Federal.

A visão exposta por Cavalcante (2004) demonstra o quão distorcido se vem se interpretando o texto constitucional, pois não se trata de restringir, mas de respeitar a decisão do legislador constitucional que veio impor limites as atuações das guardas municipais. A este respeito Silva (2004, p. 781-782) deixa clara a visão do constituinte quando possibilitou a criação das guardas aos municípios expondo que:

Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que sendo entidade estatal não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança e menos ainda de polícia judiciária.

O ponto abordado por Silva não deixa dúvidas da intenção do legislador, afinal se quisesse criar um órgão municipal de polícia para o município teria instituído no caput do Art. 144 da CRFB a denominação de polícia municipal.

Contudo, as interpretações do parágrafo 8º do Art. 144 da CRFB seguem caminho que se choca com o que já disciplinou o STF, entre os autores apresenta-se a visão de Souza (2008 p. 27) que menciona:

[...] a enumeração dos órgãos de segurança pública estabelecida naquele dispositivo (polícia federal, polícia rodoviária federal, policias civis, policias militares e corpos de bombeiro militares) não é taxativa. Vale dizer, não se deve confundir segurança pública com instituições policiais. O texto constitucional fomenta a atividade daquele órgão, mas não exclui a responsabilidade de todos os setores da sociedade e dos poderes constituídos.

O STF já pacificou que o rol do Art. 144 é taxativo e que segurança pública é dever do Estado e a cargo de seu governador instituir as políticas de segurança pública com respeito ao pacto federativo. Com referência aos Municípios, Silva (2004, p. 782) deixa claro que:

A Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Ai certamente está uma área que é de segurança: assegurar a incolumidade do patrimônio municipal, que envolve bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens patrimoniais, mais não é de polícia ostensiva, que é função exclusiva da Polícia Militar.

Observa-se que pela inteligência do Decreto nº 88.777/83, que foi recepcionado pela Constituição, portanto vigente, que a ordem pública pode ser vista como ação que decorre do conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico, mas que deve respeitar a Carta Magna da Nação. Assim, a polícia, para garantir a preservação da ordem pública procura regular as relações sociais em todos os níveis do interesse público, visando estabelecer um clima de convivência harmoniosa e pacífica em sociedade, e para tanto utiliza com primazia a fiscalização pelo poder de polícia.

O Decreto n.º 88.777 (R-200), no artigo 2º, item nº 19 ainda apresenta a definição de Policiamento Ostensivo destacando que é: “Ação policial, exclusiva das Polícias Militares em cujo emprego o homem ou a fração de tropa engajados sejam identificados de relance, quer pela farda quer pelo equipamento, ou viatura, objetivando a manutenção da ordem pública” (BRASIL, 1983).

O mesmo Decreto n.º 88.777 (R-200), no artigo 2º, item nº 19, destaca a manutenção da ordem pública, que depois foi alterado pela Constituição de 1988 para preservação da ordem pública, traz que:

Manutenção da Ordem Pública - É o exercício dinâmico do poder de polícia, no campo da segurança pública, manifestado por atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública (BRASIL, 1983).

Observe que não há como ter dúvidas pela encadeação de conceitos apresentado, que estão dentro do que preceitua a Constituição. Sobre o poder de polícia Cretella Junior (1968, p. 51) ainda diz que:

Se a polícia é uma atividade ou aparelhamento, o poder de polícia é o princípio jurídico que informa essa atividade, justificando a ação judicial, nos Estados de Direito, [...] é a possibilidade atuante da polícia, o poder da polícia é empregado pela polícia a fim de assegurar o bem-estar público ameaçado.

Percebe-se que a Lei 13.022, de 8 de Agosto de 2014 - Estatuto Geral das Guardas Municipais – embora tenha apenas 23 artigos não destoou apenas da Constituição, mas também do Decreto Federal n.º 88.777/83.

Importante verificar as partes do Estatuto Geral das Guardas Municipais que mais estão em desacordo com o texto constitucional e que se sobrepõem especialmente as funções constitucionais da Polícia Militar.

Primeiramente destaca-se o artigo 2º do Estatuto das Guardas que menciona: “Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal” (BRASIL, 2014). Sobre este artigo faltou colocar depois da palavra proteção “os seus bens, serviços e instalações”, assim não precisaria apresentar as ressalvas das competências da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Outro ponto é que se há ressalva nas competências dos Estados não poderia atuar em funções exclusivas das Polícias Militares com expressa o Decreto n.º 88.777/83, o que pode ensejar ação, como vem ocorrendo, nos Tribunais de Justiça com possibilidade de chegar a instâncias superiores.

O artigo 3º do Estatuto elenca princípios mínimos de atuação das guardas municipais. Observa-se que alguns estão totalmente em afronta ao texto da Constituição. Por exemplo, Inciso III – “Patrulhamento preventivo”, este patrulhamento deve ser realizado exclusivamente para proteção de seus bens, serviços e instalações do município ou esta indo contra ao Decreto n.º 88.777/83. O R-200 destaca no item 27 que “Policiamento Ostensivo - Ação policial, exclusiva das Polícias Militares em cujo emprego o homem ou a fração de tropa engajados sejam identificados de relance, quer pela farda quer pelo equipamento, ou viatura, objetivando a manutenção da ordem pública” (BRASIL, 1983).

O artigo 4º do Estatuto, que apresenta a competência geral das guardas municipais, procurou subverter o que a Constituição disciplinou, destacadamente no seu parágrafo único que apregoou: “Os bens mencionados no caput abrangem os de uso comum, os de uso especial e os dominiais” (BRASIL, 2014). A respeito do parágrafo único Velasquez (2014, p.1) esclarece:

[...] segundo o Código Civil, o qual utilizou o critério da destinação para classificar os bens públicos:

Bens de uso comum: São aqueles destinados ao uso indistinto de toda a população. Ex: mar, rio, rua, praça, estradas, parques (art. 99, I do CC). O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou oneroso, conforme for estabelecido por meio da lei da pessoa jurídica a qual o bem pertencer (art. 103 CC). Ex: Zona Azul nas ruas e zoológico. O uso desses bens públicos é oneroso. **Bens de**

uso especial: São aqueles destinados a uma finalidade específica. Ex: bibliotecas, teatros, escolas, fóruns, quartel, museu, repartições públicas em geral (art. 99, II do CC). **Bens dominicais:** Não estão destinados nem a uma finalidade comum e nem a uma especial. "Constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal ou real, de cada uma dessas entidades" (art. 99, III do CC). Os bens dominicais representam o patrimônio disponível do Estado, pois não estão destinados e em razão disso o Estado figura como proprietário desses bens. Ex: terras devolutas.

A este respeito Velasquez (2014, p. 01) destaca ainda que:

Diante dos conceitos acima referidos, bem como a intenção do nosso Constituinte, percebe-se que, de fato, as atribuições das Guardas Municipais estão adstritas à proteção dos bens de uso especial, e não aos de uso comum, como as ruas, parques, praças e etc. Se passar a exercer a proteção preventiva destes locais, haverá o total desrespeito às atribuições da Polícia Militar, expressamente previstas na Constituição Federal em seu art. 144, §5º (policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública).

Prosseguido na verificação do Estatuto das guardas municipais percebe-se mais uma aparente inconstitucionalidade no art. 5º, III, *in verbis*:

Art. 5º São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais:

[...]

III - atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais;

Mesmo que se tente forçar uma interpretação da Constituição, não se pode confundir os bens, serviços e instalações municipais com pessoas que utilizam deles. A proteção se direciona aos bens, serviços e instalações, pois caso contrário, Velasquez (2014, p.1) adverte que "a sutileza dessa norma, a qual intenta a municipalização da segurança pública à revelia do que preconiza a Constituição Federal é flagrante". Salienta, ainda, que ao se fazer uma interpretação conjunta entre o art. 4º, parágrafo único, ao que está disposto no art. 5º, inciso III, do Estatuto, fica evidente que toda a população que utilizar as ruas das cidades, poderá estar "protegida" pelas Guardas Municipais (VELASQUEZ, 2014).

O Estatuto das Guardas ainda no Art. 5º expõem em seu parágrafo único que:

No exercício de suas competências, aguarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento (BRASIL, 2014).

Este parágrafo único dispõe que a guarda municipal pode atuar conjuntamente com outras guardas para formarem uma espécie de polícia intermunicipal, no que se refere: "XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas" e "XIV - encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário" (BRASIL, 2014).

Contudo, nota-se que o referido artigo garantiu supremacia aos órgãos de segurança pública, pois "diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento" (BRASIL, 2014). Neste sentido, ocorrendo aparente conflito de competência de ordem operacional caberá a Guarda recuar o atendimento e agir como órgão de apoio no atendimento.

Outro ponto que carece de uma grande atenção é que cabe ao Ministério Público o controle externo da atividade das polícias, entretanto as Guardas Municipais ficaram fora deste controle, como expressa o artigo 13 do Estatuto:

Art. 13. O funcionamento das guardas municipais será acompanhado por órgãos próprios, permanentes, autônomos e com atribuições de fiscalização, investigação e auditoria, mediante:

I - controle interno, exercido por corregedoria, naquelas com efetivo superior a 50 (cinquenta) servidores da guarda e em todas as que utilizam arma de fogo, para apurar as infrações disciplinares atribuídas aos integrantes de seu quadro; e

II - controle externo, exercido por ouvidoria, independente em relação à direção da respectiva guarda, qualquer que seja o número de servidores da guarda municipal, para receber, examinar e encaminhar reclamações, sugestões, elogios e denúncias acerca da conduta de seus dirigentes e integrantes e das atividades do órgão, propor soluções, oferecer recomendações e informar os resultados aos interessados, garantindo-lhes orientação, informação e resposta.

Uma questão surge: Este fato se dá em decorrência das Guardas Municipais não gozarem de poder de polícia ou por estarem acima das possibilidades de ser alvo das ações do *parquet*?

Frente à análise realizada e diante do que está colocado no Estatuto das Guardas Municipais é prudente corroborar Velasquez (2014, p. 01) quando reforça que:

Trata-se de notória usurpação de função pública, prevista expressamente na Constituição Federal, que merece ser rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e ter alguns de seus dispositivos declarados inconstitucionais. Como alternativa, se assim entender o STF, poderão estes artigos receber uma interpretação conforme a Constituição, referindo que os bens citados nesta norma se resumem aos bens de uso especial dos municípios, em respeito ao que preconiza o §8º, do art. 144 da CF.

Importante mencionar que não é propósito fomentar a decretação de inconstitucionalidade total da Lei 13.022/2014, mas sim mostrar a necessidade de adequá-la para ficar harmonizada com a Constituição.

Outra possibilidade é fazer uma emenda constitucional com intuito de colocar a guarda municipal entre os órgãos de segurança pública, na condição de polícia municipal, definindo os ilícitos penais que deve atuar para não ocorrer sobreposição de atividades com a Polícia Militar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No tocante as visões expostas ao logo deste artigo se perceber que a garantia de uma sociedade democrática perpassar pelo respeito aos ditames Constitucionais. Não há como se falar em estado democrático de direito sem que as normas tenham observância a Carta magna, tanto que temos um órgão jurisdicional, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, para lhe garantir a primazia sobre normas infraconstitucionais. Desta forma, as normas infraconstitucionais criadas ou recepcionadas pela Constituição a ela se reverenciam.

Quando uma lei é criada e vem ferir a Constituição, por si só já é um problema a ser combatido, mas quando ainda vem violar a função de um órgão de segurança pública que legalmente está instituído e em perfeita observância a lei maior, este fato pode causar problemas aos direitos individuais e coletivos.

O cidadão tem seus direitos e a lei deve procurar afetar o mínimo possível suas vidas. O Estatuto das Guardas Municipais vem criar atribuições para uma instituição que não são amparadas pela Constituição. Com isto faz com que as pessoas possam sofrer ações descabidas por uma instituição que não deveria atuar como Polícia, mas como determina a Constituição, ou seja, proteção de seus bens, serviços e instalações do Município.

REFERÊNCIAS

- BEZERRA, Jorge Luiz. **Segurança pública: uma perspectiva político criminal: (à luz da Teoria das Janelas Quebradas)**. São Paulo: Blucher Acadêmico, 2008.
- BOBBIO, N.; MANTTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília: UNB, 1998.
- BONI, Márcio Luiz. Cidadania e Poder de Polícia na Abordagem Policial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano 7, n. 9, Dez. 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Discente/MarcioBoni.pdf>>. Acesso em: 26.Out.2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 25 Jun.2015.
- _____. **Decreto N.º 88.777, de 30 de Setembro de 1983**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-88777-30-setembro-1983-438564-normaatualizada-pe.html>>. Acesso em: 25 Jun.2015.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 Jun.2015.
- _____. **Decreto N.º 1.655, de 3 de outubro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1655.htm>. Acesso em: 25 Jun.2015.
- _____. **Lei N.º 9.503, de 23 de Setembro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 25 Jun.2015.
- _____. **Portaria N.º 1.375, DE 2 de Agosto de 2007**. Ministro de Estado da Justiça. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/Acesso/anexos-institucional/2007portariamj1375.pdf>>. Acesso em: 25 Jun.2016.
- _____. **Lei N.º 13.022, de 8 DE Agosto de 2014**. Estatuto Geral das Guardas Municipais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/l13022.htm>. Acesso em: 25 Jun.2016.
- CALDAS JR, José Tércio Fagundes. **A Formação do Ciclo Completo de Polícia**. Sítio do Sindicato dos Policiais Federais no Estado da Paraíba. 2012. Disponível em: <http://antigo.sinpefpb.org.br/viewpage.php?page_id=2>. Acesso em: 23 Mar.2015.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Resumo Esquemático sobre a Lei 13.022/2014** (Estatuto Geral das Guardas Municipais). Disponível em: <<https://editoradizerodireito.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Lei-13.022-estatuto-das-guardas-municipais.pdf>>. Acesso em: 15 Out.2014.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Sítio da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/departamento-de-policia-legislativa>>. Acesso em: 21 Mai.2015.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Polícia Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Papel da Polícia no Regime Democrático**. São Paulo: Editora Mageart, 1996.
- GONÇALVES, Robson José de Macedo. **A Polícia do Senado Federal**. 2004. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/spol/pdf/ArtigoRobson2.pdf>>. Acesso em: 21 Abr.2015.
- JESUS, José Lauri Bueno de. **Polícia Militar & Direitos Humanos** 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.
- LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LAZZARINI, Álvaro. Da segurança pública na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 26, n/ 104, out./dez., 1989.
- LAZZARINI, Álvaro. **Direito Administrativo de Ordem Pública**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado. Cidadania e poder político na modernidade**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- MARCINEIRO, Nazareno. **Polícia Comunitária: construindo segurança nas comunidades**. Florianópolis: Insular, 2009.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- MIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 8. Ed., atual. e Ampl. São Paulo: Editora Método, 2005.
- SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina**. 1989. Ed. atualizada com 68 Emendas Constitucionais – Florianópolis: Assembleia Legislativa, 2013. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/portal_alesc/sites/default/files/CESC_2013_67_e_68_emds.pdf>. Acesso em: 22.Mai.2015.
- SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2006.
- SOUZA, Marcelo Ferreira de. **Segurança Pública e Prisão Preventiva: no Estado Democrático de Direito**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro 2008.
- STF. Supremo Tribunal Federal. **Publicações. Legislação Anotada**. A Constituição e o Supremo. [ADI 2.819, rel. min. Eros Grau, j. 6-4-2005, Plenário, DJ de 2-12-2005]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201359>>. Acesso em: 08 Mai.2015.
- STF. Supremo Tribunal Federal. **Publicações. Legislação Anotada**. A Constituição e o Supremo. [ADI 3.916, rel. min. Eros Grau, j. 3-2-2010, P, DJE de 14-5-2010]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201359>>. Acesso em: 08 Mai.2015.
- STF. Supremo Tribunal Federal. **Publicações. Jurisprudências**. ADI 3469. Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2010, DJe-039 DIVULG 25-02-2011 PUBLIC 28-02-2011 EMENT VOL-02472-01 PP-00014). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000170467&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24.Mai.2015.
- TORRES, Ana Paula Repolês. A Relação Entre Constitucionalismo e Democracia: revisões periódicas e abertura interpretativa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 18 – jul./dez. 2011. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-183-Artigo_Ana_Paula_Repoles_Torres_\(A_relacao_entreConstitucionalismo_e_Democracia_revisoes_periodicas_e_abertura_interpretativa\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-183-Artigo_Ana_Paula_Repoles_Torres_(A_relacao_entreConstitucionalismo_e_Democracia_revisoes_periodicas_e_abertura_interpretativa).pdf)>. Acesso em: 25 Abr.2014.
- TOURINHO FILHO, F da C. **Processo Penal**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. V.3.
- VELASQUEZ, Douglas Pohlmann. **A inconstitucionalidade material da Lei nº 13.022/2014 - Estatuto Geral das Guardas Municipais**. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31441/a-inconstitucionalidade-material-da-lei-n-13-022-2014-estatuto-geral-das-guardas-municipais#ixzz3llzSEDEy>>. Acesso em: 23 Mai.2015.

A ORIGEM DO ESTADO: UMA VISÃO A PARTIR DOS CONTRATUALISTAS – ABSOLUTISTA (THOMAS HOBBS), LIBERAL (JOHN LOCKE) E DEMOCRÁTICA (JEAN-JACQUES ROUSSEAU)

THE ORIGIN OF THE STATE: A VIEW FROM CONTRACTUALISTS – ABSOLUTIST (THOMAS HOBBS), LIBERALIST (JOHN LOCKE) AND DEMOCRATIC (JEAN-JACQUES ROUSSEAU)

Arthur Bezerra de Souza Junior¹ | Ronaldo Jarmyk²

Resumo: Com o fim das estruturas de governo feudal, fragilizadas pela descentralização do poder, surgem os poderes absolutistas. Reis e rainhas eram detentores de todo o poder do Estado, agindo com rigor e sem critérios. Os pensadores contratualistas propõem o fim deste regime, com a adoção de um modelo de Estado Moderno, com uma organização tripartida (propostos por Rousseau e Locke), como contraponto a concentração excessiva de poder nas mãos de um só.

Palavras-chave: Política. Ciências políticas. Estado Moderno.

Abstract: *With the end of the feudal government structures weakened by the decentralization of power, suggest the absolutist powers. Kings and queens were all holders of state power, acting with rigor and without criteria. The contractarian thinkers propose an end to this scheme, with the adoption of a model of the modern state, with a tripartite organization (proposed by Rousseau and Locke), as opposed to excessive concentration of power in the hands of one.*

Key words: Policy. Political science. Modern State.

1 INTRODUÇÃO

A Ciência Política é, assim como as demais Ciências Humanas Aplicadas, sempre suscetível a mudanças promovidas pela evolução do pensamento humano, pois situações adversas promovem a inovação de conceitos, aplicabilidade e adequações.

Utilizando-se como base a estruturação dos modelos de Estado ao longo da história é possível verificar como um conceito estruturado há cerca de mais de 2 mil anos antes de Cristo, iniciado na Grécia Antiga, tornou-se extremamente suscetível às mudanças do comportamento humano. Ao se deparar com a concentração de poder promovida pelos modelos absolutistas, Hobbes, Locke e Rousseau propõem uma revisão dos modelos de composição do Estado, bem divergente do modelo ao qual estavam submetidos: o Estado precisava se descentralizar, ou seja, o poder não poderia permanecer nas mãos de um único governante.

O conceito de Direito Natural perante o comportamento do homem em sociedade, coloca uma nova pauta, através da qual a mudança deste comportamento torna-se inevitável. Somente o Contrato Social pode ser a saída para garantir o equilíbrio do convívio coletivo e das garantias dos direitos de todos.

1 Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre Direito (Justiça, Empresa e Sustentabilidade) pela Uninove. Especialista em Direito Processual pela Unisul. Professor Universitário em Cursos de Graduação e Pós Graduação. Advogado.

2 Professor em Cursos de Pós Graduação e MBA de Gestão, Brand e Varejo de consumo na FIA. Especialista em Administração de Empresas pela PUC-SP. Bacharel em Propaganda e Marketing pela UNIP.

Desta forma, o Estado não pode ser governado por apenas um indivíduo. O Contrato Social pressupõe divisões de responsabilidades de quem governa e de quem é governado, lançando, por assim, as bases para a edificação futura do modelo de Estado Democrático de Direito, do qual atualmente todos são parte.

2 O CONCEITO DE ESTADO

O conceito de Estado está amplamente ligado ao conceito de Sociedade, sendo esta a base fundamental daquele, ou seja, o Estado só pode se organizar e se manter a partir de uma sociedade. Tal pensamento é exteriorizado por Paulo Bonavides, conforme trecho abaixo:

Os conceitos de Sociedade e Estado, na linguagem dos filósofos e estadistas, têm sido empregados ora indistintamente, ora em contraste, aparecendo então a sociedade como círculo mais amplo e o Estado como círculo mais restrito. A Sociedade vem primeiro; o Estado vem depois. (BONAVIDES, 2012, p. 63).

Partindo desta citação, podemos compreender a importância da sociedade na elaboração e na composição do Estado, suas instituições, sua mecânica e o papel de grupos humanos organizados: representar, fazer-se representante, pleitear direitos e contrair obrigações.

2.1 A SOCIEDADE E O ESTADO

Como citado acima por Bonavides, a sociedade vem primeiro lugar e o Estado depois, de tal forma que a sociedade abrange um círculo mais amplo e o Estado um círculo mais restrito. Este conceito nasce com o declínio do modelo de poder político medieval, o qual cede espaço ao novo pensamento da burguesia que atinge seu ápice na Revolução Francesa em 1789, tendo como um de seus princípios o dualismo Sociedade-Estado.

A burguesia assume o poder levando tal conceito avante, transformando o Estado no detentor da ordem jurídica e normativa e do poder político, em especial aquele manifestado na esfera exterior da sociedade.

Bonavides define este papel da sociedade como:

A Sociedade, algo interposto entre o indivíduo e o Estado, é a realidade intermediária, mais larga e externa, superior ao Estado, porém inferior ao indivíduo, enquanto medida de valor. (BONAVIDES, 2012, p. 63).

O termo sociedade passa a ser incorporado na organização do poder político pela burguesia. Jean Jacques Rousseau, como será visto mais detalhadamente adiante, foi o pensador que fez a distinção plena entre a sociedade (que manifesta a vontade de todos) e o Estado (que manifesta a vontade geral).

Desta forma, os grupos dos indivíduos, que por vezes constituem uma sociedade, só terão direito ao emprego material da força com assentimento do Estado. Ou seja, a delegação de poder oferecida pela sociedade organizada ao Estado constituído, permite a aplicação da força, monopolizada pelo Estado, conforme cita mais uma vez Bonavides:

O Estado moderno racionalizou, porém, o emprego da violência, ao mesmo passo que o fez legítimo. De modo que, valendo-se de tais reflexões, chega Max Weber, enfim ao seu célebre conceito de Estado: aquela comunidade humana que, dentro de um determinado território, reivindica para si, de maneira bem-sucedida, o monopólio da violência física legítima. [...] Em suma, reconhece Max Weber o Estado como a derradeira fonte de toda a legitimidade, tocante à utilização da força física ou material. (BONAVIDES, 2012, p. 63).

Em suma, pode-se concluir que a sociedade é o produto da vontade humana em realizar associações para manifestar anseios, desenvolver atividades cooperativas e buscar a melhoria do bem comum, alicerçada no impulso primitivo natural do ser humano.

2.2 ELEMENTOS DE COMPOSIÇÃO DO ESTADO

Primeiramente é preciso fundamentar que o Estado é uma entidade intangível, sendo sempre resultado da manifestação do poder de um grupo específico de pessoas, as quais conservam determinadas características culturais dentro uma porção territorial delimitada.

A este conceito, socorre-nos mais uma vez Paulo Bonavides, ao citar em sua obra o autor Georg Jellinek, conforme abaixo:

Estado é a "corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando" Conceito este irrepreensível, digno sem dúvida de fazer jus ao prêmio sugerido por Bastiat. (BONAVIDES, 2012, p. 71).

Desta forma, subentende-se que a composição do Estado passa por três elementos fundamentais: o território, o povo e o poder. Sendo que, território e povo são as bases materiais para a existência do Estado, pois, para que este surja é necessário que haja uma comunidade humana e uma porção de terra onde este grupo se estabeleça de forma perene. Já o poder é a manifestação facultada a uma parte do grupo em tomar decisões em nome da coletividade, almejando o bem de todos os envolvidos.

Formularemos agora uma breve conceituação dos três elementos fundamentais.

2.2.1 Território

Os aspectos geográficos sempre foram determinantes para a sobrevivência humana, fato este que embasou a teoria de Evolução das Espécies estudada e desenvolvida por Charles Darwin. Diante disso, pode-se afirmar que a atividade nômade era determinante para a sobrevivência das comunidades primitivas, as quais deslocavam-se sempre em busca de melhores condições ambientais, climáticas e topográficas para garantir os recursos mínimos necessários a sua subsistência.

O aumento da disponibilidade de recursos em determinadas regiões específicas do planeta, bem como as alterações das condições climáticas, propiciando regiões mais adequadas ao cultivo da terra, levaram as comunidades primitivas a abandonarem o nomadismo para estabelecerem de forma mais fixa nas localidades mais promissoras. Esta atitude é o primeiro conceito de território que podemos utilizar, conforme citado pelo Prof. Reinaldo Dias³.

Embora o conceito de território relacionado ao Estado só surgiu com o Estado Moderno, desde a fixação das primeiras comunidades humanas em uma porção de terra específica, já se esboçava a necessidade do domínio de determinado grupo sobre uma área específica, no intuito de garantirem seus recursos. O Professor Dalmo Dallari expressa a importância do território para a existência do Estado, embora alguns pensadores entendam que o esse seja apenas um elemento natural, onde os governantes exercem e executam suas responsabilidades⁴.

Frente a estes pontos, pode-se concluir que a territorialidade é condição essencial ao Estado. Podem existir sociedades não territoriais, onde ocorre a diferenciação política e, portanto, podem ser consideradas sociedades políticas, no entanto não são Estados. O que caracteriza o Estado como forma de sociedade política organizada é, sem dúvida, o elemento território e seu vínculo a pessoa jurídica do Estado.

Destes princípios ainda parte a essência da garantia de ocupação territorial e sua legítima exploração. Vale ressaltar que a exploração territorial pode ser feita em três vertentes: térrea (compreendendo o subsolo), aérea e marítima, explanado por Reinaldo Dias⁵.

3 DIAS, Reinaldo. *Ciência Política*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 92.

4 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.36;

5 DIAS, Reinaldo. *Op. Cit.*, 2013, p. 94.

2.2.2 Povo

Entende-se como povo, o agrupamento humano com cultura semelhante – língua, religião e cultura – caracterizando certa homogeneidade, com traços consistentes das relações sociais estabelecidas entre seus semelhantes.

A nação prescinde uma organização política própria, quer seja na forma de um Estado soberano, com aspectos políticos próprios e autônomos, podendo ser uninacional ou plurinacional.

O povo, através de seu comportamento, pode embasar nações de origem política e de origem étnico-cultural, as quais atuam, desde sua formação de maneiras diferentes. Sendo que a primeira demonstra a influência política da atuação do povo, inclusive na composição do novo Estado; já a segunda, a atuação fica limitada apenas às valorizações culturais locais.

2.2.3 Soberania

Define-se como soberania, o monopólio de aplicação do poder de um grupo social sobre um determinado território. A centralização do poder é aspecto indispensável para a existência do Estado, pois somente com o reconhecimento do poder de agir do Estado, delegado pela população do território, é que poderão ser implantadas e executadas as atividades sociais.

Ofato a ser destacado é que a soberania somente existe na medida em que se atribui, com caráter exclusivo, a esfera de territorialidade da soberania e a importância que assumem, quando da criação de um novo Estado. (DIAS, 2013, p. 136).

Neste conceito, Reinaldo Dias destaca a importância de a soberania ser atribuída e praticada por um grupo sobre uma porção territorial, provocando o reconhecimento externo da criação de um novo Estado. Também é a soberania que permite ao povo escolher e delegar poder para o seu estabelecimento territorial.

2.3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO

Embora diversas vezes abordada de forma cronológica, a evolução dos Estados não pode ser categoricamente certificada desta maneira, uma vez que não há registros científicos e históricos que o validem. No intuito de atender os anseios pedagógicos, o que se faz comumente a fim de preencher tal lacuna, traçam um paralelo nas características dos modelos de Estado ao longo da história da Humanidade, vinculando-as aos períodos do pensamento sócio-político-econômico da época. Além do objetivo didático, esta divisão atende também a melhor compreensão da estrutura do Estado contemporâneo, resultante das diversas influências sofridas no decorrer da história.

Com pequenas variações, grande parte dos autores estruturou a evolução cronológica dos Estados considerando as seguintes fases: os Estados Antigo, o Estado Grego, o Estado Romano, o Estado Medieval e o Estado Moderno.

O termo Estado é definido por Dalmo de Abreu Dallari de forma ampla e completa, conforme citação abaixo:

A denominação Estado (do latim *status* = estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em "O Príncipe" de Maquiavel, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*. (DALLARI, 2013, p. 59).

O termo Estado tem em seu significado etimológico a definição de uma situação concreta, empregando-se a uma situação comparável, partindo de um dado preciso. Desta forma, tornou-se comum o uso do termo "Estado" para designar a autoridade exercida por um organismo específico, em um determinado território, sobre certa população ou grupo social organizado.

A palavra Estado acabou por tomar um sentido amplo e complexo, a partir do momento que passou a designar diversas organizações políticas atuais, conforme citado por Reinaldo Dias:

Chamamos de Estado Às diversas formas de organização políticas atuais, como o Reino Unido da Grã-Bretanha, os Emirados Árabes Unidos do Golfo Pérsico, o Estado do Panamá e demais Estados brasileiros que formam uma divisão territorial interna; [...] Este amplo sentido que tem o vocábulo se complica ainda mais com as referências generalizadas às organizações políticas do passado, daí ser o conceito utilizado tanto para as grandes organizações estatais como as menores também estatais. (DIAS, 2013, p. 54).

Em geral, classificando-se as teorias de surgimento dos Estados, conforme abordado por Dallari⁶, pode-se elencar três grandes grupos: a-) Existência plena do Estado – para muitos autores o Estado sempre existiu, assim como a sociedade, ou seja, o Estado é o princípio fundamental e unificador de toda sociedade existente; b-) Existência parcial do Estado – a grande maioria dos autores entendem que inicialmente a sociedade existiu sem a presença do Estado durante um período temporal determinado. Depois, por questões diversas, houve a necessidade de delegação do poder a um organismo específico para tratar de conveniências e demandas dos diversos grupos sociais; c-) Existência do Estado e a soberania – para um outro grupo de autores só é possível definir a existência do Estado perante uma sociedade com características específicas, em especial, quando há a adoção e condução da soberania, fato este que só ocorreu no século XVII.

2.4 OS ESTADOS ANTIGOS

As primeiras manifestações de Estado se deram na região do Mediterrâneo e do Oriente Médio, com características essencialmente teocêntricas, ou seja, com ampla influência religiosa, seja pela elaboração do código de conduta adotado (muitas vezes oriundos de princípios religiosos), seja pelo governante que, invariavelmente manifestava um poder divino (como ocorria com os faraós). Este modelo foi denominado de “Estado Teocrático”.

Embora não haja um registro histórico confirmando a existência do Estado Grego, os fundamentos adotados pelas “*polis*” (cidade Estado), permite essa generalização, ao contrário do que ocorreu com os povos de Esparta e Atenas que apresentavam diversas peculiaridades comprometendo tal paridade.

No Estado Grego só os cidadãos tinham participação política ativa, estes classificados por suas posses e influências sociais. Trabalhadores e escravos não eram membros políticos ativos e, portanto, não eram considerados como cidadãos. O mesmo aplicava-se às mulheres. Assim, mesmo quando o governo era tido como democrático, apenas uma seleta parcela da população (denominada de cidadãos), participava das decisões políticas ativamente. O objetivo deste formato também possibilitava um maior controle na condução das políticas adotadas por parte dos governantes.

Utilizando-se de alguns princípios do Estado Grego, complementando com outros organismos, eclode o Estado Romano. Este passou por diversas formas de governo e organização política, indo da monarquia, passando pela república e culminando com o império.

Na cultura romana, o Estado é a *civitas*, ou seja, a comunidade dos cidadãos. A *civitas*, portanto, é uma comunidade juridicamente organizada cujo centro é a cidade e o regime dessa cidade é constituído pela assembleia, o senado e o povo. (DIAS, 2013, p. 57).

Logo após o Estado Romano, surge o Estado Medieval.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. Cit, 2013, p. 60.

2.5 O ESTADO MEDIEVAL

A constante participação da igreja no governo expunha dois elementos de intenso poder e influência no Estado Medieval: de um lado o líder religioso; do outro lado o Imperador. O ponto em comum aos dois é a presunção de “divindades”, ou seja, a ligação com o divino que lhes conferia o poder de governar e julgar. Tal ponto é bem fundamentado por Reinaldo Dias:

Durante a Idade Média, o poder político se fundamentava através da concepção do sagrado, vinculado a uma comunidade (cristã), que tinha um caráter universal e era identificada como a Igreja. Duas autoridades, ambas de origem divina, sustentavam essa ideia: o papa e o imperador. (DIAS, 2013, p.61).

Esta relação divina com características cristãs submetia o poder político de forma localizada. Assim, os diferentes reinos estavam submissos ao poder do Imperador e/ou à Igreja. Por sua vez, os reis ficavam limitados em agir frente os senhores feudais, que gozavam de prestígio e autonomia no interior dos reinos. Esta relação de dependência e lealdade entre a vassalagem e os senhores feudais pautou a organização política da época e também foi abordada na obra de Maquiavel, “O Príncipe”. Segundo Maquiavel, uma vez o povo abastecido pelos recursos necessários à sua sobrevivência, retribuiriam ao Estado com sua fidelidade e disposição em defendê-lo:

Entretanto, um príncipe hábil deve pensar de maneira pela qual com que seus cidadãos, sempre e em qualquer circunstância, tenham necessidade do Estado e dele. Assim sendo, ser-lhe-ão sempre fiéis. (MAQUIAVEL, 2006, p.48).

Em outro ponto ainda afirma:

Considerando bem tudo, não será difícil a um príncipe prudente conservar firmes, antes e depois do cerco, os ânimos de seus cidadãos, desde que não falem viveres nem meios de defesa. (MAQUIAVEL, 2006, p.51).

Estas relações de dependência entre os vassallos e os senhores feudais produziam uma divisão do poder que funcionava como uma espécie de filtro, impedindo uma relação direta entre o povo e o rei. Assim, pode-se concluir que o poder político do feudalismo se caracterizava pela dispersão, o patrimonialismo (por vez patriarcal praticado pelos senhores feudais), a pluralidade e a redução das relações interpessoais do poder político, já que o rei não se dirigia diretamente ao povo, mas apenas aos senhores feudais.

Importantes fatos começaram a desdobrar-se nos reinos, os quais começaram a abalar sensivelmente as estruturas dos governos feudais. Entre elas temos:

- Surgimento das primeiras instituições permanentes na administração pública, além do surgimento dos Departamentos de Tesouro e as Cortes de Justiça;
- Surgimento das primeiras manifestações de Direito Geral para todo o reino, superando as particularidades características de cada feudo;
- Positização dos direitos, ou seja, a explicitação escrita e apresentação destes em textos legais.

Conjugados os três fatores que acabamos de analisar, o cristianismo, a invasão dos bárbaros e o feudalismo, resulta a caracterização do Estado Medieval, mais como aspiração do que como realidade: um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofícios. (DALLARI, 2013, p. 77).

Como exposto por Dallari, estas situações causaram constante instabilidade política, econômica e social, causando uma necessidade de estabelecimento da ordem e da composição da autoridade, seja institucional ou seja pessoal, que corroboraram para o surgimento do Estado Moderno.

2.6 ORIGEM DO ESTADO MODERNO E O CONTRATUALISMO

Com o declínio do modelo feudal surge no mundo moderno a necessidade de delimitação dos territórios e de uma maior centralização do poder com a participação das classes, diferentemente da concentração do poder absolutista que levou à Revolução Francesa. Diversas foram as “ondas” de mudanças, iniciando na Inglaterra, passando pelos Estados Unidos com sua independência, culminando com a queda da Bastilha na França.

As primeiras citações do contratualismo podem ser encontradas na obra “A República” de Platão, onde se discorre sobre a necessidade de uma sociedade equilibrada pautada pelo racionalismo, sem qualquer menção às necessidades naturais do homem. Este primeiro “esboço” apresenta um modelo ideal que seria, posteriormente, melhor estruturado pelos autores dos séculos XVI, XVII e XVIII. Seriam estes Thomas Moore com sua obra “Utopia” e Tommaso Campanella em “A cidade do Sol”.

Reginaldo Dias define em sua obra o contratualismo:

Denominamos contratualismo à concepção segundo a qual o Estado é o produto da decisão racional dos homens destinada a resolver os conflitos gerados pelo seu instinto antissocial ou para solucionar os conflitos advindos da convivência. (DIAS, 2013, p.66).

Diante deste conceito, o contratualismo pressupõem um ato de lógica política, deliberada e racional, no intuito de estabelecer o equilíbrio das relações humanas de um grupo social, procurando garantir a estabilidade, a responsabilidade e a segurança das instituições sociais e dos núcleos organizacionais.

Os principais contratualistas clássicos dentro da Teoria Geral do Estado são: Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Estes pensadores em especial, apresentam os seguintes pontos em comum:

- 1) Partem do entendimento de que o Estado foi constituído através de uma necessidade de organizar as relações sociais até então pautadas pelo estado de natureza do homem, sem leis positivadas, prevalecendo o comportamento e o direito natural de cada indivíduo;
- 2) O equilíbrio das relações sociais dos indivíduos só se torna possível através da positividade das leis, atitude esta amparada por um contrato social. O contrato demanda a estruturação do Estado que avoca o poder para dirimir os conflitos oriundos do estado de natureza;
- 3) Há diversos tipos de Estado que podem ser estruturados, de acordo com cada autor. Neste caso pode-se ter: o absolutista (defendido por Thomas Hobbes), o liberal (defendido por John Locke) e o democrático (elaborado por Rousseau);

Independentemente da forma de governo adotada, os três pensadores contratualistas clássicos traziam em sua proposta um ponto comum: o embate ao modelo absolutista, a desconcentração do poder de governar e a necessidade de novos organismos na composição do Estado de maneira a garantir mais isenção, imparcialidade, equilíbrio e segurança jurídica nas ações tomadas por aquele que governa. Neste bojo nascem também os primeiros fundamentos que, posteriormente, pautariam o conceito do Estado Democrático de Direito.

2.7 O CONTRATUALISMO SEGUNDO THOMAS HOBBS (1588 – 1679)⁷

É na obra “O Leviatã”, de Thomas Hobbes, que o contratualismo é citado de forma mais estruturada e claramente proposto.

Segundo Hobbes, o homem vive em um “estado de natureza” inicial, sendo todo o estado de desorganização político-sócio-econômica na qual o homem esteja inserido, não se limitando apenas ao seu estado primitivo. Para Hobbes, esta situação de descontrole sempre se estabelece quando, o homem ao ter sua segurança exposta a ação de outros, utiliza-se de qualquer meio para recuperá-la, mesmo que de forma violenta e vil. Quando estes impulsos do homem não são controlados instala-se o caos e a desordem (HOBBS, 2006).

Reinaldo Dias aborda este descritivo de Hobbes em sua obra:

De acordo com Hobbes, o homem é um ser agressivo e invejoso por natureza devido ao seu desejo de tirar vantagem num contexto inicial de igualdade. Daí imperar no estado de natureza a guerra de todos contra todos, onde cada um se declara com direito a tudo. “O homem é o lobo do próprio homem”. Esta situação gera um ambiente de permanente conflito, sendo que a própria vida se vê ameaçada e, a parti dessa insegurança, nenhum empreendimento humano tem sentido. Diante desta situação, para garantir certa ordem e estabilidade, as pessoas têm que ceder de forma incondicional e irrevogável todos os direitos ao soberano, que assim passaria a ter direito ilimitado para garantir a segurança de todos. O produto institucional do contrato de Hobbes é o Estado absolutista que denomina “república”. (DIAS, 2013, p.67).

Segundo Hobbes, durante o período de tempo em que o homem convive sem a atuação de um poder capaz de organizar a sociedade ou a comunidade na qual se instalou a desordem, para estabelecer o equilíbrio das relações de respeito mútuo, o homem passa a se encontrar em um “estado de guerra”. Guerra esta de todos contra todos, ou seja, de todos os homens contra todos os homens em busca apenas dos interesses individuais, não importando o outro. Este “estado de guerra” para Hobbes, era resultado da essência do homem, que é um ser egoísta, luxurioso, tendente a violência e insaciável, resultando em uma vida solitária, pobre, repulsiva, animalésca e breve.

Este cenário caótico estabelecido pelo “estado de natureza” do ser humano só teria fim, segundo Hobbes, com a atuação de um poder soberano, o qual produza algum tipo de repressão para desencorajar a conduta impulsiva e instintiva do homem, obrigando-o a abandonar o seu “estado de natureza” e mudar sua conduta natural. Este poder soberano só pode ser estabelecido através de um Contrato Social, do qual ocorre o surgimento do Estado, capaz de pôr fim ao estado de guerra natural, impor limites às atuações humanas e prover garantias nas relações civis, gerindo a paz para que haja uma relação equilibrada e estável entre todos. Para Hobbes, a essência humana se compõe de duas tendências: a razão e a paixão, por isso a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre as relações humanas, para que não haja exagero, favorecimento e em suma, injustiça.

Ainda segundo a visão de Hobbes, a atitude natural do homem é impulsiva, movida por sua paixão, levando-o a desejar e alcançar privilégios próprios, mesmo que para tal seja necessária a sobreposição à vontade do seu semelhante. Por sua vez, o homem não é provido somente de paixão, mas também de razão, fato este que o torna diferente dos outros animais. Sendo assim, sem a segurança necessária dentro do equilíbrio do convívio coletivo, todos os benefícios obtidos não podem ser desfrutados, em virtude desta insegurança social, a qual leva o homem a reposicionar-se quanto a necessidade da instituição de organismo organizador geral, capaz de impor o poder, fruto da renúncia individual em detrimento ao bem coletivo. Este pensamento é abordado por Dias:

Enquanto a paixão faz os homens se enfrentarem uns aos outros, a razão os faz pactuar, por isso são levados a fazer um contrato que implica na renúncia de todos os direitos que possuíam no seu estado de natureza para entrega-los a um soberano que, em troca, lhes garanta a ordem e a segurança. (DIAS, 2013, p.68).

⁷ Pensamentos construídos com base na leitura e reflexão da obra O LEVIATÃ de Thomas Hobbes.

O Estado, segundo a concepção de Hobbes, é constituído quando um grande grupo de pessoas concordam e celebram um pacto para que suas vontades sejam manifestadas através de representantes escolhidos pela maioria da vontade popular. Desta forma, tanto aqueles que foram a favor, como aqueles que votaram contra os representantes, acolhem a vontade da maioria, delegando-lhes o poder de escolha e autorizando todos seus atos e decisões, a fim de garantirem a paz, a unidade e o equilíbrio das relações sociais.

2.8 O CONTRATUALISMO SEGUNDO JOHN LOCKE (1632 – 1704)⁸

Locke é conhecido como o pensador liberalista, evidenciada em sua teoria sobre a separação dos poderes e pelos posicionamentos referente a propriedade e a liberdade dos indivíduos (LOCKE, 1998).

Locke define o homem em seu estado de natureza como um ser livre e igual, no entanto, por buscarmos somente o crescimento pessoal sem importarmos com o outro, demonstra-se como um ser extremamente egoísta. Por consequência, o poder confiado a um governante deve ser minimista pois agirá sempre permeado por seu egoísmo, podendo agir injustamente. Assim o Estado atuando minimamente garantirá o cumprimento das leis, bem como, o gozo das liberdades pela população, as quais serão iguais a todos. Este conceito é retratado por Reinaldo Dias:

O Estado deve fixar as regras (legislação), difundir seu conhecimento (educação), evitar sua violação (segurança) e punir o seu não cumprimento (justiça). Os indivíduos têm o direito de resistir à opressão do governante que se excedeu nos termos do seu mandato. O resultado do contrato, para Locke, é o Estado Liberal, que deve exercer um mínimo de funções, garantir o direito dos habitantes e ter um nível baixo de intervenção direta na geração de políticas relativas à economia e ao aspecto social. (DIAS, 2013, p. 69).

Três direitos são fundamentais no estado de natureza dos homens segundo Locke: a vida, a liberdade e a propriedade. Como a atitude do homem é egocêntrica, estes direitos estão em constante risco. Desta forma, Locke entende que é necessário um poder que possa intervir no intuito de mediar os direitos de cada um e sancioná-los através de sua autoridade constituída. A constituição da autoridade do Estado se dá por meio do Contrato Social, através do qual o homem, saindo de seu estado de natureza, confere à comunidade seus direitos de condição inalienável em favor do bem comum.

Embora as teorias de Hobbes e Locke sejam semelhantes, partindo do ponto de que há a necessidade do estabelecimento do contrato social em favor ao equilíbrio do convívio coletivo, Locke evidencia a liberdade de agir para tudo, enquanto Hobbes entende que a liberdade deve ser controlada para que não seja retomado o “estado de guerra”. Apesar de Locke defender a plena liberdade do indivíduo, principalmente no tocante à propriedade, o pensador inglês ressalta a necessidade de que a liberdade não seja um elemento incontrolável, podendo resultar na autodestruição do homem ou a qualquer outra criatura de seu convívio. Portanto a liberdade do indivíduo deve refletir um consentimento comum, conforme citado por Reinaldo Dias:

A liberdade do homem na sociedade não deve ficar sob qualquer outro poder legislativo senão o que se estabelece por consentimento da comunidade, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei senão o que esse poder legislativo promulgar de acordo com o crédito que lhe concedem. (DIAS, 2013, p.70).

É de Locke o entendimento de que todo indivíduo pode fazer aquilo que quiser desde que não contrarie o estabelecido em lei. A lei é resultado de um acordo coletivo. Neste sentido, a liberdade não é uma anuência para que cada um faça aquilo que aprovar, mas aja conforme os ditames legais estabelecidos pelo legislador erigido pela liberdade coletiva.

⁸ Pensamentos construídos com base na leitura e reflexão da obra DOIS TRATADOS SOBRE O GOVERNO de John Locke.

Passar do estado de natureza para o convívio social amparado pelo contrato é conveniente na visão de Locke, pois este novo comportamento o levará a utilizar mais da razão, levando-o a se comportar conforme o contrato vigente para não ser vitimado pela vergonha; ao mesmo tempo, seu comportamento o levará a cobrar dos outros membros da sociedade comportamento igual, sedimentando os valores do contrato social erigido pela coletividade.

Outro aspecto importante levantado por Locke é que cada indivíduo tem em sua própria pessoa sua propriedade, bem este inalienável e intransferível, onde ninguém tem direito senão ele mesmo. Sendo assim, utilizando-se da razão para interpretar a lei, o homem torna-se juiz e parte interessada, tendencioso, deixando-se levar pela paixão. A instituição de um organismo independente para interpretar a lei e aplicá-la, faz com que as decisões se tornem justas e imparciais.

A apropriação de qualquer bem, para Locke, é importante para o desenvolvimento humano, desde que proceda com certo equilíbrio para que a necessidade dos demais membros da sociedade seja atendida, ou seja, a apropriação deve ser justa. Com a meta de salvaguardar suas posses, em especial a propriedade, o homem se associa em uma sociedade civil, abdicando de sua autodefesa em nome do bem comum, como é possível concluir com a citação de Reinaldo Dias:

Os homens se associam em uma sociedade civil, renunciando à sua própria defesa e ao poder de castigar os delitos contra a lei natural através de um consentimento tácito, abrindo mão na sociedade das faculdades que tinham no estado de natureza, e a partir desse momento a sociedade se encarregará de sua proteção, ditando as normas precisas para o bem da mesma e punindo seus infratores. (DIAS, 2013, p.71).

Destarte, Locke conclui que neste processo de transição de direitos e obrigações à sociedade, o homem renuncia a seus direitos individuais (direito natural) em troca da expectativa de benefícios futuros que virá a receber em consequência do estabelecimento do contrato social.

2.9 O CONTRATUALISMO SEGUNDO JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712 – 1778) ⁹

Rousseau foi o pensador que melhor expressou o valor da democracia dentro da estruturação do Contrato Social e sua importância na manifestação da “vontade geral” frente a “vontade individual”. Esta separação de vontades, vai embasar a diferenciação entre Sociedade e Estado (ROUSSEAU, 1997). Esta divisão, tornou-se um dos fundamentos do pensamento de Rousseau na composição do Estado Moderno, conforme citação de Paulo Bonavides:

De todos os filósofos, foi Rousseau o que distinguiu com mais acuidade a Sociedade do Estado. Por Sociedade, entendeu ele o conjunto daqueles grupos fragmentários, daquelas “sociedades parciais”, onde, do conflito de interesses reinantes só se pode recolher a vontade de todos (*volonté de tous*), ao passo que o Estado vale como algo que se exprime numa vontade geral (*volonté générale*), a única autêntica, captada diretamente da relação indivíduo-Estado, sem nenhuma interposição ou desvirtuamento por parte dos interesses representados nos grupos sociais interpostos. (BONAVIDES, 2012, p. 64).

Ainda, segundo Rousseau, o homem em seu estado de natureza é livre, igualitário e bom, entretanto, o convívio social que o corrompe. No estado de natureza há diversas dificuldades relacionadas a sua segurança e sobrevivência, que só podem ser sanadas com a livre associação do homem em grupos, para a organização das atividades coletivas, na qual a vontade individual abre espaço para a vontade coletiva. Nesta, os homens colocam sua vontade a serviço de todos, vontade esta denominada por Rousseau como “vontade geral”. Os indivíduos que a obedecem, acabam por obedecerem a si mesmos, já que ela é fruto da soma das vontades individuais.

⁹ Pensamentos construídos com base na leitura e reflexão da obra O CONTRATO SOCIAL de Jean-Jacques Rousseau.

Para Jean-Jacques Rousseau, o que diferencia essencialmente o homem é ter nascido livre, portanto, renunciar a essa condição é prejudicar a sua condição de homem e, portanto, a seus direitos e, ainda, a seus deveres. Para ele, quem se despoja da liberdade se despoja da moralidade. (DIAS, 2013, p.72).

O raciocínio externado por Rousseau no trecho acima extraído da obra de Reinaldo Dias, reflete o pensamento dos intelectuais franceses no século XVII, para os quais o homem é livre e a liberdade era a essência do ser humano em sua plenitude. Ser livre era mais do que um direito, mas também um dever, afinal, sem liberdade não há moralidade e sem moralidade não há humanidade. Diante desta linha, é possível ver também os fundamentos do lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, sendo a liberdade o primeiro e o essencial.

Com esse pensamento, Rousseau depara-se com um problema: estruturar uma forma de associação que defenda os direitos de cada indivíduo dentro da sua liberdade (de patrimônio e locomoção) sem afetar o convívio coletivo. Isso porque, na concepção de Rousseau, mesmo associado, cada indivíduo obedece apenas aos interesses próprios. É neste ponto que o Contrato Social torna-se essencial, pois dirime questões relacionadas ao convívio coletivo e a delegação de poder para a solução dos impasses jurídicos. O Contrato Social “destrói” uma liberdade natural, contudo estabelece uma liberdade moral. Aqueles que eram desiguais na força e na inteligência, tornam-se iguais por convenção e direito.

A força, segundo o pensador francês, era elemento incapaz para impelir o cumprimento das leis e tampouco garantidora do direito, seja individual ou coletivo, já que esta se comporta como uma violação da manifestação coletiva. Além de que, no pensamento de Rousseau, se uma força é capaz de impor um direito, uma força maior seria capaz de impor outro direito melhor e, uma vez aniquilada esta força, o direito também sucumbiria. Logo, as garantias da execução das leis e do direito não estava amparado na força, pois não correspondia a legitimação coletiva e muito menos o poder social. É possível identificar esta linha de raciocínio com o trecho da obra de Reinaldo Dias:

Visto que homem algum tem autoridade natural sobre seus semelhantes e que a força não produz nenhum direito, só restam as convenções como base de toda autoridade legítima existente entre os homens. (DIAS, 2013, p.73).

Entre as diversas análises desenvolvidas por Rousseau, a supra citada é a de que a ordem social é um direito quase que sagrado, servindo de base a todos os demais direitos da humanidade. No entanto, por estar amparado pelas convenções, este não pode ser classificado como um direito natural. Entre estes conflitos de forças é que se institui a força do Estado, resultante do contrato social e da vontade geral. Somente o Estado tem legitimidade de ação porque age acima dos interesses individuais, uma vez que sua finalidade é o bem comum. Com isso, o pensador conclui que a soberania é o exercício da vontade geral, porque o “soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode transmitir-se; não porém, a vontade¹⁰”.

Portanto, para Rousseau, somente a vontade geral pode elaborar leis que todos se vejam obrigados a cumprir, já que estas expressam a vontade coletiva. O governante, soberano pela vontade coletiva, não pode sobrepor a vontade manifestada pelas convenções gerais pois, se assim agir, agirá com interesse particular e o ato daquele que governa deve ser visando o bem comum. Enfim, nisto consiste os limites de agir daqueles que governam.

10 DIAS, Reinaldo. Op. Cit., 2013, p. 74.

3 CONCLUSÃO

Amparados pelas teorias contratualistas de Hobbes, Locke e Rousseau, pode-se concluir que as ideias por eles apresentadas contribuíram fortemente para o redesenho dos modelos de Estado, procurando desconcentrar o poder do governante, na ocasião presente na figura do monarca absolutista.

Os ideais propostos pelos pensadores dividem-se em duas vertentes: uma comum a todos, que é a estruturação do Contrato Social, cujo retira o homem de seu “estado de natureza” levando-o para uma condição de vida social, a qual prescinde a renúncia dos interesses pessoais em detrimento ao bem coletivo, equilíbrio das relações sociais e a segurança de todos. A segunda vertente é a estrutura governamental, mais latente em Locke e Rousseau. Para estes, a divisão de responsabilidades de quem governa torna-se elemento indispensável para o estabelecimento de um Estado democrático. Democracia esta mais presente na proposta de Rousseau, para quem as decisões deveriam ser sempre coletivas ou, no mínimo, reflexo das assembleias gerais com a participação ampla dos governados. Já para Locke, a estruturação tripartida das responsabilidades do poder com funções bem definidas entre Legislativo, Executivo e Judiciário, são os elementos estruturantes fundamentais para um Estado equilibrado, impossibilitando que um único indivíduo tome decisões centralizadas para a condução dos processos legais, desde a elaboração das leis, suas execuções e julgamentos.

Portanto, estudar e compreender o Estado contemporâneo e a dinâmica da composição do Estado Democrático do Direito, passa pelos princípios contratualistas, os quais lançaram as bases essenciais para o atual modelo governamental adotado em grande parte dos Estados em todo o mundo.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAQUIAVEL, Niccolò Dei. **O Príncipe**. São Paulo: Educacional, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM NO BRASIL

THE HISTORICAL EVOLUTION OF ARBITRATION IN BRAZIL

Rodrigo Pereira Costa Saraiva¹

Resumo: O texto aborda, de forma clara, a história da Arbitragem no Mundo e no Brasil, comentando o surgimento desse método extrajudicial de resolução de conflitos, bem como elenca a utilização da Arbitragem na esfera da Administração Pública. De forma profunda, são comentadas as vantagens da utilização da Arbitragem para as partes. Em síntese, se denota o ganho de tempo, a eficiência, o sigilo, o julgamento do conflito por um ou por vários especialistas naquela temática, dentre outras vantagens da Arbitragem em comparação com a via judicial.

Palavras chave: Evolução. Arbitragem. Mundo. Brasil.

Abstract: The text clearly addresses the history of Arbitration in World and in Brazil, comments on the emergence of this extrajudicial method of conflict resolution and elends the use of Arbitration in the sphere of Public Administration. In a profound way, the advantages of using Arbitration for the parties are summarized, namely, the gain of time, efficiency, confidentiality, the judgment of the conflict by one or several experts in that subject, among other advantages of the Arbitration in comparison with the judicial process.

Key words: Evolution. Arbitration. World. Brazil.

1 INTRODUÇÃO

Antes de iniciarmos os comentários sobre a evolução histórica da arbitragem no Mundo e no Brasil, importante é consignar o conceito da arbitragem e algumas das suas características, nesse sentido o jurista Thiago Rodovalho leciona:

A arbitragem é um método de solução extrajudicial de conflitos. Assim, podemos conceituar a arbitragem como sendo o processo através do qual a controvérsia existente entre as partes é decidida por terceiro ou terceiros (árbitros) imparciais, e não pelo Poder Judiciário (juizes). Esses terceiros imparciais são indicados pelas próprias partes ou indicados na forma por elas desejada (por uma instituição por exemplo). A arbitragem é, assim, um exercício da própria liberdade das partes que podem escolher como desejam que a controvérsia seja decidida, se de forma judicial (juizes) ou de forma privada (árbitros).

O ilustre autor comenta de forma sintética o conceito de arbitragem, e deste, cabe destacar que a arbitragem é um método extrajudicial, ou seja, as partes não precisam bater as portas do Poder Judiciário para resolver o seu conflito, é um processo que será conduzido por um árbitro ou por um tribunal arbitral de forma imparcial, note que será escolhido um terceiro, o árbitro, ou um tribunal arbitral, de livre escolha pelas partes tanto do (s) árbitro (s) quanto o procedimento a ser usado, em outros dizeres, a autonomia da vontade das partes é efetivada nesta escolha, caso diverso do que aconteceria no Poder Judiciário, em que existe uma distribuição das petições por sorteio, assim na arbitragem, em regra, se escolhe o árbitro pelo seu vasto conhecimento sobre a matéria, noutros dizeres as partes escolhem de forma prévia o árbitro ou a câmara ou tribunal arbitral que resolverá uma futura controvérsia entre elas.

O grande diferencial da arbitragem em contrapartida do Poder Judiciário é justamente esta liberdade de escolha, autonomia privada das partes, isso sem mencionar o ganho de tempo que ambas as partes terão, nessa perspectiva é imperioso destacar a morosidade do Poder Judiciário, ações e mais ações que tramitam por longos períodos de tempo, por longos e longos anos sem uma decisão definitiva, ou

¹ Advogado e consultor jurídico. Bacharel em Direito pela Uniceuma. Mediador e arbitro formado pela CACB. Professor do curso preparatório para Exame da Ordem do Imdac.

seja, é muito mais vantajoso para as partes escolherem Métodos Extrajudiciais de Resolução de controvérsias para resolver um possível conflito futuro, se compararmos com o ingresso com uma ação no Poder Judiciário, tendo em vista a falta de efetividade e a demora nos julgamentos deste último.

Nessa linha de pensamento, Falcão leciona:

Assiste-se uma crise, em diversas nações, enfrentadas pelo Poder Judiciário no tocante a massificação de demandas levadas à sua apreciação, haja vista ainda vigorar o pensamento de que este detém, exclusivamente, o monopólio da jurisdição, o qual fica encarregado de promover a resolução de conflitos de forma heterocompositiva. Concomitantemente, observa-se uma profusão das técnicas ou métodos adequados à resolução dos conflitos, dentre os quais se destaca a arbitragem, a conciliação e a mediação, com fulcro em oferecer, principalmente, a pacificação social e uma saída à composição do conflito pelas vias judiciais. (FALCÃO, 2017, p. 151)

A importância dos métodos alternativos ou extrajudiciais de resolução de conflito é justamente a pacificação da controvérsia, em outras palavras, enquanto que na via judicial a resolução do conflito pode demorar anos e até décadas, o que só aumenta o desgaste emocional e financeiro das partes, doravante isto, nos métodos alternativos de solução de controvérsias o conflito pode ser resolvido em apenas alguns meses ou até dias, e por muitas das vezes a comunicação é restaurada entre as partes.

2 A ORIGEM NA ARBITRAGEM NO MUNDO

A arbitragem, assim como os demais métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, surgiu na Antiguidade, antes do nascimento de Cristo, ou seja, diversas comunidades antigas já se utilizam da arbitragem como forma de solução para os conflitos. Nessa linha de pensamento o ilustre Delgado (apud TEIXEIRA, 1999 p. 25) leciona:

Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na *ordo iudiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo *per formulas*. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.) ao surgimento da *cognitio extraordinária* sob Diocleciano (século III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um *iudex* ou *arbiter*, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado *arbiter*, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício. Esse arbitramento clássico veio a perder força na medida em que o Estado romano se publicizava, instaurando a ditadura e depois assumindo, por longos anos, poder absoluto, em nova relação de forças na concentração do poder, que os romanos não mais abandonaram até o fim do Império.

Nesse novo Estado romano, passa a atividade de composição da lide a ser completamente estatal. Suprime-se o *iudex* ou *arbiter*, e as fases *in iure* e *apud iudicem* se enfeixam nas mãos do pretor, como detentor da *auctoritas* concedida do Imperador - donde a caracterização da *cognitio* como *extraordinária*, isto é, julgamento, pelo Imperador, por intermédio do pretor, em caráter *extraordinário*. Foi nesse contexto, como visto, que surgiu a figura do juiz como órgão estatal. E com ela a jurisdição em sua feição clássica, poder-dever de dizer o Direito na solução dos litígios. A arbitragem, que em Roma se apresentava em sua modalidade obrigatória, antecedeu, assim, à própria solução estatal jurisdicionalizada. Com as naturais vicissitudes e variações históricas, veio ela também a decair importância no Direito europeu-continental, ou *civil-law*, persistindo forte a técnica de composição puramente estatal dos conflitos. Mas subsistiu como técnica, em razoável uso, paralelamente à negociação e à mediação, no âmbito do *common law*, o direito anglo-americano - marcado por profunda influência liberal, fincada no empirismo de Francis Bacon e de juristas do porte de Blackstone, Madison, Marshall, Holmes e Cardozo, aos quais jamais seria infensa a utilização de válida forma de solução de litígios, como o arbitramento -, até chegar aos tempos contemporâneos, em que retoma força e passa a ser verdadeiro respiradouro da jurisdição estatal, como observou com a acuidade de sempre Sidnei Agostinho Beneti, para

quem "a arbitragem vem sendo largamente utilizada no âmbito do comércio internacional, que dela atualmente não poderia prescindir em sua modalidade contratual, à vista da inexistência de jurisdição estatal que sobrepaire sobre as relações internacionais, experimentando-se desenvolvimento extraordinário do instituto no âmbito interno de cada país.

O ilustre autor nos brinda com esse excelente resumo histórico que esclarece bem a origem da arbitragem no Mundo, se deu especificamente na Roma Antiga, ou seja, a arbitragem surgiu muitos séculos antes de Cristo, anteriormente inclusive a própria figura do Juiz enquanto órgão estatal. Outro dado de suma importância levantado pelo autor acima, é que a arbitragem em Roma era obrigatória, ou seja, totalmente diferente dos dias atuais em que as partes optam por utilizar a arbitragem como método extrajudicial de resolução dos conflitos. Atualmente, a utilização de um MESC é de livre escolha das partes, em outras palavras, é respeitado a autonomia da vontade das partes no que toca a escolha ou não dessa via para a solução da controvérsia.

2.1 A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM NO BRASIL

O marco histórico da arbitragem no Brasil foi sem sombra de dúvida a Lei 9.307/1996, tal norma esclarece os pontos importantes do instituto da arbitragem, regulamenta a arbitragem, esclarece quem pode ser árbitro, estabelece também que a arbitragem pode ser decidida por equidade ou pelo direito isto é uma opção das partes, de outro modo, a lei é de essencial importância para a efetivação da arbitragem no Brasil. Doravante isto, antes de 1996, já se decidia os conflitos entre as partes que assim optaram por arbitragem, principalmente em arbitragens internacionais, ou seja, a arbitragem como método extrajudicial de resolução de conflitos já tem mais de um século que é usada no Brasil.

Nessa banda o jurista e ministro do STJ Delgado aduz:

A doutrina brasileira identifica a presença da arbitragem em nosso sistema jurídico desde a época em que o País estava submetido à colonização portuguesa. Em ambiente puramente brasileiro, a arbitragem surgiu, pela primeira vez, na Constituição do Império, de 22/03/1924, em seu art. 160, ao estabelecer que as partes podiam nomear juízes-árbitros para solucionar litígios cíveis e que suas decisões seriam executadas sem recurso, se as partes, no particular, assim, convencionassem. A CF de 24 de fevereiro de 1895, a primeira Carta Republicana, não cuidou de homenagear a arbitragem entre pessoas privadas. É certo que não deixou de incentivar a sua prática como forma útil para pacificar conflito com outros Estados soberanos. A Carta de 16 de julho de 1934 voltou a aceitar a arbitragem, assegurando à União competência para legislar sobre as regras disciplinadoras do referido instituto.

A Constituição de 1937 não valorizou essa entidade jurídica. A Carta Magna de 1946, de 18 de julho, também não fez qualquer referência à arbitragem privada, tendo o mesmo comportamento a Lei Maior de 1967. A atual CF, de 05/10/88, referiu-se sobre a arbitragem no art. 4º, § 9º, VII, bem como no art. 114, § 1º. Saliente-se, contudo, que a Carta de 1988, no seu preâmbulo, 13 faz, a nível de princípio fundamental, homenagem à solução dos conflitos por meio de arbitragem, no pregar a forma pacífica de serem resolvidos, quer na ordem interna, quer na ordem internacional. (DELGADO, 2016, p. 15).

No início do século XXI, a arbitragem passou a ser usada de forma rotineira nas relações internacionais que tenham empresas brasileiras, em contratos internacionais assinados no Brasil, também a arbitragem doméstica começa a ser mais difundida e utilizada, noutras palavras, a cultura do empresariado brasileiro começa realmente a sofrer modificações e passa a aceitar como uma excelente alternativa: a arbitragem para a resolução dos seus conflitos.

A questão interessante é sobre a mudança de cultura, destaque no que tange ao empresariado brasileiro, ou seja, a utilização efetiva de MESC (Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias), em foco a utilização da arbitragem pelas empresas brasileiras seja em âmbito doméstico seja em âmbito internacional se deu primordialmente pela deficiência do Poder Judiciário na resolução de conflitos em um tempo razoável, em verdade os processos duram anos e mais anos e também o enorme custos dos processos judiciais para as partes, custos com os advogados, custas judiciais.

Nessa linha de pensamento o jurista Thiago Rodovalho aduz:

O estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostra que, atualmente, há cerca de 95 milhões de processos em andamento no Poder Judiciário, ou quase um processo a cada dois habitantes, e dos quais 70% ou 66,8 milhões já estavam pendentes desde o início de 2013, sendo que, no decorrer do ano de 2014, houve o ingresso de cerca de 28 milhões de novos casos, o que representa 1,2 novo processo por segundo a cada dia útil do ano. O referido estudo ainda mostrou que o aumento na estrutura orçamentária e de pessoal dos tribunais não tem resultado necessariamente em aumento, proporcional, da produtividade, o que pode significar um atingimento de um ponto-limite na produtividade dos magistrados. Nesse sentido, o IPM-Índice de Produtividade dos Magistrados oscilou de 1.712 para 1.684 processos baixados por Magistrado (-1,7%) entre 2012-2013. (RODOVALHO, 2015, p. 13).

Esse estudo demonstra de forma cristalina a insuficiência, a deficiência grave do Poder Judiciário em solucionar as lides postas a sua apreciação, de outra maneira, o Poder Judiciário, atualmente com mais de 100 milhões de processos, não tem como dar a resposta a contento para as partes, aliás, muito das vezes o que se vislumbra são sentenças tardias, processos conclusos por anos e anos. Visto isso, obviamente que é muito vantajoso para as empresas, para a administração pública quando for o caso, optar pela utilização da arbitragem, por ser um meio mais eficiente, rápido, permite que as partes construam ou reconstruam as relações harmoniosas e é econômico, ainda mais quando num mundo empresarial se relata o jargão “TEMPO É DINHEIRO”, noutros dizeres, quanto mais célere se resolve uma controvérsia entre as partes menos elas perdem. Nunca é demasiado lembrar que a arbitragem só pode usada se o direito for disponível, ou seja, se as partes têm o poder de dispor deste direito.

Importante mencionar as principais vantagens da utilização da arbitragem como método de resolução de conflitos, são elas: a celeridade, especialidade do julgador, sigilo, flexibilidade. No mundo empresarial, atualmente, as relações comerciais são muito intensas, ocorrem de forma dinâmica, em outros dizeres o fator tempo na resolução de controvérsias é essencial para as empresas, quando se fala empresas entende-se desde as microempresas, empresas de pequeno porte e as grandes empresas. A cada dia mais a cultura da utilização da arbitragem será difundida por esses fatores, essas vantagens acima mencionadas.

Nessa senda, o Thiago Rodovalho leciona:

A arbitragem, por sua vez, é célere. A própria Lei de Arbitragem fixa-lhe prazo de seis meses para terminar, ainda que não seja incomum sua prorrogação. Mas, mesmo com a prorrogação, a média das principais câmaras arbitrais é de pouco mais de um ano de duração, com realização de provas e audiências. Isso sem se falar nas chamadas arbitragens expeditas, mais céleres ainda. [...] A Flexibilidade do procedimento arbitral também é um atrativo. Em vez do engessamento do Código de Processo Civil, as partes, em conjunto com os árbitros, podem moldar o procedimento para um formato que lhes seja mais adequado, de acordo com o conflito, desde que preservados os princípios da igualdade e do contraditório. (RODOVALHO, 2015, p. 15).

A enorme vantagem em se usar a arbitragem se torna evidente com a explanação acima, enquanto um processo judicial não tem prazo para findar, não tem prazo certo para acabar, o processo arbitral como a própria lei expressamente menciona, em regra, termina no prazo de seis meses, ou seja, as partes podem se planejar, tem uma data par findar o conflito, mesmo em casos de prorrogação da arbitragem, a sentença arbitral é prolatada com um ano ou um pouco mais de um ano, prazo bastante razoável e curto se comparado com a total imprevisão no que toca ao prazo de uma sentença no Poder Judiciário. Além disso, as partes no que tange a opção pela arbitragem ficarão mais seguras, ou seja, haverá mais segurança jurídica no que tange a decisão proferida pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral.

Nessa linha de pensamento é de bom elencar as palavras do magistrado Aureliano Albuquerque Amorim, aduz:

Dentro do sistema arbitral, a regra é a da inexistência de recursos, partindo do pressuposto de que as partes escolhem o árbitro de sua confiança e por isso não lhes é possível questionar posteriormente o seu desiderato. Assim, a sentença arbitral já nasce transitada em julgado, com a pequena possibilidade de esclarecimento nos termos do artigo 30 da Lei de Arbitragem. [...].

Se dentro do procedimento arbitral não existe recurso, somente com a Ação de Nulidade de Sentença Arbitral prevista no artigo 33 da LA e dentro das hipóteses do artigo 32 da mesma lei, se pode questionar alguma coisa perante o Poder Judiciário. Ao analisarmos o artigo 32 da LA, verificamos que nenhum dos seus oito incisos permite que se discuta o mérito da sentença arbitral. (AMORIM, 2014, p. 24)

Note bem que o autor acima explicita de forma cristalina o caráter definitivo da sentença arbitral, em outros dizeres, a sentença arbitral em regra não pode ser desconstituída no Poder Judiciário, somente cabendo de forma excepcional uma ação de anulação de sentença arbitral sob o enfoque de algum vício formal nesta sentença. Nessa banda, só caberá a ação de anulação se houve um vício formal na sentença arbitral, ou seja, não se discutirá o mérito da sentença arbitral nesta ação. Outro ponto de suma importância no procedimento arbitral é a irrecorribilidade, ou seja, não existe previsão de recurso de sentença arbitral no contexto da LA- Lei de Arbitragem, lei 9.307/1996, isto tudo tende a tornar tal procedimento imensamente mais célere, mais econômico, ou seja, a economia para as partes é essencial nos dias atuais, principalmente no que tange a economia de tempo e de dinheiro. Cabe salientar que as partes que optam pela arbitragem, por evidência, não querem perder tempo e nem dinheiro numa resolução de controvérsia, portanto, em casos de contratos marítimos e portuários, em casos em que a administração assine contratos administrativos de grande vulto com particulares é plenamente possível a utilização desse Método Extrajudicial de Resolução de Conflito, em outros dizeres, é plenamente possível a utilização da Arbitragem nestes casos.

Ainda no que toca aos atrativos dos métodos extrajudiciais de resolução de conflito, em destaque da arbitragem é importante mencionar as palavras do jurista Thiago Rodovalho, leciona:

O crescente interesse pela arbitragem no Brasil está diretamente associado aos seus principais atrativos, quais sejam, especialidade do julgador, celeridade, flexibilidade e confidencialidade. [...]

Esse é um dos fatores que levam as empresas a buscar, na arbitragem, um meio de solução da controvérsia. Nela, há ampla liberdade de escolha de quem poderá ser o árbitro e, com isso, as partes podem eleger alguém que tenha familiaridade com a matéria e em quem depositam confiança.

Com isso, sentem-se mais confortáveis com o próprio procedimento. Assim, num conflito societário, por exemplo, podem escolher, como julgador, determinado profissional que se dedica ao estudo desse tema, conferindo, pois, mais expertise ao julgamento, o que lhes traz mais segurança. (RODOVALHO, 2015, p. 14)

Note bem que são inúmeras as vantagens para as partes que elegem como meio de resolução dos conflitos à Arbitragem, portanto, percebe-se o interesse pela arbitragem perpassa como já foi relatado pela morosidade do Poder Judiciário e também por outros fatores como por exemplo: o poder da escolha, é de destacar que as partes na arbitragem tem o poder de escolher os árbitros ou o árbitro que julgará a sua controvérsia, daí se depreende a importância da autonomia privada no seio da arbitragem, ou seja, se prioriza a autonomia privada nesta forma de resolução de conflitos. Como já se sabe, não há direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, logo, há limites para a autonomia privada em sede do procedimento arbitral, são elas: o número de árbitros deverá ser sempre ímpar; a sentença arbitral não poderá violar normas de ordem pública.

No que toca as vantagens da arbitragem, vale a pena relatar sobre a especialidade do julgador na arbitragem, ou seja, o julgador escolhido pelas partes será um expert no assunto, noutras palavras, será alguém renomado naquele assunto, naquela demanda, a título de exemplo as partes poderão nomear um engenheiro civil para ser árbitro num problema de construção de um grande empreendimento imo-

bilíario, ou seja, as partes escolheram tal engenheiro devido a sua grande experiência, ao seu conhecimento sobre a temática, devido a sua especialidade naquele tipo de demanda, vale comentar que isto não ocorre no Poder Judiciário, onde o juiz não poderá ser escolhido pelas partes e muito menos o juiz será um especialista na temática como é o árbitro.

A relevância da arbitragem no Brasil é que se vislumbra nessa última década, ou seja, houve uma procura, houve um enorme interesse das pessoas jurídicas sejam elas privadas ou públicas na utilização da arbitragem, neste diapasão entende-se perfeitamente possível a utilização da arbitragem na resolução de conflitos envolvendo entes da Administração Pública, a título de exemplo: sociedades de economia mista e empresas públicas. Sobre essa enorme procura do procedimento arbitral, vale consignar as palavras dos juristas Rodovalho e Cahali, lecionam:

É justamente em razão desses atrativos, que a arbitragem tem se desenvolvido e crescido no país, sendo considerada, atualmente, não apenas como meio alternativo (ADR- Alternative Dispute Resolution), mas, sim, efetivamente um meio adequado à solução de conflitos (modernamente, ADR- Adequate Dispute Resolution), razão pela qual, no Brasil, ao lado de outros métodos (como a conciliação e a mediação), o próprio Projeto do Novo Código de Processo Civil, inclusive, a estimula. (FREIRE, 2014, p. 583-604).

Nessa linha de raciocínio, o Estado de São Paulo elencou: “Em razão disso, ao longo dos últimos anos, a arbitragem vem crescendo exponencialmente, no Brasil (Com um crescimento médio anual de 20%, a arbitragem está se tornando um método de resolução de litígios cada vez mais confiável para as empresas de grande porte)”. (SUCESSO..., 2013, p. 2).

Ainda sobre a relevância da arbitragem no Brasil cabe mencionar a pesquisa conduzida pela School of International Arbitrations (Centre for Commercial Law Studies e pelo Queen Mary College e Queen Mary University of London, aduzem: “No mesmo sentido, nos negócios internacionais, a utilização da arbitragem também tem sido a regra, a ponto de recente pesquisa ter mostrado que 52% das multinacionais preferem recorrer à arbitragem em vez da justiça estatal”. (SCHOOL OF INTERNACIONAL ARBITRATION, 2013 (grifo nosso).

No cenário internacional ainda é mais visível a relevância da arbitragem, noutros dizeres, no cenário do comércio internacional envolvendo grandes empresas, grandes grupos econômicos, holdings, etc, tais empresas têm demonstrado enorme preferência na arbitragem para a resolução de conflitos justamente pelas características, pelos atrativos excelentes da arbitragem aqui já mencionados. Noutra perspectiva, é de bom salientar que existe também um crescimento na procura pela arbitragem no cenário portuário, em específico nos contratos marítimos e portuários no Brasil, a título de exemplo contratos de afretamento, nestes já se utiliza a arbitragem como forma de resolução de controvérsias entre o afretador e o fretador, partes deste contrato de transporte.

3 CONCLUSÃO

Diante do cenário de crise econômica no Brasil, as empresas cada dia mais tem buscado fórmulas, maneiras de enxugarem seus custos, de outro modo, as empresas tem buscado economizar naquilo que podem, uma das alternativas para economizar é justamente a empresa, principalmente no que tange as suas relações comerciais, a utilização dos MESC's - Métodos Extrajudiciais de Solução do Conflitos, vale a pena destacar as primordiais características da arbitragem: a economia de tempo (celeridade); a confidencialidade (sigilo), a flexibilidade e a especialidade do julgador, o julgador ou os julgadores são verdadeiros experts no assunto posto a julgamento arbitral, além dessas importantes características, nunca é demais relatar a insuficiência, deficiência que o Poder Judiciário no que tange a resolução das lides no Brasil.

Cabe salientar que as médias e grandes empresas tem visto com bons olhos os métodos de resolução de conflitos, principalmente a mediação e arbitragem. Nesta linha de pensamento, conclui-se que as empresas estão difundindo a cultura de solução pacífica das controvérsias, em evidência à arbitragem seja no âmbito doméstico e seja no âmbito internacional, e espera-se que no futuro próximo tenhamos mais arbitragens envolvendo entes da Administração pública.

REFERÊNCIAS

AMORIN, Aureliano Albuquerque. A ação de nulidade e o mérito da sentença arbitral. **Revista da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial**. Ano 11. N. 52, Set. 2014, p.24.

BONATO, Giovani. (Org.). **Os métodos adequados à resolução de conflitos e o Direito Comparado: Análise dos sistemas Italiano, Norte-Americano e Brasileiro sobre a conciliação, mediação e arbitragem**. In: Os Meios de Solução das Controvérsias: Mediação, Conciliação, Arbitragem e processo. São Luís. EDUFMA, 2017. P. 151.

DELGADO, José Augusto. **A arbitragem no brasil: evolução histórica e conceitual**. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

FREIRE, Alexandre. **A arbitragem no novo CPC P primeiras impressões**. Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: Juspodivm, 2014. V.2

O SUCESSO da arbitragem, quarta, 06 de Fevereiro de 2013. Estado de São Paulo. Acesso em: Pesquisa conduzida pela School of Internacional Arbitration (Centre for Law Studies) e pelo Queen Mary College, com apoio da PriceWaterhouseCoopers: School of Internacional Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, e Queen Mary University of London. Disponível em: <<http://www.pwc.com/arbitrationstudy>>. Acesso em: 31 maio 2015.

RODOVALHO, Thiago. **Aspectos introdutórios da arbitragem: Manual de Arbitragem para Advogados**. Conselho Federal da OAB. CACB – Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil. 2015

OS ATUAIS DESAFIOS DA METODOLOGIA DE PESQUISA NA ÁREA JURÍDICA NO BRASIL

THE CURRENT CHALLENGES OF THE RESEARCH METHODOLOGY IN THE LEGAL AREA IN BRAZIL

Guilherme Miraldi da Silva Santos¹ | Carlos Leonardo Loureiro Cardoso²

Resumo: Busca-se questionar, no presente trabalho, a forma atual de metodologia de pesquisa no campo jurídico no Brasil; não somente, apresentar uma análise sistêmica dos atuais desafios encontrados pelos pesquisadores e as propostas oferecidas pelas instituições e acadêmicos para o desenvolvimento deste campo. Procura-se descrever e questionar suas múltiplas consequências no universo jurídico, político, econômico, cultural, social etc. Compõe-se, como forma principal de estudo, a base de pesquisa e exame sociojurídica tanto na graduação como na pós-graduação em Direito no Brasil. Ademais, observa-se a composição acadêmica de ensaios sobre as interfaces culturais que interferem no saber local e nas práticas pertinentes a esta área de pesquisa, bem como utiliza-se de crítica acadêmica para entender o porquê das dificuldades em superar tais entraves.

Palavras-chave: Metodologia. Inadequação. Anacronismo. Manualismo. Reverencialismo.

Abstract: *The present study aims to study and question the current form of research methodology in the legal field in Brazil; Not only to present a systemic analysis of the current challenges encountered by researchers and the proposals offered by institutions and scholars for the development of this field. It seeks to describe and question its multiple consequences in the legal, political, economic, cultural, social, and so on. It is composed, as the main form of study, the basis of research and socio-juridical examination both in undergraduate and post-graduate studies in Law in Brazil. In addition, we observe the academic composition of essays on the cultural interfaces that interfere in the local knowledge and practices pertinent to this area of research. In addition, it uses academic critique to understand the reason for the difficulties of overcoming such obstacles.*

Keywords: *Methodology. Inadequacy. Anachronism. Manualism. Reverentialism.*

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa apresentar uma análise sistêmica dos atuais desafios encontrados pelos pesquisadores. Preocupa-se, também, em analisar e as propostas oferecidas pelas instituições e acadêmicos para o desenvolvimento deste campo, descrevendo e questionando as possíveis consequências em termos jurídico, político, econômico, cultural e social.

O estudo toma como base de pesquisa a produção científica sociojurídica na graduação e pós-graduação em Direito no Brasil, observando a composição acadêmica de ensaios sobre as interfaces culturais que interferem no saber local, buscando suporte na crítica acadêmica para entender o porquê das dificuldades em superar tais entraves.

1 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Veiga de Almeida, UVA. Advogado. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0674418056534759>>. E-mail: miraldifilho@hotmail.com

2 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Veiga de Almeida, UVA. Funcionário público Municipal. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4604290761020128>>. E-mail: cloureirocardoso@gmail.com

2 METODOLOGIA

Quanto aos fins, esta pesquisa será descritiva e explicativa. Descritiva porque buscará analisar como se formam os principais vícios na metodologia de pesquisa no campo jurídico no Brasil. Explicativa porque tentará esclarecer os motivos os quais dificultam a superação dos principais vícios neste campo.

Visa assim descrever a forma atual de metodologia de pesquisa no campo jurídico no Brasil. Ademais, o trabalho será explicativo com base em autores clássicos de amplas áreas do saber humano que contribuam ou enriqueçam o entendimento dos pontos a serem estudados.

Quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica. A fundamentação teórico-metodológica da pesquisa terá por base Códigos, obras de doutrinadores do Direito e obras de cunho psicológico, sociológico e antropológico, indispensáveis para entender o tema. As fontes desta pesquisa serão as obras de doutrina do Direito, os Códigos e leis, assim como obras que tratem do objeto da pesquisa. Utilizar-se-á na pesquisa, artigos em redes eletrônicas, documentos e matérias publicadas em revistas e jornais.

3 ABORDAGEM TEÓRICA

Preliminarmente, é mister abordar que o ensino jurídico no Brasil procura focar uma formação na qual produza operadores aptos a exercer diversas carreiras no ramo do Direito. Neste ensino é obrigatório o estudo de áreas *zetéticas* junto a áreas dogmáticas visando uma formação global nestes ramos do saber. Todavia, embora se tenha disciplinas de introdução ao estudo de sociologia, antropologia, psicologia, filosofia etc, não há como esquecer que os estudantes de Direito não são propriamente formados nestas áreas, fazendo com que, em uma visão perfunctória, posasse averiguar deficiências consideráveis ao abordar estes ramos das ciências humanas tanto no campo filosófico, quanto na produção ou interpretação de obras acadêmicas e jurídicas.

Obviamente há acadêmicos do Direito com notório saber nas diversas áreas abordadas, entretanto, não é a regra que tais estudantes tenham realmente domínio das teorias e proposições intelectuais deste campo. Normalmente, no ensino jurídico³ o estudante de Direito é apresentado a inúmeros pensadores e obras clássicas de forma totalmente superficial e esparsa, formulando conjecturas e pontos de vistas que muitas vezes não apenas não condizem com as matérias estudadas, mas são, até mesmo, sejam aos conteúdos das teorias apresentadas. Neste processo o estudante, em diversos casos, de forma similar, apresenta falácias grotescas no processamento destas matérias nas quais a falta de sistematização e profundidade nas leituras acarreta consequências deveras negativas na formação do conhecimento acadêmico ou jurídico, bem como na interpretação e operação dos conhecimentos produzidos. Por exemplo, na formação em Direito pode ser estudado em alguma disciplina o artigo “*Mal-estar na civilização*” de Sigmund Freud, todavia, não existe para o estudante (no estudo formal institucional) possibilidade de ler as obras sistêmicas que explicam o que é a psicanálise de fato e suas diversas vertentes, como o entendimento básico dos ensaios sobre a teoria da sexualidade, a psicopatologia da vida cotidiana, os mecanismos de defesa, as teorias do aparelho psíquico etc. Sendo assim o mesmo ocorre com autores como Durkheim no pensamento sociológico, Platão na filosofia, Levi Strauss na Antropologia.

Outro problema constante na metodologia de pesquisa sociojurídica é o “manualismo” (uso inadequado de manuais) no qual segundo Luciano Oliveira é:

Ignorância sobre como pesquisar, conjugada à falta de tempo para esse tipo de atividade; ampliação exagerada dos temas; escassas referências à jurisprudência e a casos práticos, apesar do contato constante com ambos por força do próprio ofício; uso de manuais e de livros de doutrina, em detrimento de artigos monográficos – etc. (OLIVEIRA, 2016, p. 143).

³ Tanto na graduação como pós-graduação.

Ademais, se junta a esta dificuldade o vício do “reverencialismo” ou argumento de autoridade em que se adota um estilo totalmente anticientífico o qual, quando adotado no foro, tem como razão o convencimento do juiz de que se está com o melhor direito (ou melhor doutrina). Utilizado no mundo acadêmico se trata de um vulgar “reverencialismo” no qual se expressa com fórmulas do tipo (OLIVEIRA, 2016, p. 143) “como preleciona fulano de tal”, “segundo o magistério de sicrano” etc. Este tipo de retórica tem, de modo infantil, a intenção de demonstrar que o conteúdo apresentado é correto, pois foi apresentado ou defendido por doutrinadores e intelectuais “ilustres”, sem necessidade de aferir tais dados ou hipóteses pelos métodos racionais filosóficos ou científicos⁴.

Outro problema que se afere na pesquisa sociojurídica é a falta de tempo dos acadêmicos desta área pela cumulação da atividade de operador do Direito. Diferentemente de outros campos do saber o pesquisador apenas se dedica à vida acadêmica com pesquisas e docência, já na primeira o pesquisador, mesmo com compromisso e dedicação, realmente encontra barreiras consideráveis para a dedicação na assimilação e construção do conhecimento.

Por fim, tem-se a “impureza” metodológica nas quais se aplicam inúmeros tipos de pensamentos falaciosos tal como imputar “o pensamento sociológico sobre determinado caso” (não há apenas uma versão sociológica para um caso); ou defender que um pensador clássico liberal se pautaria na liberdade negativa em todos os casos da vida política; utilizar-se de grotescos “evolucionismos” ou etnocentrismos sem nenhuma base minimamente plausível; não tomar como base os diferentes valores e sensibilidades jurídicas nas diversas sociedades etc.

Com relação à interpretação de doutrinas clássicas e estrangeiras conjuntamente com o estudo da aplicação do Direito nas diversas sociedades nos mais variados períodos históricos, é comum encontrar o pensamento de que existiria apenas uma forma de Direito, tão somente, ignorando as diversas sensibilidades jurídicas das culturas locais. Segundo Geertz (1999) como em qualquer comércio, ciência, culto, ou arte, o Direito, que tem um pouco de todos eles, apresenta um mundo no qual suas próprias descrições fazem sentido.

Geralmente se faz um olhar sobre o Direito demasiadamente ocidental sobre os diversos Direitos, considerando como desvios ou vícios qualquer sensibilidade diversa mesmo que contenha forma, personalidade, perspicácia (um espírito cultural jurídico profundo, bem desenvolvido). Isto culmina nas teorias equivocadas de julgamento valorativo e etnocêntrico geralmente demonstradas (quase que oniricamente) pela “evolução” do Código de Hamurábi, passando pelo Código de Manu, pelo Direito Romano, Magna Carta Inglesa, Liberalismo francês, Comunismo russo, socialismo cubano e por fim, o Estado Democrático de Direito brasileiro atual⁵.

De uma forma irônica, “a lei científica pode ser considerada como a primeira mentira aceitável e esclarecedora que esteja mais próxima da realidade” (GEERTZ, 1999, p. 276), entretanto, os estudos das diversas culturas jurídicas sem a observação das peculiaridades de cada sociedade e de cada saber local é uma aberração quimérica que apenas serve para construir pensamentos fantasiosos ou preconceituosos, infelizmente tão comuns nos trabalhos acadêmicos sociojurídicos.

Geertz (1999, p. 324) em “O saber local”, demonstra em vários exemplos de sociedades com culturas diversas as peculiaridades extremamente complexas que perpassam pela história local, pela linguagem própria, religião, valores, entre tantos outros fatores que implicam na sensibilidade jurídica no qual se configura como poder imaginativo, construtivo ou interpretativo, um poder que tem suas raízes nos recursos coletivos da cultura e não na capacidade isolada de indivíduos (algo que é semelhante em qualquer parte do mundo, pois não existe apenas um gene jurídico) que os estudos comparativos do direito, da justiça, de processos forenses ou da adjudicação deveriam se atentar. O direito e a etnografia também são artesanatos locais que funcionam à luz do saber local.

4 Não raro este “reverencialismo” toma contornos cômicos tal como a defesa (OLIVEIRA, 2016, p. 144) pública de referir-se a Clóvis Bevilacqua com a expressão “sábio e santo, santo e sábio”, ou Tobias Barreto como o “himalaia da cultura jurídica brasileira”.

5 Não somente, geralmente estes julgamentos são feitos com base em uma cultura (e sensibilidade jurídica) equivocada em conjunto a uma vertente anacrônica, algo que torna a abordagem acadêmica ainda mais temerária.

Apesar de se falar de culturas jurídicas nacionais também é necessário frisar que existem culturas regionais e locais que tornam o conhecimento ainda mais complexo, tal como, por exemplo, o funcionamento de clínicas psiquiátricas no Rio de Janeiro; a prática policial em Manaus; o mercado imobiliário das aldeias indígenas no Acre etc. Desta forma, uma produção acadêmica no campo da pesquisa na área jurídica com uma metodologia adequada ajudaria, por exemplo, um juiz a resolver uma questão levando em consideração a cultura local e as normas tácitas que envolvem aquela sociedade.

A realidade se mostra desafiadora quando até mesmo os produtos da cultura própria são postos em reflexão. Em ferida narcísica logo pode-se verificar que o tribunal do júri, por exemplo, tão respeitado por países ocidentais considerados de “primeiro mundo” não passa de trancar um grupo de pessoas leigas em uma sala para tomar decisões sobre questões que desafiam as mentes mais sábias da magistratura e da advocacia. Entretanto, se a cultura local for apreciada e respeitada pode-se considerar uma forma civilizada e harmônica de administrar conflitos jurídicos, eis o paradoxo.

Neste mesmo âmbito percebe-se a complexidade da tensão entre a generalização do Direito e tratados internacionais versus o respeito ao multiculturalismo e as diversas sensibilidades jurídicas. De fato, embora haja uma globalização econômica, tecnológica e política há tendência inexorável⁶ do aumento do multiculturalismo.

A compreensão de que os fatos não nascem espontaneamente e de que são feitos, ou, como diria um antropólogo, são construídos socialmente por todos os elementos jurídicos, desde os regulamentos sobre a evidência, a etiqueta que regula o comportamento nos tribunais, e as tradições em relatórios jurídicos até as técnicas da advocacia, a retórica dos juizes, e os academicismos ensinados nas faculdades de direito, suscita questões importantes para uma teoria da administração da justiça que a considera, citando um exemplo representativo, como “uma série de emparelhamentos de configurações factuais com normas” nos quais ou “uma situação factual pode ser emparelhada com uma das normas” ou “uma norma específica [...] pode ser sugerida por uma seleção das versões competitivas sobre o que aconteceu” (GEERTZ, 1999, p. 259).

Em regra, a metodologia de pesquisa na área jurídica no Brasil tem vertente demasiadamente ocidental na qual os raciocínios se condicionam explicitamente aos valores estabelecidos por uma cultura que não privilegia o relativismo e o multiculturalismo. Esta visão culmina em distorções enormes entre o teórico dever ser e a realidade fática. Por exemplo (GEERTZ, 1999, p. 261) “dizem que, ao deparar-se com as leis antipoluição, a Toyota contratou mil engenheiros e a Ford mil advogados”. Sendo assim, obviamente, as conjecturas antropológicas merecem, no mínimo, a atenção do mundo jurídico. Não somente há de se observar a polissemia dos institutos do Direito fora o fato de muitas expressões legais serem incapazes de serem traduzidas adequadamente, ademais, ainda há um agravante de que cada palavra recebe para cada indivíduo um complexo psíquico que diverge de cada outro indivíduo. Por exemplo, a palavra “liberdade” não significa exatamente o mesmo para dois indivíduos mesmo que sejam da mesma localidade cultural ou da mesma família, o mesmo se dá para todos os institutos, tal como “devido processo legal”, “constituição”, “dignidade”, “juiz” etc.

Não somente outro fator negativo na metodologia de pesquisa na área jurídica no Brasil é o pensamento de que o país é um lugar “atrasado” e “periférico”. O título do artigo “Por que pensamento e não teoria? A imaginação político-social brasileira e o fantasma da condição periférica (1880-1970)” de Christian Lynch traduz um aspecto importante da consideração do Brasil como país periférico: o paradoxo do fantasma o qual, se por um lado não existe, por outro, no campo do imaginário e da cultura, de fato, tem consequências totalmente reais em diversos campos como política, Direito, economia etc. Destarte, tanto como imaginário como nas consequências desta concepção é enormemente importante e frutífero a investigação sobre este tema.

⁶ Pela própria teoria sociológica da divisão do trabalho social e pelas próprias peculiaridades de cada experiência e história local.

Em síntese busca-se entender por que se chama a reflexão política brasileira de pensamento e não teoria. Explorando a hipótese de que as elites brasileiras consideram seus produtos intelectuais⁷ inferiores, revelando um caráter periférico em relação aos países considerados cêntricos (países da Europa e Estados Unidos da América do Norte).

Durante a existência da nação houve a hegemonia do regime eurocêntrico e evolucionista de historicidade fazendo com que autores nacionais ou menosprezassem ou até mesmo ignorassem por completo as produções nacionais. Entretanto, sem que haja nenhuma base intelectual plausível para sua sustentação este pensamento ainda não está totalmente superado, o que impulsiona o seu estudo de uma forma profunda e atenta para a manutenção de uma postura discriminatória e preconceituosa.

Segundo Lynch, a palavra “teoria” costuma ser empregada para designar um conjunto de proposições lógico-abstratas que descrevem as leis de funcionamento de um determinado fenômeno. (LYNCH, 2013, p. 5). Lynch enumera inúmeros tipos de teorias incluídas no currículo de ensino superior, como filosofia, Direito, sociologia, antropologia, economia, história, teoria política etc. Na filosofia e na teoria política, o método de ensino é autoral, sendo assim, se estuda com leituras de autores considerados “clássicos” como Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau etc. Todavia, o mesmo método é utilizado para estudo disciplinar de obras políticas brasileiras, utilizando-se de “grandes livros” de autores “clássicos” como Visconde de Uruguai, Tavares Bastos, Joaquim Nabuco, Rui Barbosa, Alberto Torres, Oliveira Viana, Sérgio Buarque, Raimundo Faoro etc. Esta disciplina se chama: pensamento político-social brasileiro, pensamento social e político brasileiro ou simplesmente pensamento político brasileiro.

Obviamente, não há como não se perguntar por que há esta distinção. Lynch (2013) é objetivo ao afirmar que a resposta não é simples. A primeira hipótese é que seriam expressões intercambiáveis, a segunda hipótese é de que textos teóricos ou filosóficos seriam coerentes, abrangentes e abstratos enquanto os de pensamento seriam fragmentários, contingentes ou assistemáticos. Desta forma poderia ser observado, no primeiro, um universalismo e estudo da verdade, enquanto na segunda, da opinião e da pontualidade local. Ademais, os textos teóricos seriam desapaixonados e contemplativos enquanto no pensamento haveria a manifestação por meio de leis, códigos, poemas, história das ideias, panfletos e discursos públicos. Na filosofia política autores como Platão, Locke, Montesquieu. No pensamento político autores como Jefferson, Constant, Guizot.

Lynch admite a existência destas justificativas, entretanto adiciona outro entendimento, a de que há uma concepção de que o país se encontra em tempo difuso (atrasado) e em posição locacional (periférica) no mundo. Uma percepção das elites ibero-americanas de se acharem excluídas do centro do mundo, algo que repercutiu na posterioridade nas independências dos países latino-americanos e na construção da identidade nacional (LYNCH, 2013).

Desta forma, havia a percepção de que os autores dos países “cêntricos” produziam conteúdos filosóficos e universalistas enquanto os países periféricos “pensamentos”, conteúdos precários, fragmentários, assistemáticos e nacionais. O irônico é que não havia um conteúdo que justificasse a existência de um universalismo das ideias dos países “cêntricos”, apenas a crença de que aquilo produzido era a verdade e o belo, sendo assim, obviamente seriam considerados válidos para todo o mundo. Indubitavelmente o sentimento de que a América do Sul era um local periférico e atrasado de fato estava arraigado nos europeus ou descendentes de europeus aqui viviam, ademais, após as independências dos países latino-americanos e o desligamento dos países “cêntricos” como sociedade e nação criaram um sentimento nas elites de desligamento e expatriação:

7 O texto em questão frisa a questão dos produtos intelectuais, entretanto, a leitura sistemática também pode explicar a produção brasileira de modo geral, estigmatizando de forma pejorativa qualquer objeto nacional tal como um fetiche de qualquer objeto ou característica de países considerados cêntricos serem taxados como superiores, fazendo com que na prática ora se menospreza qualquer fator de existência nacional ora se supervaloriza os de origem “cêntrica”. Em cultura política brasileira Lynch descreve que o etnocentrismo da cultura europeia levava a crer que as características múltiplas do país eram consideradas como negativos, como geografia, clima, combinações étnicas da população, técnicas de cultivo e práticas religiosas. (LYNCH, 2013, p.3).

A imagem do brasileiro culto sentindo-se expatriado no próprio país, alheio à própria cultura da população local, seria formulada em 1922 por Lima Barreto, em *Transatlantismo*: “Nós, brasileiros, somos como Robinsons: estamos sempre à espera do navio que nos venha buscar da ilha a que um naufrágio nos atirou” (Barreto, 1922). Em 1932, em *Brasil errado*, Martins de Almeida diria: “O brasileiro é um exilado dentro da própria terra” (Almeida, 1932, p. 53, grifo nosso). Quatro anos depois, Sérgio Buarque de Holanda se limitaria a repetir a fórmula de Almeida, em *Raízes do Brasil*: “Somos ainda uns desterrados em nossa terra” (LYNCH, 2013, p. 10).

Em “cultura política brasileira” Lynch traduz a importância da autoridade linguística em relação à cultura e à autoridade política. Isto se dá porque a legitimidade das funções políticas é alocada dentro do universo das ideologias e dos discursos que há em seu interior. Neste contexto, as demandas das sociedades, em diferente lugar e tempo, consagraram discursos diversos e valores relativos a cada necessidade (LYNCH, 2015, p. 1). A cultura política brasileira (como a cultura de outros países considerados periféricos e atrasados) se expunha como uma elite que se esforçava para aprender e modelar a realidade local com base na história e nos ensinamentos dos países “cêntricos”⁸. Estas demandas, muitas vezes, não consideravam as características e peculiaridades locais, o que transformava muitos ideais e práticas em inadequados⁹. No contexto do autoritarismo, liberalismo e socialismo estas demandas se tornaram, na prática brasileira, ideais que confrontavam a capacidade de efetivação e objeto político demasiadamente delicado por inúmeras vezes, ou seja, muitas vezes os valores e os discursos enfrentavam dificuldades fáticas na sua aplicação e eficácia. No Brasil havia a ideologia de modernizar os países e avançar no desenvolvimento em direção a normalidade dos países “cêntricos”. Neste contexto muitas características imperiosas e fáticas foram ignoradas.

Três diagnósticos foram estabelecidos para explicar a dificuldade efetividade da cultura e política “cêntrica”: (1) o atraso do país real frente ao país legal (2) a inefetividade do país legal sobre o real (3) o adiantamento demasiado do país legal diante do real (LYNCH, 2015, p. 6-10). Outras estratégias foram formadas com o intuito modernizador: o pedagogismo e as vanguardas modernizadoras. O pedagogismo consistia em educar as elites e a população para alcançar níveis de instituições políticas “cêntricas”. Já as vanguardas modernizadoras enxergavam que, por meios naturais, seria incapaz que o povo ou a sociedade civil conduzissem um processo de desenvolvimento por vias da evolução liberal democrática. Era necessário desenterrar os obstáculos ao progresso (LYNCH, 2015, p. 11-12).

As vanguardas burocráticas tinham três vieses (LYNCH, 2015, p. 11) A ideia de um governante forte, capaz de ultrapassar os desafios burocráticos e políticos levando ao povo as suas necessidades. Figuras, por exemplo, como Getúlio Vargas, João Goulart, Luis Inácio Lula da Silva¹⁰. Os militares como Porta-vozes de inspirações positivistas e jacobinas no final do império afirmavam (Benjamim Constant e Lauro Sodré) que os militares eram “cidadãos fardados”. Os militares seriam os mais patriotas de todos os cidadãos. Aqueles

8 Inglaterra, França, Estados Unidos da América do Norte.

9 O que fora tratado pelos autores Alberto Torres e Oliveira Viana.

10 De fato, a figura do governante forte, algumas vezes criticado negativamente como “populista”, outras vezes positivamente como “Estadista”, inegavelmente tem sua imagem marcada na cultura popular como este Samba de reflexos do getulismo, impregnada da ideologia nacional-estatista, “feito por Silas de Oliveira e Walter Rosa para a peça Dr. Getúlio, sua vida e sua glória, de Dias Gomes e Ferreira Gullar”: Legado de Getúlio (1968) (CIVITA, 1977, p. 1).

Enraticado /Pelo rude golpe que sofreu/O povo brasileiro presta sua homenagem comovido /Ao grande patriota que morreu/Getúlio Vargas/Que relembramos com amor/Sua voz meiga nunca mais se ouviu /Falando ao povo sofredor /Trabalhadores do Brasil/Foi em 1930 à frente da revolução /Getúlio Vargas assumiu /A presidência do Brasil/Era um tempo novo que se abria /E o desenvolvimento industrial /As leis trabalhistas ele cria /E a previdência social/Eram tempos de conquistas /E de grande agitação pelo poder/De 32 a 37 aquele estadista/Reprimiu os comunistas e integralistas/Mas não há quem esconda seu valor idealista/Basta falar em Volta Redonda/Basta falar na Petrobrás/Símbolos vivos dos anseios nacionais/Em 45 Getúlio Vargas foi deposto /Por um golpe militar/Para voltar em 51 ao mesmo posto Nos braços do povo/Eleito pelo voto popular/Na última etapa de seu governo /Getúlio enfrentou o inferno /E a incompreensão/Sob a fúria assassina/Das aves de rapina/Que queriam o ouro e o sangue da nação/Ofendido e humilhado /Pelo próprio povo abandonado/ Getúlio já na solidão/Coberto de calúnias e de Glórias/Meteu uma bala no coração/Saiu da vida para entrar na História/E daquela carta derradeira /O povo fez sua bandeira/Na luta pela emancipação /Onde ele afirma muito bem/“O povo de quem fui escravo jamais será escravo de ninguém” (CIVITA, 1977, p. 1).

dispostos a dar a vida pela pátria. Ideologia que teve papel importante no golpe republicano de 1889. O militarismo com ideal salvacionista voltou a manifestar-se durante a presidência do Marechal Hermes da Fonseca. No movimento tenentista na década de vinte. Como defensores dos ideais nacionais ao invés de políticos profissionais em 1937, 1945, 1954, 1955, 1961, e 1964. (LYNCH, 2015). (2) A magistratura e o ministério público com a redemocratização do país na década de 1980, a vanguarda passou dos militares para magistrados e promotores, em especial os de esfera federal. A Constituição Federal de 1988 criou um ambiente propício a esta aspiração política com a independência da magistratura e do Ministério Público, ademais, o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial como fatores de efetivação dos anseios e necessidades nacionais. A busca de uma “Sociedade Republicana” em face da inépcia e da corrupção da classe política. Posição defendida por sociólogos como Luiz Werneck Viana e juristas como Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Luís Roberto Barroso. (LYNCH, 2015, p. 14).

Esta crítica da visão cultural, jurídica e política do Brasil como uma periferia atrasada não é nova. Já no início do século vinte Torres (1865-1917) apontava a necessidade de olhar para o país vendo suas peculiaridades e características, atacando ideias de mimetismo jurídico (e também valorativo) que se apresentavam. Denunciava a alienação de ideias que havia no Brasil. Segundo Alberto Torres a jurisprudência constitucional de sua época vinha dos conceitos e comentários da doutrina e da jurisprudência americana e no campo do Direito privado havia ilustrações e comentários da doutrina e jurisprudência portuguesa e francesa.

Alberto Torres enxergava a necessidade de orientar e organizar o país em função de suas próprias características, peculiaridades e fisionomia, o que evitaria a desordem social e moral, bem como traria desenvolvimento ao Brasil. A sua mais significativa produção é “A Organização Nacional” a qual sugere a desorganização do país, que seria prejudicial à nação e ao povo brasileiro, este que era nobre, entretanto era governado por uma *Constituição Federal que não respondia às necessidades e anseios da nação.*

Na terceira seção de “A Organização Nacional” em uma escrita que não segue uma linearidade tópica, “Da Revisão Constitucional”, é defendido no ponto I “A união e as províncias: princípios fundamentais”, a alteração da denominação da República Brasileira (TORRES, 2002, p. 315), a qual foi inspirada no da norte-americana, esta que fortaleceu a opinião, dominante na política, de que os Estados são dotados de uma autonomia que assume, de fato, as proporções da soberania.

Dominava o espírito do legislador constituinte o pensamento de fortalecer os Estados. Os homens que organizaram o regime tinham ardente ambição de autoridade local; daí a carência de condições práticas de soberania efetiva, nas funções da União. A Constituinte teve espírito de reforma e espírito jurídico: não teve espírito político. Coleção de preceitos sem assento na vida real, a Constituição não recebeu o influxo de um pensamento político dominante, que desse às instituições o fluído inspirador e a ideia motora de um objetivo superior e prático, nem métodos e critérios de orientação que enfeixassem seu conjunto num corpo homogêneo e animado. A denominação Estados Unidos do Brasil traduz este espírito da Constituição. É preferível o nome: República Federativa do Brasil, devendo os atuais Estados passarem a chamar-se províncias autônomas. (TORRES, 2002).

Observa-se em Alberto Torres a busca pela ordem e organização da nação com o fortalecimento das competências e da força política da União. O artigo VI é visto pelo autor de forma negativa, na qual a sua interpretação dada com tendência estadualista e o critério de exegese jurídica, dominantes no espírito dos homens públicos seria a causa da consolidação desse estado de coisas que fez dos vinte Estados ou vinte eixos da política do país, assim desmembrada em outras tantas tendências, opostas e em conflito. Fazendo com que grupos políticos estaduais (ou melhor, grupos partidários) mais fortes que a autoridade nacional. A atividade pública nacional é feita do amálgama de suas concentrações passageiras em torno dos governos locais, atadas, por conchavos pessoais, em partidos nacionais. (TORRES, 2002).

Para Torres a Constituição deveria trazer harmonia entre a carta política e a sociedade. O espírito do país ainda não tinha assimilado a noção deste papel político dos diversos membros da União e dos outros poderes públicos. Afirmava que essa era a essência da Constituição, onde a mesma era a expressão, o leito e o reflexo da vida nacional, o espelho de seu desenvolvimento, como na Inglaterra e nos Estados Unidos.

No primeiro feito por textos esparsos, costumes e tradições. Textos que evoluem com a marcha da sociedade e as transformações de costumes e tradições. Com isto há-se fazer adaptar, substituir, caducar e reaparecer, sem que haja infração ou conflito da lei. Lei esta que se faz com senso superior da política a arte de efetuar o acordo das normas com a vida da sociedade. A palavra “Constituição”, envolvendo a ideia de que esta lei é a expressão da vida nacional, tem o valor de seu sentido fisiológico: é uma predicação política feita para assinalar que é uma lei adaptada à realidade social, obedecendo a fins práticos, não só originariamente inspirada em certa ordem de objetos gerais e permanentes, mas ordinariamente dominada pelo escopo de sua aplicação ao desenvolvimento evolutivo da sociedade (TORRES, 2002).

Alberto Torres toca em um ponto ainda muito atual, o desvirtuamento da palavra “política”, (TORRES, 2002) que faz surgir, nos espíritos, certa repugnância à aceitação desta inteligência constitucional. Quando não considerada como arena de lutas pessoais, a política é tida como uma luta partidária, entre homens que pleiteiam certo número de princípios teóricos. A concepção acadêmica do Governo e do Estado, fundada sobre a pressuposição de sistemas, normas e princípios permanentes, sugeriu a ideia da separação entre as regras e programas, e as realidades da sociedade, do homem e da terra. Daí, a existência das políticas dos partidos, em todas as nacionalidades, e a falta da política nacional. Nos velhos países, esta política existe, e é inconscientemente seguida, com relativa aproximação aos interesses concretos e às necessidades positivas; entre nós, ela falta completamente.

Torres pontua a realidade americana com relação a união nacional na qual o conceito americano de que a Constituição é uma carta de princípios enumerados e, portanto, limitados, adotado doutrinariamente no Brasil em parte- com flagrante contradição. A ideia de que a união nacional é uma unidade convencional com Estados como verdadeiras entidades políticas é natural no pensamento da Constituição Americana. No Brasil há o mesmo princípio jurídico, mas em contradição com antecedentes históricos. Torres salientava que uma Constituição Federal deveria ser ativa, eficiente e eficaz, reclamando a ineficiência da carta magna vigente. Segundo Torres (TORRES, 2002, p. 323) “um país constitucionalmente organizado não pode tolerar, em seu território, regiões ou populações que não vivam à sombra da lei, garantidas com a posse serena de seus direitos, com os recursos e meios de cultura e civilização, que leis e autoridades têm por missão assegurar”. Neste âmbito (TORRES, 2002) afirma que as intervenções da união nos Estados teriam cabimento para tornar efetivas as garantias constitucionais à liberdade, à segurança e à propriedade dos cidadãos. Também afirma que nas Constituições latinas não há instrumentos ou processo prático para tais garantias legais. Não havia garantias tampouco segurança prévia para direitos patrimoniais. Neste ponto, Torres diferencia a Constituição Belga para a Magna Carta inglesa, nas quais ambas tinham como garantia à liberdade e à segurança individual, contudo, no primeiro caso havia ausência de todo instrumento efetivo de proteção judiciária e já no caso Inglês havia o remédio *habeas corpus* o qual tornava efetivo as normas constitucionais.

Ademais, segundo Torres (2002, p. 327):

No Brasil o excesso de pessoal nos estabelecimentos oficiais e o protecionismo, avolumaram, muito além do necessário, as populações operárias urbanas. As obras voluptuárias das cidades trouxeram ainda maior sedução para os trabalhos urbanos; e a proteção legal e amparo moral efetivo aos reclamos desses operários produziram os seguintes resultados: criar uma aristocracia proletária oficial, privilegiada sobre todos os outros operários e sobre outras classes não menos laboriosas; e favorecer o trabalho nas cidades, contra o trabalho no campo.

Este problema de uma criação de uma aristocracia proletária (em especial do trabalhador urbano versus trabalhador rural) se faz muito danosa à sociedade.

Há também a denúncia do problema dos colonos estrangeiros conjuntamente com o abandono ao brasileiro. Torres via como um escândalo e um absurdo, o ardor com que os governantes se empenhavam em estabelecer e instalar colonos estrangeiros, dando-lhes propriedades e instrumentos de trabalho,

ao passo que abandonavam à ociosidade não poucos milhões de compatriotas. Não somente denunciava que a instrução secundária e a superior eram um privilégio e destino dos filhos dos abastados; injustiça e perda de valores intelectuais para o país.

Ademais, Torres (2002) deveria haver intervenção governamental na economia, esta que deveria fomentar a produção de tudo quanto interessasse à vida, à saúde, ao bem-estar, à propriedade e à educação dos brasileiros. Nacionalização de atividades com grande valor social e econômico como a navegação da cabotagem por navios nacionais, serem também nacionais as estradas de ferro, empresas de viação e navegação interior, como todas as que explorarem negócios ou indústrias de interesse vital para a Nação, não somente, nenhuma empresa, companhia ou sindicato poderia explorar no país, indústria, comércio ou produção de qualquer natureza, se não tivesse sede no território nacional, e na direção, na administração e no pessoal, brasileiros e estrangeiros residentes e domiciliados no território nacional.

Torres (2002) sugere a modificação do artigo 15 CF com a inovação da criação do poder coordenador o qual teria por fim fortalecer a ação governamental, a ligar solidariamente as instituições do país e a estabelecer a continuidade na prossecução dos ideais nacionais.

No Brasil é Torres (2002), imperioso haver autonomia provincial, pois trata-se de um país no qual a carta geográfica impunha o modelo. País extensíssimo, de climas variados, com regiões de caracteres, naturezas e produções diferentes, seria simples violência recusar-se a cada uma de suas circunscrições a faculdade de governar seus interesses mais íntimos, de acordo com as inspirações próprias de seu meio, escolhendo livremente os seus mandatários. No Brasil não há federação e não haveria regime unitário por força legal. Enquanto na federação há abuso estatal no império o unitarismo do regime trazia inércia e formalismo. No Brasil havia desmembramento, com rótulo de federação política.

Torres (2002) faz a comparação da cultura profissional e econômica nos Estados Unidos e no Brasil. No primeiro a educação argentária do ianque produziu o tipo de seu homem representativo: o *struggler-for-life* de Wall Street. No segundo, a educação literária do brasileiro produziu o candidato a emprego público e o político (obra genuinamente imperial).

Destaca-se a defesa da busca da ocupação dos problemas da nossa nacionalidade, da nossa sociedade, da nossa gente e da nossa terra. Torres critica a visão política superficial das classes superiores da sociedade. Ele defende a existência do estadista (avis rara na história e que não é ave da nossa fauna) o que não se pode inventar. Deveria ter projeto no Brasil a corrigir os defeitos do regime democrático e a indicar os meios de adaptá-lo, bem como o regime federativo, à nossa terra, ao nosso povo.

Sendo assim, apresentam-se os principais desafios da metodologia de pesquisa na área jurídica no Brasil. Fatores diversos que precisam de comprometimento de diversos setores da sociedade para sanar esta dificuldade.

4 CONCLUSÕES

Os problemas relativos à metodologia de pesquisa sociojurídica no Brasil tem se mostrado com diversos vícios. Alguns deles tem a possibilidade de serem combatidos com maior facilidade, como por exemplo o “manualismo” e o “reverencialismo” (os quais se baseiam em uma cultura de estudo equivocada), entretanto, os problemas de falta de tempo para maior dedicação acadêmica e a falta de conhecimento aprofundado nas diversas áreas das ciências humanas e da filosofia se mostram com entraves complicados e complexos, pois demandariam maiores recursos financeiros para possibilitar a dedicação exclusiva do pesquisador (podendo assim abdicar do exercício de operador do Direito, ou ao menos minimizar consideravelmente suas atividades) e também a possibilidade de cursos jurídicos que permitissem um maior tempo para os estudos e seu respectivo aprofundamento, possibilitando, assim, uma maior especialização nas linhas de pesquisa, ou seja, cobranças que versem mais sobre a qualidade do que sobre a produção do acadêmico. Estas demandas, que podem ser vistas como hercúleas em frente

ao sistema educacional e à realidade política do país, não obstante, constituem mudanças que, caso aceitas pelas instituições e pelos acadêmicos, não importando o seu grau, tendem a melhorar expressivamente os atributos da metodologia de pesquisa sociojurídica no Brasil trazendo consideráveis ganhos para toda a sociedade através de produções de maior qualidade.

Além disto, salienta-se que o país ainda sofre com a visão de que o Brasil se situa em uma condição periférica (aspecto locacional) e atrasada (aspecto cronológico) em relação a países considerados cênicos e que não suporta uma própria sustentação valorativa, filosófica e científica. Sendo assim, não há plausibilidade tampouco bases racionais para a defesa de tal suposição, entretanto, esta visão influencia negativamente e em demasia a metodologia de pesquisa na área jurídica no Brasil.

REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. **Epistemologia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1977.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e Construção do Conhecimento**. 7. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In GEERTZ, C. **O saber local**. Petrópolis (RJ): Editora Vozes, 1999.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Por que pensamento e não teoria? A imaginação político-social brasileira e o fantasma da condição periférica (1880-1970). Rio de Janeiro: **Revista Dados**, v. 56, n. 4, oct./dec. 2013.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Cultura política brasileira. In: SANTOS, Gustavo; BRITO, Éder. **Política no Brasil**. São Paulo: Oficina Municipal. 2015.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!** A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf>. Acesso em: 28 out. 2016.

TORRES, Alberto. **A organização nacional**. 2. ed. São Paulo: Fonte digital. 2002.

O QUE ESTAMOS PESQUISANDO



Sob a chancela do corpo docente da Unisul Campus Universitário da Grande Florianópolis, eis o resultado dos trabalhos monográficos indicados para publicação, meticulosamente revisados por professores orientadores, membros integrantes de banca e coordenadores de núcleo de monografia.

MULTIPARENTALIDADE: AS INOVAÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA, POSSIBILIDADES DO RECONHECIMENTO E SEUS EFEITOS

ACADÊMICA: Ana Luíze Fronza (*analuize.fronza@hotmail.com*)

ORIENTADOR: Pedro Adilão Ferrari Junior

EXAMINADORA: Deisi Cristini Schweitzer

EXAMINADORA: Carina Milioli Corrêa

Resumo: O objetivo do presente trabalho é descrever a evolução histórica da família, bem como da filiação, mostrando as transformações que esses institutos sofreram com o passar dos anos, bem como enfatizar acerca dos princípios constitucionais que embasam a ocorrência da multiparentalidade, sendo que esse instituto também será conceituado, mostrando os efeitos que o reconhecimento da multiparentalidade traz para as famílias. O método utilizado no presente trabalho o é dedutivo, sendo utilizado o procedimento monográfico, com natureza qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfica. Ainda, ao longo do trabalho será abordado a respeito do conceito de família, as inovações que a família teve com o passar do tempo, a evolução histórica da filiação, bem como os princípios constitucionais que norteiam e influenciam a ocorrência da multiparentalidade. Dessa forma, chegou-se a conclusão que o reconhecimento da multiparentalidade é possível, sendo que será mostrado, através de julgados, alguns efeitos jurídicos que o reconhecimento deste instituto trás para as famílias.

Palavras-chave: Direito de família. Filiação. Paternidade Socioafetiva. Multiparentalidade.

A POSSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM RAZÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

ACADÊMICO: André Cunha Riffel (andrerriffel1@hotmail.com)

ORIENTADOR: Denis de Souza Luiz

EXAMINADORA: Patrícia Castagna

EXAMINADORA: Diane Dal Mago

Resumo: O presente trabalho tem como tema a possibilidade da obrigação alimentar em razão da filiação socioafetiva. Isso porque, os alimentos, instrumento utilizado com a finalidade de prover recursos necessários à subsistência dos favorecidos, são direito garantido nas mais diversas formas de parentesco. O objetivo deste trabalho é verificar a possibilidade da obrigação alimentar gerada pelo vínculo socioafetivo. Para a elaboração desta pesquisa foram utilizadas como fontes doutrinas, julgados, artigos e legislações, sendo que o método de procedimento utilizado foi o monográfico e o método de abordagem dedutivo. Com a implementação desses métodos, verificou-se a notória aceitação por parte dos julgadores a dar procedência a pedidos de alimentos de natureza socioafetiva, em função da equiparação das modalidades de parentesco civil.

Palavras-chave: Família. Socioafetividade. Alimentos. Obrigação alimentar.

A NOVAÇÃO NO DIREITO CIVIL E NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: COMPARAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS E SUAS IMPLICAÇÕES

ACADÊMICA: Bruna Lavratti Marcon (*blmarcon7@gmail.com*)

ORIENTADOR: Régis Schneider Ardenghi

EXAMINADORA 1: Eliane Luiz Espindola de Souza

EXAMINADOR 2: Luiz Gustavo Lovato

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo apresentar a novação no Direito Civil e no processo de Recuperação Judicial, comparar o instituto nas duas áreas e apresentar algumas consequências da diferença no que tange às figuras do fiador e do avalista, as garantias mais comumente utilizadas nas relações negociais brasileiras. No Direito Civil, o instituto é disciplinado nos arts. 360 a 367 do Código Civil Brasileiro, enquanto no âmbito da Recuperação judicial a novação encontra-se prevista no art. 59 da Lei 11.101/05, como consequência da aprovação do Plano de Recuperação Judicial. Ainda, trata das implicações da recuperação judicial para os terceiros garantes, que se encontram delineados no art. 49, § 1º da Lei 11.101/05 e na Súmula 581 do Superior Tribunal de Justiça. Isto posto, apresenta-se nesta monografia a novação na seara civil, bem como suas consequências para o fiador e o avalista. No terceiro, inicia-se pela contextualização da recuperação judicial para, então, apresentar o instituto dentro deste processo. Após, apresentam-se dois entendimentos doutrinários acerca dos efeitos do instituto na Recuperação judicial, bem como a posição pacificada do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Prossegue-se apresentando uma breve comparação entre os tratamentos dados ao instituto em cada área, bem como a alternativa encontrada pelos planos de recuperação judicial para esquivarem-se da polêmica e os dois entendimentos existentes acerca desta saída. Finaliza-se apresentando a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.532.943/MT e algumas opiniões acerca do julgado. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, a natureza de abordagem é qualitativa e o método de procedimento é monográfico e comparativo, sendo que a técnica de pesquisa utilizada é bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Civil. Recuperação Judicial. Novação. Fiador. Avalista.

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCULPAÇÃO NO EXCESSO DE LEGÍTIMA DEFESA

ACADÊMICA: *Carina Busato Tramontini (carinabtramontini@hotmail.com)*

ORIENTADORA: *Patrícia Ribeiro Mombach*

EXAMINADORA 1: *Maria Lúcia Pacheco Ferreira Marques*

EXAMINADORA 2: *Priscila de Azambuja Tagliari*

Resumo: A presente monografia tem como objetivo principal estudar se existem casos de excesso na legítima defesa em que é inexigível uma conduta diferente da praticada, possibilitando, assim, a exclusão da culpabilidade do agente. Edificada a partir do método dedutivo e por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa, visa-se apontar os elementos e o conceito da culpabilidade, demonstrando-se sua posição na teoria do crime; apresentar as possibilidades de exculpação previstas legalmente; verificar a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade e demonstrar a possibilidade de cabimento desta exculpante no excesso de legítima defesa. Para tal verificação, a pesquisa recorre a doutrina, por meio da qual se constata que o entendimento majoritário reconhece que as hipóteses legais possibilitam a exculpação, em razão da inexigibilidade de conduta diversa, em um rol exemplificativo e que há possibilidade de exclusão da culpabilidade em casos excepcionais não previstos expressamente pela lei penal. Verificada a viabilidade de admissão de causas supralegais de exculpação, observa-se que, em uma situação em que o sujeito extrapola os limites determinados para defesa de uma agressão, é possível que o excesso não seja considerado culpável, eis que, considerando seu estado emocional, abalo por medo, susto ou pela perturbação de ânimo, não há reprovabilidade em seu ato, pois não seria exigível do agente uma conduta diferente da praticada. Assim, apura-se que a inexigibilidade de conduta diversa pode ser uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade no excesso de legítima defesa.

Palavras-chave: Inexigibilidade de conduta diversa. Exculpação. Causa supralegal. Legítima Defesa. Excesso.

A (IM)POSSIBILIDADE DA USUCAPÇÃO EXTRAJUDICIAL DOS DIREITOS REAIS DE GOZO E FRUIÇÃO

ACADÊMICA: *Cláudia Regina da Silva Baixo (claudiabaixo@hotmail.com)*

ORIENTADORA: *Deisi Cristini Schweitzer*

EXAMINADORA: *Patrícia Rodrigues de Menezes Castagna*

EXAMINADOR: *João Paulo de Mello Filippin*

RESUMO: O presente trabalho tem como tema a (im)possibilidade da usucapião extrajudicial dos direitos reais de gozo e fruição. Nessa ideia, verificar o entendimento dos doutrinadores brasileiros acerca do referido é a essência do presente trabalho monográfico. No decorrer da pesquisa são abordados os mais variados assuntos, como o instituto da posse, demonstrando-se conceitos e teorias, bem como a classificação, efeitos materiais e processuais, a forma de aquisição e perda. Ainda, procurou-se abordar o direito real de propriedade, expondo um breve histórico, conceitos e elementos constitutivos, características, classificação, função social e as formas de aquisição e perda, sendo dada maior ênfase à propriedade imóvel. Analisou-se de maneira geral os direitos reais de gozo e fruição, mencionando os aspectos em relação à enfiteuse, usufruto, uso, habitação, superfície, servidão e laje. Abordou-se, também, a usucapião, abrangendo os seus conceitos, requisitos, modalidades, bem como a inovação decorrente do advento do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com a implementação da usucapião extrajudicial. Assim, o objeto monográfico tem por objetivo verificar a (im)possibilidade da usucapião extrajudicial dos direitos reais de gozo e fruição, resultante das inovações trazidas com o Código de Processo Civil de 2015. Para a elaboração da pesquisa utiliza-se o método de abordagem dedutivo, com método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa a bibliográfica e documental. Verificou-se que a usucapião extrajudicial não recai em todos os direitos reais de gozo e fruição, sendo permitida em relação aos direitos reais de servidão, superfície, usufruto, uso e laje, deixando de lado, até o presente momento, os demais direitos reais.

Palavras-chave: Posse. Propriedade. Direitos reais de gozo e fruição. Usucapião extrajudicial.

O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

ACADÊMICA: *Claudia Pick (claudiapick@gmail.com)*

ORIENTADORA: *Cristiane Goulart Cherem*

EXAMINADOR: *Paulo Calgato de Carvalho*

EXAMINADOR: *João Batista da Silva*

Resumo: A presente pesquisa pretende verificar se o reconhecimento fotográfico pode ser considerado válido como elemento probatório na instrução criminal frente à vigência de princípios constitucionais e processuais penais. Embora o tema esteja assentado pela jurisprudência, a discussão se encontra no campo doutrinário e se mostra pertinente porque influencia diretamente no trabalho dos operadores do direito, desde a investigação ao oferecimento da denúncia e posterior instrução no processo acusatório, vindo a implicar, por fim, na liberdade do indivíduo. A fim de realizar o estudo, emprega-se o método de abordagem dedutivo, de natureza qualitativa, num procedimento monográfico com técnica bibliográfica e documental. Para esclarecer o assunto, parte-se do conceito de prova e seus requisitos, objeto e finalidade, explorando também os sistemas de apreciação de provas, assim como os meios de prova existentes. Abordando o reconhecimento fotográfico, são enfatizados o seu conceito, as hipóteses que ensejam sua utilização, as formalidades procedimentais a que está sujeito e os princípios aplicáveis, a partir do que se verifica seu valor probatório e sua possível invalidação por incorrer em ilicitude ou nulidade processual. O trabalho conclui pela importância do reconhecimento fotográfico, especialmente na fase investigativa, apontando, todavia, sua fragilidade probatória e possível invalidação por configurar prova ilícita ou incidir em nulidade processual, sugerindo a necessidade de aprimorar a aplicação da teoria das nulidades e a reformulação legislativa para aperfeiçoar seu método de elaboração, revestindo-o de maior valor como elemento probatório e assim fortalecer o processo penal como um sistema de garantias.

Palavras-chave: Reconhecimento fotográfico. Validade. Prova.

OS “REFUGIADOS AMBIENTAIS” NO DIREITO INTERNACIONAL E NA LEI BRASILEIRA

ACADÊMICA: *Elise Antunes Gerech* (elisepitico@hotmail.com)

ORIENTADORA: *Solange Buchele de S.Thiago*

EXAMINADORA 1: *Danielle Maria Espezim dos Santos*

EXAMINADORA 2: *Patricia Rodrigues de Menezes Castagna*

Resumo: A presente pesquisa é desenvolvida a partir de abordagem dedutiva, procedimento monográfico e técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. O objetivo principal é analisar se a normativa internacional e nacional em matéria de refugiados é aplicável aos denominados “refugiados ambientais”, e observar as medidas protetivas destinadas à categoria em ambas as esferas. O trabalho examina a trajetória histórica de consolidação das normativas internacionais e nacional relativas a refugiados, o surgimento da categoria “refugiados ambientais”, a discussão acadêmica quanto a aplicabilidade ou não dos instrumentos jurídicos destinados aos refugiados tradicionais ao grupo, e as alternativas legais propostas na esfera internacional e nacional, trazendo o caso da migração haitiana como exemplo prático no âmbito nacional. Em conclusão, observa-se que as normativas em matéria de refugiados não se aplicam a categoria de “refugiados ambientais”, sendo que, não há instrumento jurídico vinculativo de caráter universal para proteção do grupo em questão. Já no Brasil, inicialmente foi criado um mecanismo complementar denominado “visto humanitário”, por meio de resolução normativa do Conselho Nacional de Migração. Atualmente, a nova lei da migração incluiu a possibilidade de concessão de visto temporário por razões humanitárias entre seus dispositivos.

Palavras-chave: Direito dos Refugiados. “Refugiados Ambientais”. Visto Humanitário. Haiti.

ESTUDO DE CASO: PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA GRANDE FLORIANÓPOLIS

ACADÊMICO: *Fernando de Medeiros Marcon (fernandomarcon@yahoo.com.br)*

ORIENTADOR: *Leonardo Martins Fornari*

EXAMINADOR: *Jorge Luiz De Lima*

EXAMINADOR: *João Paulo Felippin*

Resumo: O presente estudo tem por objetivo identificar se o PJe, como sistema de tramitação processual, trouxe maiores benefícios no contexto da celeridade processual, abordando o método dedutivo de pesquisa, de natureza qualitativa e quantitativa, por meio dos procedimentos monográfico, comparativo e estatístico. Valendo-se das técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e de estudo de caso, foram utilizados consultas à legislação, doutrinas e dados disponíveis nos relatórios fornecidos pelo CNJ, CSJT e atas correicionais do TRT12, relativamente às Varas do Trabalho de Florianópolis, São José e Palhoça, no período de 2009 até 2016. A análise do problema se deu sob três aspectos: da produtividade e eficiência das Varas do Trabalho paradigma, de acordo com a comparação entre os sistemas processuais utilizados (físico, Provi e PJe); do tempo despendido para prática dos atos processuais; e, dos efeitos do PJe na gestão estratégica do CNJ, e com estes, na celeridade do processo. Ao resultado do estudo constatou-se que o PJe promoveu o aumento da produtividade e eficiência nas Varas do Trabalho pesquisadas, a diminuição do tempo neutro do processo, tornando os atos nele praticados mais céleres que aqueles realizados nos sistemas anteriores, e, que o uso do PJe possui reflexos na produção de dados estatísticos equiparáveis e fidedignos, auxiliando na tomada de decisão estratégica do CNJ no âmbito do Judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Processo Eletrônico. PJe. Celeridade. Estudo de caso.

(IN)APLICABILIDADE DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR NOS CRIMES MILITARES

ACADÊMICO: Flávio Leonardo Reuter Filho (flaviolreuter@gmail.com)

ORIENTADOR: Aldo Nunes da Silva Junior

EXAMINADORA 1: Maria Lúcia Pacheco Ferreira

EXAMINADORA 2: Priscila de Azambuja Tagliari

Resumo: O arrependimento posterior é previsto no artigo 16 do Código Penal na parte geral, no qual tem o condão de diminuir a pena do réu de um a 2/3, uma vez que é causa especial de diminuição pena. Sendo assim para ser beneficiário do instituto, o réu necessita preencher requisitos estabelecidos na norma penal, uma vez que a falta de um deles acarreta o não reconhecimento, mesmo que tenha restituído a coisa ou reparado o dano. Contudo em norma penal militar o instituto não é previsto como regra geral; sendo, portanto, previsto apenas em circunstâncias atenuantes (art. 72, III, "b" do CPM) ou em crimes específicos, como por exemplo o furto culposo (art. 303, §4º do CPM). Desse modo a jurisprudência segmentam seus entendimentos, reconhecendo o instituto por força de que o Código Penal Militar não prevê a temática como regra geral, baseando-se no artigo 12 do Código Penal. No entanto parte da jurisprudência não confirma a tese de aplicabilidade, uma vez que o crime militar é engajado de princípios próprios, no qual não admitem a aplicação de regras gerais de legislação penal comum, de modo que incide o princípio da especialidade. Além disso, argumentam que o arrependimento posterior não é estranho ao Código Castrense, razão pela qual, não acordam pelo reconhecimento do instituto. Para realizar a pesquisa da temática apresentada, o pesquisador utilizou o método dedutivo de pesquisa, no qual partiu-se do conceito de crime comum e crime militar, elencando todos os elementos que compõe a definição de crime analítico, apresentando as penas privativas de liberdades situadas no Código Penal comum e no Militar, além do sistema trifásico de aplicação de pena, em que abarca circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes e causas especiais de aumento e diminuição de pena. Nesse sentido constata-se que a doutrina pouco diverge sobre a aplicabilidade do arrependimento posterior, deixando para a jurisprudência o trabalho de discutir sobre o instituto. Desse modo constata-se que o Superior Tribunal Militar, reiteradamente tem afastado o arrependimento posterior, por tratar o crime militar como especial. Entretanto, a maioria dos tribunais de justiça dos Estados pesquisados, bem como em Tribunais Militares dos Estados, inclusive o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento no sentido de elencar o artigo 16 do Código Penal aos crimes militares, que, nesse caso, também é compreendido pelo pesquisador.

Palavras-chave: Conceito de crime analítico. Crime militar. Arrependimento posterior. Aplicabilidade.

A REFORMA PREVIDENCIÁRIA: ANÁLISE QUANTO AO DÉFICIT DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

ACADÊMICA: *Franciele Custódio de Oliveira Carmes (franciele.custodio@gmail.com)*

ORIENTADORA: *Susana dos Reis Machado Pretto*

EXAMINADOR: *Pedro A. Ferrari Junior*

EXAMINADOR: *Hercílio Emerich Lentz*

Resumo: O presente trabalho faz uma análise do sistema de Seguridade Social Brasileiro. O principal objetivo é verificar a existência de um déficit financeiro e quais seriam os modos de sanar qualquer problema de maneira a manter garantida a universalização de direitos. A partir de o método dedutivo analisar a história e a evolução, aferindo seu formato e suas instituições é a forma de entender o quanto o sistema é afetado pela dinâmica da economia nacional. Faz-se uma análise do posicionamento político e econômico versos a forma de gestão dos recursos da seguridade social. Percebe-se, quando da análise governamental, não se consideram todas as receitas destinadas a este fim, pior, durante a história por muitas vezes se desviaram os recursos do sistema, de modo que a gestão sim é um grande problema a ser solucionado. Ao contrário do que se apresenta o sistema previdenciário não está em crise e nem precisa de reformas para ajuste fiscal, o que precisa é de reformas que permitam a inclusão de todo o contingente populacional que se encontra desprotegido. Os resultados dessa análise levam a conclusão de que o sistema da seguridade social é financeiramente autossustentável, gerando inclusive superávit em diversos períodos. Mudanças na política econômica que busquem a promoção do crescimento do sistema atrelado a políticas de distribuição de renda é que farão a capacidade de sustentação futura do sistema previdenciário.

Palavras-chave: Seguridade Social. Sistema Previdenciário Brasileiro. Déficit. Reforma Previdenciária.

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III, ARTIGO 1.790, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS

ACADÊMICA: *Giovana de Novaes Costa Pereira (giovana.novaescp@gmail.com)*

ORIENTADORA: *Patrícia Russi de Luca*

EXAMINADORA 1: *Deisi Cristini Schweitzer*

EXAMINADORA 2: *Patrícia Rodrigues de Menezes Castagna*

Resumo: A presente monografia busca verificar o posicionamento dos Tribunais estaduais a respeito da sucessão do cônjuge e do companheiro, com relação à inconstitucionalidade do inciso III, artigo 1.790, do Código Civil de 2002. No intuito de alcançar tal objetivo, utiliza-se como método de abordagem o pensamento dedutivo, viabilizado por meio das técnicas de pesquisa monográfica, documental, e de levantamento de dados, uma vez que são consultadas doutrinas, legislação de caráter constitucional e infraconstitucional, regimentos internos dos Tribunais de Justiça, e investigação nos endereços eletrônicos das Cortes estaduais. Parte-se da apresentação do instituto da sucessão no ordenamento jurídico e de como a discrepância entre os direitos do cônjuge e do companheiro supérstites motivam a discussão acerca da constitucionalidade deste tratamento diferenciado, tendo culminado na decisão preferida pelo STF no recurso extraordinário nº 878.694, em 10 de maio de 2017. Ao final, conclui-se que somente dez dos vinte e sete Tribunais estaduais do país manifestaram-se quanto ao tema em discussão, dos quais cinco ratificaram a inconstitucionalidade do dispositivo até o encerramento da discussão pela Corte Suprema, e a outra metade declarou sua constitucionalidade.

Palavras-chave: Sucessão. Cônjuge. Companheiro. Inconstitucionalidade.

RESPONSABILIDADE CIVIL DE CONDUTAS ILÍCITAS NA DEEP WEB

ACADÊMICA: Giselle Piucco Braviano (gisellepiucco@gmail.com)

ORIENTADOR: Luiz Gustavo Lovato

EXAMINADORA 1: Danielle Maria Espezim dos Santos

EXAMINADORA 2: Eliana Becker

Resumo: A Internet veio para ultrapassar fronteiras, sendo, hoje, um dos principais meios de comunicação. Em contrapartida, com os avanços tecnológicos surgiram também novos ilícitos, que precisam de uma reparação pelos danos que vierem a causar. A *Deep Web* revelou-se uma grande fonte dessas condutas geradoras de dano, contudo, não há sequer menção a ela nas legislações reguladoras do ambiente digital. Diante deste contexto, o presente trabalho buscou verificar a Responsabilidade Civil de condutas ilícitas no ambiente da *Deep Web*, haja vista o anonimato intrínseco a este meio. Utilizando o procedimento monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, apresenta-se e conceitua-se o instituto da Responsabilidade Civil, bem como se sintetiza o surgimento da Internet e suas espécies de provedores, analisando a aplicação do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 12.965 – Marco Civil da Internet – face as atribuições desses provedores de serviços de Internet. Da mesma forma, analisa-se o ambiente da *Deep Web*, ilustrando casos práticos de atuação das autoridades face aos ilícitos. Ao fim da pesquisa, apesar da escassez de bibliografias sobre o tema – devido a sua contemporaneidade – encontrou-se subsídios que igualam a Responsabilidade Civil da *Deep Web* com a da *Surface Web*.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Internet. *Deep Web*.

A (IN)APLICABILIDADE DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL À LUZ DA LEI 13.245/2016

ACADÊMICO: *Guilherme Tomaz dos Santos (guilherme.tomazsantos@hotmail.com)*

ORIENTADOR(A): *Paulo Calgato de Carvalho*

EXAMINADOR(A): *Eliana Becker*

EXAMINADOR(A): *João Batista da Silva*

Resumo: O presente trabalho monográfico se dedica a um estudo acerca da aplicabilidade, ou não, do princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal, durante a fase pré-processual do inquérito policial à luz da reforma trazida pela Lei nº 13.245/2016. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, uma vez que parte de informações gerais do inquérito policial para as especificidades. Outrossim, foi adotado o método de procedimento monográfico, com a utilização de técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como base a legislação, livros e artigos. Parte-se da premissa que, pelo fato de o inquérito policial ser realizado em fase inquisitorial, não se admite a incidência do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa. No entanto, após a alteração do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, pela Lei nº 13.245/16, relativizou-se o caráter inquisitivo das investigações criminais, garantindo ao advogado e suspeito o exercício de direito de defesa. Cabe salientar que de acordo com alguns doutrinadores, a legislação inseriu o princípio do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, o que, teoricamente, descaracterizaria o seu sistema inquisitorial.

Palavras-chave: Inquérito policial. Princípio do contraditório. Garantias constitucionais.

A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DADO EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

ACADÊMICA: Luiza Ludvig de Sousa (luizasousa112@gmail.com)

ORIENTADOR: Régis Schneider Ardengui

EXAMINADOR 1: Henrique Barros Souto Maior Baião

EXAMINADOR 2: André Opilhar

Resumo: A alienação fiduciária é uma modalidade de garantia que permite a circulação mais barata do crédito, movimentando a economia. Isto ocorre porque, por meio desta, as partes acordam na constituição da propriedade fiduciária sobre um bem, que será retirado do patrimônio do devedor, e passará a ser de propriedade do credor. Essa configuração jurídica garante maior agilidade na recuperação do crédito, em caso de inadimplência da obrigação principal, o que justifica a crescente utilização deste instrumento jurídico. O credor, no entanto, não tem o bem para si, apesar de ostentar o título de proprietário fiduciário. Por conta da natureza fiduciária da avença, a coisa só pode ser usada com a finalidade de garantia, de modo que não passa a compor propriamente o patrimônio do credor. Em vista disso, esta monografia busca verificar como a propriedade fiduciária se comporta em caso de tentativa de penhora. A penhora é instrumento do processo civil que visa, em última análise, a retirar bens do patrimônio do executado. É relevante que se discuta a aplicação da penhora ao bem dado em alienação fiduciária – quando a coisa não integra nem o patrimônio do devedor fiduciante, tampouco do credor fiduciário. Para atingir este objetivo, utiliza-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental. Ao final, conclui-se que o bem dado em alienação fiduciária não pode ser penhorado livremente: apenas pelo débito que este garante.

Palavras-chave: Alienação fiduciária. Propriedade fiduciária. Penhora. Responsabilidade patrimonial.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA

ACADÊMICA: *Maria Aparecida de Brittos Molgato (cidinhamdb@gmail.com)*

ORIENTADOR: *Henrique Barros Souto Maior Baião*

EXAMINADORA 1: *Patrícia de Oliveira França*

EXAMINADORA 2: *Fátima Kamel Abed Deif Allah Mustafa*

Resumo: O objetivo deste trabalho de conclusão de curso é verificar a inovação trazida pelo Código de Processo Civil na aplicação de medidas executivas atípicas e o cotejo com princípios constitucionais. Inicialmente, tratará da teoria geral do processo e dos conceitos basilares do processo, com ênfase aos princípios constitucionais aplicados ao processo civil. Após, abordará o processo de execução civil, definindo conceito, partes, pressupostos e princípios específicos, como o da patrimonialidade, da menor onerosidade, do título executivo e da tipicidade dos meios executivos. Conceituando as vias executivas, seja o cumprimento de sentença ou o processo de execução, assim como apontando as diferenças entre os títulos executivos judiciais e extrajudiciais, discorrerá ainda sobre os meios executivos, em especial, o arresto executivo, a penhora, a avaliação, a expropriação e a satisfação do credor. E por fim, tratará do papel fundamental do magistrado na obtenção da tutela executiva. O dispositivo legal do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, tema central deste trabalho monográfico, definindo o que são medidas coercitivas, indutivas, mandamentais e sub-rogatórias. Trará o posicionamento de doutrinadores sobre essa inovação processual e o exame de julgados que relacionem os direitos fundamentais com a aplicação de medidas executivas atípicas nos processos de execução por quantia certa. Demonstrando ao final que as decisões não seguem uma linha de aplicação padrão, sendo que o magistrado julga conforme seu próprio entendimento e que a falta de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça contribui para as discussões e dúvidas sobre a aplicação dos meios atípicos em todas as demandas executivas. A metodologia utilizada para este trabalho é de abordagem dedutiva. Quanto ao procedimento, o método aplicado é o monográfico. Utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, baseada em leis, doutrinas, publicações jurídicas periódicas, artigos científicos, julgados e jurisprudência.

Palavras-chave: Princípios constitucionais aplicados ao processo civil. Novo Código de Processo Civil. Atipicidade das medidas executivas.

OS EFEITOS DAS ALTERAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA LEI DO INQUILINATO

ACADÊMICA: *Manuella Ibagy (manuellaibagy@hotmail.com)*

ORIENTADORA: *Gisele Rodrigues Martins Goedert*

EXAMINADORA: *Tânia Santhias*

EXAMINADOR: *Elvis Daniel Müller*

Resumo: Pretende-se, com este trabalho, analisar os efeitos que a promulgação do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) implicaram na Lei do Inquilinato, autuada sob o nº 8.245/91. Nessa monografia, serão apreciados os principais pontos que sofreram alterações, diante da consolidação do novo código processual brasileiro. Para tanto, deu-se início ao tema por meio de uma análise do contrato em sua forma mais abrangente, demonstrando-se suas características, bem como evolução histórica e atributos. Adiante, procurou-se pormenorizar o contrato de locação, palco da Lei do Inquilinato, oportunidade em que se demonstra sua composição e particularidades, dentre elas seus sujeitos, os quais são os protagonistas das questões pautadas. Abordando o tema central do trabalho, demonstraram-se as reações que a alteração do Novo Código de Processo Civil causou à Lei do Inquilinato. E, neste viés, apreciou-se a conduta tomada pelos civilistas do ramo imobiliário para evitarem prejuízos às partes envolvidas. Finalmente, observou-se que as alterações do Novo Código de Processo Civil atingiram a Lei do Inquilinato, motivo pelo qual as modificações junto à Lei nº 8.245/91 são essenciais para promover segurança jurídica às partes envolvidas nas relações locatícias, resguardando a celeridade e eficácia desta legislação especial. Para a realização deste trabalho deu-se ênfase ao procedimento metodológico dedutivo, com natureza qualitativa, por meio monográfico. Por sua vez, a pesquisa ocorreu de maneira bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Lei do Inquilinato. Contrato. Contrato de Locação. Segurança jurídica.

ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E MEDIDA SOCIOEDUCATIVA: UMA ANÁLISE NA COMARCA DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ/SC

ACADÊMICA: Mariana Lohn Andriani (mariana.lohn.andriani@outlook.com)

ORIENTADORA: Danielle Maria Espezim dos Santos

EXAMINADORA: Andreia Catine Cosme

EXAMINADORA: Priscila Tagliari

Resumo: Sabe-se que os menores de 18 (dezoito) anos são inimputáveis penalmente, mas estão sujeitos às normas da legislação especial, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente. O diploma estatutário adotou a doutrina da proteção integral, aplicando aos adolescentes em conflito com a lei a responsabilização pela prática de ato infracional através de imposição de medida socioeducativa. Assim, o presente trabalho tem como objetivo de averiguar o caráter pedagógico da medida socioeducativa aplicada ao adolescente em conflito com a lei na comarca de Santo Amaro da Imperatriz/SC, principalmente para averiguar se o adolescente encontrou-se recuperado quando atingir a maioridade penal. O objeto de estudo será delimitado aos adolescentes que cumpriram integralmente a medida socioeducativa enquanto não completada a maioridade penal. Utilizou-se o método indutivo, o qual começou pela coleta de dados na 1ª Vara da comarca referente a um conjunto de vinte adolescentes. Com essas informações, realizou-se o levantamento e sistematização dos dados relativos ao perfil e atos infracionais imputados aos adolescentes, os quais foram abordados e discutidos através de bibliografias e normas legais cabíveis. Na análise aos dados disponíveis extraídos dos autos, verificou-se a insuficiência de elementos para apurar a eficácia da medida socioeducativa. Dessa forma, não foi possível aferir a eficácia das medidas socioeducativas, no entanto, verificou-se que a maioria dos adolescentes não continuaram na manutenção da prática de ato infracional após o cumprimento da medida socioeducativa. Do mesmo modo, examinou-se que as imputações são discutíveis para responsabilização estatutária, por não tratarem de condutas correspondentes a crimes ou contravenções penais. Ademais, analisou-se a necessidade de revisar a elaboração do plano individual de atendimento para inserir as informações imprescindíveis acerca dos aspectos relativos ao adolescente em conflito com a lei. Por fim, conclui-se que é necessária a revisão da aplicação da medida socioeducativa em resposta aos atos imputados por adolescentes para atender os preceitos da doutrina da proteção integral.

Palavras-chave: Medida socioeducativa. Responsabilização estatutária. Caráter pedagógico.

(IN)CAPACIDADE CIVIL E CURATELA FRENTE AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/15)

ACADÊMICA: *Mirela Silveira (mirela95@gmail.com)*

ORIENTADOR: *Pedro Adilão Ferrari Junior*

EXAMINADORA: *Deisi Cristini Schweitzer*

EXAMINADORA: *Diane Dal Mago*

Resumo: O presente Trabalho de Conclusão de Curso dedica-se ao estudo do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou os institutos da incapacidade civil e curatela, bem como criou o instituto da tomada de decisão apoiada. Também conhecido como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, tal Estatuto trouxe inúmeras modificações para o Direito Civil. Conclui-se que dentre essas mudanças a mais significativa gerou vários posicionamentos doutrinários relacionados ao fim do instituto da interdição por incapacidade absoluta e a instituição da tomada de decisão apoiada como regra. Dessa forma, abordam-se questões vinculadas ao instituto da capacidade civil, sua conceituação, contextualização histórica, teorias, capacidade de direito e de fato, espécies de incapacidade, incluindo a acepção jurídica do termo “pessoa”. Bem como, o instituto da curatela, sua conceituação, aspectos históricos, características, além de suas espécies, como a curatela daqueles que por causa duradoura não podem manifestar sua vontade, curadorias especiais, curadoria instituída pelo testador, curadoria da herança jacente e curadoria do incapaz em conflito com seus representantes legais e o comparativo do Código Civil de 2002 em sua redação original, com as mudanças advindas com a Lei nº 13.146/15, principalmente, nos institutos da capacidade civil e curatela. Para elaboração do estudo, utilizou-se o método dedutivo e qualitativo, com técnica de pesquisa bibliográfica por meio de consulta de livros, artigos científicos e pesquisa documental, com base na legislação brasileira e jurisprudências.

Palavras-chave: Capacidade Civil. Curatela. Interdição. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E SUCESSÓRIO NA EMPRESA FAMILIAR

ACADÊMICA: Natália Zomer Righetto (natalia.righetto@gmail.com)

ORIENTADORA: Tânia Maria Françosi Santhias

EXAMINADOR 1: Hercílio Emerich Lentz

EXAMINADOR 2: Nélio Herzmann Júnior

Resumo: O intuito deste trabalho é o estudo acerca do planejamento sucessório nas empresas familiares, visando determinar a melhor forma para a realização deste processo. Para isto, foi-se utilizado o método dedutivo de pensamento, onde partiu-se dos conceitos mais abrangentes do Direito Comercial até cingir-se ao cerne da questão. A natureza deste estudo é monográfica e irá utilizar-se da técnica bibliográfica, apoiando-se em doutrinas e legislação. Para isto, abordar-se-ão as empresas familiares, definindo seu conceito, características e as questões cruciais ao bom desenvolvimento do estudo. Será disposta a empresa *holding* no ordenamento jurídico nacional, demonstrando seu histórico, suas finalidades e possibilidades doutrinárias e fáticas, com a finalidade de estipular sua utilização para uma melhor forma de realizar-se um planejamento sucessório eficaz às empresas familiares. Derradeiramente, e unindo os pontos anteriormente abordados, será demonstrado o benefício da proteção ao patrimônio familiar, a manutenção do poder e a economia tributária viável pela criação da *holding*.

Palavras-chave: Empresa familiar. Holding. Planejamento sucessório.

FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA: PRINCÍPIO DA DIVERSIDADE DA BASE DE FINANCIAMENTO E PRINCÍPIO DA EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO NO CUSTEIO

ACADÊMICO: *Odilon Luciano (odilon@tjsc.jus.br)*

ORIENTADORA: *Susana dos Reis Machado Pretto*

EXAMINADOR 1: *Elvis Daniel Müller*

EXAMINADORA 2: *Gisele Rodrigues Martins Goedert*

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo principal avaliar a diversidade da base de financiamento que compõe as fontes de custeio da Seguridade Social do Regime Geral de Previdência Social, definida pelo legislador, e a aplicabilidade do princípio da equidade na forma de participação dessas fontes. Por meio de método dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica e documental, o estudo aborda elementos essenciais para a contextualização e compreensão da Seguridade Social, elenca suas fontes de custeio, distribuídas em categorias de contribuintes, e avalia a aplicação dos princípios constitucionais em questão. As principais fontes de custeio constitucionalmente previstas se originam das contribuições sociais de Seguridade Social, decorrentes das empresas e dos trabalhadores, juntamente com as contribuições do Governo, em tríplice forma. Preocupa-se, a pesquisa, em verificar a distribuição do encargo da Seguridade Social nessa tríplice forma, de maneira quantitativa, distribuída entre essas categorias, de modo que permita a avaliação do equilíbrio, da segurança e da justiça do sistema.

Palavras-chave: Financiamento. Custeio. Previdência.

TRIBUNAL DO JÚRI: A (I)LEGALIDADE DO ABANDONO DE PLENÁRIO

ACADÊMICA: *Rafaela Hawerth (rafa_hawerth@hotmail.com)*

ORIENTADORA: *Eliana Becker*

EXAMINADOR: *Paulo Calgato Carvalho*

EXAMINADOR: *João Batista da Silva*

Resumo: O presente trabalho monográfico discorre acerca do tribunal do júri. O objetivo geral do trabalho consubstancia-se na verificação da (i)legalidade do abandono de plenário no tribunal do júri. Para tanto, o método de abordagem utilizado é o dedutivo. Enquadra-se na natureza qualitativa e o procedimento é o monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Os principais conceitos nesse trabalho são: tribunal do júri, origem, princípios, legalidade e abandono de plenário. O tribunal do júri já sofreu inúmeras alterações desde sua criação até a incorporação na constituição vigente. Dentre tantas mudanças advindas com o decorrer do tempo, tem-se deparado atualmente com o surgimento do abandono de plenário, ocasionado pela defesa ou pelo representante do Ministério Público, o que está gerando grandes polêmicas e controvérsias no mundo jurídico. Portanto, foi necessário discutir sobre o tema e verificar a sua legalidade, chegando-se a conclusão de que apenas em hipóteses excepcionais poderá o plenário do tribunal do júri ser abandonado, desde que presente o motivo imperioso ou a escusa legítima.

Palavras-chave: Tribunal do júri. Princípios. Abandono de plenário.

O INSTITUTO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ACADÊMICA: *Renata Isé Silvestre (renataises@gmail.com)*

ORIENTADORA: *Deisi Cristini Schweitzer*

EXAMINADORA 1: *Carina Milioli Corrêa*

EXAMINADOR 2: *José Ricardo Tavares*

Resumo: O presente trabalho monográfico objetiva verificar a usucapião extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esse procedimento instituído pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, no seu art. 1.071, que por sua vez introduziu o art. 216-A na Lei de Registros Públicos, nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Destaca-se que, com publicação da Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017, o art. 216-A da Lei de Registros Públicos, sofreu alterações, permitindo-se maior eficácia ao instrumento da usucapião extrajudicial. Abordou-se o instituto da posse, com as teorias, a origem, o conceito, a classificação, os modos de aquisição e perda da posse, e seus efeitos. Em seguida, os aspectos relevantes da propriedade, referentes à evolução histórica, conceito, características, formas de aquisição e sua função social. Por fim, foram tratados os assuntos consideráveis da usucapião, apresentando seus pressupostos, modalidades, e discorrendo sobre a usucapião extrajudicial no Código de Processo Civil de 2015, tema central da monografia. A técnica de pesquisa foi a documental e bibliográfica, sendo o método de abordagem dedutivo, com procedimento histórico e monográfico.

Palavras-chave: Posse. Propriedade. Usucapião. Usucapião Extrajudicial.

POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO SUCESSÓRIA: INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

ACADÊMICA: Priscila Viana Perito (priscilavianaperito@gmail.com)

ORIENTADORA: Gisele Rodrigues Martins Goedert

EXAMINADORA 1: Eliane Luiz Espindola de Souza

EXAMINADOR 2: Elvis Daniel Muller

Resumo: Com a morte de um indivíduo surge para os seus familiares uma série de direitos e obrigações decorrentes do direito sucessório. Este, por sua vez, regulamenta a transmissão do patrimônio do falecido aos seus herdeiros, entretanto a presente monografia tem como escopo verificar a possibilidade de exclusão sucessória desses herdeiros, isto é, se há como afastá-los da sucessão, buscando conhecer as hipóteses de aplicação dos institutos da indignidade e da deserdação no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, visa averiguar o emprego das normas de exclusão sucessória pelos tribunais brasileiros nos casos concretos. O método de abordagem empregado é o do pensamento dedutivo, com natureza qualitativa para seu desenvolvimento, tendo como método de procedimento o monográfico, valendo-se da técnica de pesquisa bibliográfica para realizar o trabalho. Busca-se ao longo da monografia contextualizar a sucessão, demonstrando sua origem histórica e conceitos básicos para melhor compreensão do tema. Aprofundando-se na indignidade e deserdação, com foco nas hipóteses que ensejam a aplicação desses institutos e na possibilidade de reabilitação do indigno ou deserddado. Conclui-se que é viável deserddar ou tornar indigno um herdeiro, contudo o autor da herança não possui plena liberdade de dispor de seus bens determinando quem é beneficiado e quem deve ser excluído da herança, logo só poderá aplicar essas sanções nos casos permitidos por lei.

Palavras-chave: Sucessão. Indignidade. Deserdação.

O PSICOPATA HOMICIDA E A EFICÁCIA NO SEU TRATAMENTO PELO DIREITO BRASILEIRO

ACADÊMICO: *Rodrigo Duarte (rodrigo950401@gmail.com)*

ORIENTADORA: *Priscila de Azambuja Tagliari*

EXAMINADOR 1: *Everson Becker Silva*

EXAMINADOR 2: *Aldo Nunes da Silva Júnior*

Resumo: Atualmente, o psicopata é figura conhecida como alguém de má índole pela sociedade, porém, a maioria das pessoas não conhece realmente quais aspectos podem levar a denominar este indivíduo. O Direito brasileiro não possui normatização a respeito dos psicopatas, dificultando muito na sua identificação e correta aplicação de sanções penais, caso cometam ilícitos penais. Com o objetivo de demonstrar a eficácia proporcionada no tratamento dos psicopatas delinquentes pelo Direito brasileiro, surge o presente trabalho monográfico. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem de pensamento dedutivo, de natureza qualitativa, e o procedimento monográfico, que buscará informação através das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Desse modo, trabalha-se os aspectos relevantes da criminologia, como seu desenvolvimento histórico, conceito e objetos de estudo. Em seguida aborda-se a figura do psicopata, suas particularidades e sua diferenciação com o transtorno de personalidade antissocial. Dando continuidade, aponta-se mais especificadamente para os psicopatas homicidas, focando nos assassinos seriais. Por fim, apresenta-se as questões presentes no Direito Penal brasileiro relevantes a condenação dos psicopatas delinquentes, e conclui-se que o atual sistema penal brasileiro não demonstra eficácia ao tratar deste tipo peculiar de criminoso.

Palavras chave: Criminologia. Psicopatas Homicidas. Direito Penal. Ineficácia das Penas.

AS DECISÕES DO CONSELHO DE DISCIPLINA E AS REINTEGRAÇÕES DAS PRAÇAS COM ESTABILIDADE E DAS PRAÇAS ESPECIAIS NO ÂMBITO DA POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA

ACADÊMICO: Roger Luiz De Quadros (rogerlq2000@gmail.com)

ORIENTADORA: Prof.^a Gíglione Zanela Maia

EXAMINADOR: Prof. João Batista Da Silva

EXAMINADORA: Prof.^a Patrícia De Azambuja Tagliari

Resumo: O presente trabalho monográfico visa analisar o provimento da reintegração no âmbito da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, em destaque para as praças especiais e as praças com estabilidade assegurada, as quais, em processo administrativo disciplinar denominado Conselho de Disciplina, foram punidas com a exclusão, a bem da disciplina, e derradeiramente obtiveram, pelas vias judiciais, ordem de reintegração decretada face às nulidades constatadas no respectivo processo. Assim, para refletir a respeito desses problemas, este texto monográfico foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo refere-se aos conceitos de ordem pública, segurança pública e do poder de polícia delegado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aos órgãos que compõem o sistema de segurança pública brasileiro, em especial na Polícia Militar do Estado de Santa Catarina. No segundo capítulo, aborda-se o procedimento administrativo geral e disciplinar, sobretudo destacando-se os poderes hierárquicos e disciplinares aplicados na Administração Pública, em especial no processo administrativo disciplinar nominado “Conselho de Disciplina”, no âmbito da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina e, no último capítulo, trata-se acerca da reintegração empregada na Administração Pública Estadual, especialmente na análise de dados estatísticos obtidos junto a PMSC, os quais apontam o quantitativo das praças especiais e das praças estáveis excluídas a bem da disciplina das fileiras da corporação e, subsequentemente, as suas reintegrações decretadas pelo Poder Judiciário face as nulidades constatadas no processo administrativo disciplinar denominado Conselho de Disciplina.

Palavras-chave: Conselho de Disciplina; Exclusão a Bem da Disciplina;

A INTEGRAÇÃO INSTITUCIONAL PARA O ENFRENTAMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO ESTADO DE SANTA CATARINA

ACADÊMICA: *Stéphanie de Farias Broering (stephaniebroering@hotmail.com)*

ORIENTADORA: *Cristiane Goulart Cherem*

EXAMINADOR: *Paulo Calgato Carvalho*

EXAMINADOR: *João Batista da Silva*

Resumo: O presente Trabalho de Conclusão de Curso traz como tema de estudo a atuação dos órgãos para o enfrentamento do crime organizado no Estado de Santa Catarina, com o objetivo de verificar como é realizado o combate a partir das operações efetuadas, os meios de prova utilizados e os principais desafios enfrentados. Para isso, utiliza-se o método de pensamento dedutivo e o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Apresenta-se o avanço da criminalidade organizada no mundo e no Brasil, expondo sua bagagem de fatos reprováveis e descreve a retrospectiva da legislação vigente sobre o tema. Também relata o conceito de organização criminosa e os principais meios de prova existentes na Lei nº 12.850/13. Por fim, atingiu-se o ponto chave do trabalho, a integração institucional para o enfrentamento das organizações criminosas no Estado de Santa Catarina. Portanto, expôs as organizações criminosas presentes no Estado e como agem, bem como as operações das autoridades para enfrentá-las. Concluindo, constata-se que o Ministério Público e a Polícia Civil operam em conjunto, elaborando uma força-tarefa e, ao que parece, pelas pesquisas realizadas, as interceptações telefônicas têm sido bastante utilizadas no enfrentamento do crime organizado, assim como os demais meios de provas previstos na Lei nº 12.850/13 podem contribuir, significativamente, à elucidação dos fatos.

Palavras-chave: Organização Criminosa. Meios de provas. Santa Catarina.

ABANDONO AFETIVO INVERSO: A RESPONSABILIDADE CIVIL RESULTANTE DO ABANDONO DOS PAIS IDOSOS

ACADÊMICA: *Taynara Patricia Kirchner (taynarakirchner@hotmail.com)*

ORIENTADORA: *Sâmia Mônica Fortunato*

EXAMINADORA: *Patrícia de Oliveira França*

EXAMINADOR: *Dênis de Souza Luiz*

Resumo: O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem por objetivo verificar a possibilidade de reparação civil dos filhos que abandonam afetivamente os pais idosos, buscando o seu cabimento com base na legislação e no entendimento doutrinário e levando em conta os princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam a proteção ao idoso, bem como os pressupostos ensejadores de responsabilidade civil. Para sua concretização, optou-se pela abordagem dedutiva e de natureza qualitativa, tomando como método de procedimento o monográfico, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica. Primeiramente, a pesquisa retrata o conceito de família, além de abordar os principais princípios do direito de família inerentes ao direito do idoso, apresentando seu conceito e sua função. Em seguida, esclarece quem é considerado idoso e analisa como o envelhecimento se dá na esfera familiar. Trata, além disso, da proteção que o Estatuto do Idoso prevê e versa ainda sobre a obrigação que os filhos precisam ter para com os pais idosos, a fim de que seus direitos e garantias sejam respeitados. Por fim, chega-se ao argumento principal da monografia, analisando-se os requisitos ensejadores de responsabilidade civil e a possibilidade de reparação no caso específico do abandono afetivo inverso. A partir desse entendimento, conclui-se que, sendo respeitados os pressupostos de responsabilidade civil, bem como analisados os princípios essenciais ao direito de família, mesmo não havendo legislação expressa, é possível responsabilizar civilmente o filho que comete o abandono afetivo do pai idoso, tendo em vista que a prática do abandono caracteriza ato ilícito decorrente do abalo emocional causado à vítima.

Palavras-chave: Idoso. Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Indenização.

DIRETRIZES PARA AUTORES



Diretrizes para Autores

A Comissão Editorial da **Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina** define as seguintes normas editoriais para submissão de artigos:

- a) Serão aceitos manuscritos tão somente de profissionais da área do Direito e das Relações Internacionais, sendo indispensável a inclusão do link do curriculum lattes;
- b) Serão aceitos textos nas línguas portuguesa, inglesa, francesa, espanhola e italiana;
- c) Os artigos deverão ser apresentados de acordo com as orientações descritas na NBR 6022 da ABNT/2003. Disponíveis também no documento *Trabalhos Acadêmicos da Unisul*, seção 3.4:

MACHADO, Christiane et al. *Trabalhos Acadêmicos na Unisul: apresentação gráfica*. Disponível em: <http://aplicacoes.unisul.br/pergamum/pdf/tau_2012.pdf>. Acesso em: 27 set. 2012.

- d) Os textos deverão ser submetidos na plataforma SEER.
- e) Os textos deverão ser apresentados na seguinte forma:
 - » espaçamento entrelinhas 1,5, fonte tipo Arial 12, com margens laterais de 2,5cm e com, no máximo, 20 laudas e nos formatos .doc. ou .rtf. (desde que não ultrapasse os 2MB);
 - » ordem dos elementos que compõem o artigo: Título, Resumo, Palavras-chaves (estes três tópicos em português e em segundo idioma a escolher- inglês, espanhol, francês, italiano); Introdução; Material e métodos; Resultados e discussão; Conclusões; Referências.
 - » Eventuais agradecimentos devem aparecer após as referências.
 - » O título de cada seção deve estar escrito em letras maiúsculas e destacado em negrito.
- f) A identificação de autoria do trabalho deverá ser removida do arquivo e da opção Propriedades no Word, garantindo desta forma o critério de sigilo da revista, caso submetido para avaliação por pares (ex.: artigos), conforme instruções disponíveis em *Assegurando a Avaliação Cega por Pares*.
- g) O título do artigo deverá ser claro e conciso, devendo facilitar pronta identificação do que o trabalho encerra de original ou fundamental, escrito em letras maiúsculas.
- h) O autor deverá informar ao Comitê Editorial se o trabalho foi apresentado em algum evento ou publicado em outro meio ou em fase de análise por outros periódicos no espaço destinado a "Comentário ao Editor" no momento da submissão na plataforma SEER.
- i) O resumo deverá constar com até 250 palavras em seguida separadas por três espaços abaixo deverão ser colocadas as palavras-chaves.
- j) As citações no texto, bem como a lista de referências deverão obedecer as NBR 10520 e NBR 6023 respectivamente ou as orientações da publicação da Unisul: MACHADO, Christiane et al. *Trabalhos Acadêmicos na Unisul: apresentação gráfica*. Disponível em: <http://aplicacoes.unisul.br/pergamum/pdf/tau_2012.pdf>. Acesso em: 27 set. 2012.
- k) As ilustrações, tabelas, fórmulas e gráficos deverão vir na sequência mais adequada ao entendimento do texto, com seus respectivos títulos ou legendas. As figuras deverão ter o tamanho igual ao que se deseja na publicação final. Letras e números deverão ser perfeitamente legíveis e as fotografias deverão ser em preto e branco, nítidas e bem contrastadas. No texto, TABELA e FIGURA (em maiúsculas), e na citação, Tabela, Figura (primeira letra maiúscula).

- l) A aceitação dos trabalhos dependerá de análise do Conselho Editorial.
- m) São de exclusiva responsabilidade dos autores as opiniões e conceitos emitidos nos trabalhos. A Revista, entretanto, reserva-se o direito de adaptar os originais ao estilo adotado.
- n) Todos os endereços de páginas na Internet (URLs), incluídas no texto (Ex.: <http://www.unisul.br>) deverão estar ativos e prontos para clicar.

Declaração de Direito Autoral

Ao encaminhar os originais, o(s) autor(es) cede(m) os direitos de publicação para a Revista, versão impressa e/ou eletrônica.

Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou para terceiros.

Condições para submissão

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

- 1) A contribuição é original e inédita, e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deve-se justificar em “Comentários ao Editor”.
- 2) O espaçamento entrelinhas 1,5, fonte tipo Arial 12, com margens laterais de 2,5cm e com, no máximo, 20 laudas e nos formatos .doc. ou .rtf. (desde que não ultrapasse os 2MB);
- 3) URLs para as referências foram informadas quando necessário.
- 4) O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores, na seção Sobre a Revista.
- 5) A identificação de autoria do trabalho foi removida do arquivo e da opção Propriedades no Word, garantindo desta forma o critério de sigilo da revista, caso submetido para avaliação por pares (ex.: artigos), conforme instruções disponíveis em Assegurando a Avaliação Cega por Pares.
- 6)

Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

Endereço

defato.dedireito@unisul.br

NESTE NÚMERO

Breve comentário sobre a internet das coisas a luz do direito penal brasileiro

Claudio Joel Brito Lóssio Coriolano; Aurélio Almeida Camargo Santos

O garimpo ilícito na terra indígena Yanomami entre a cosmovisão indígena e ações estatais

Alan Robson Alexandrino Ramos; Francilene Dos Santos Rodrigues

A (im)possibilidade de medida provisória na regulamentação de atividade minerária

Pedro Ataíde

O referendo constitucional

Alexandre Marçal Pereira

A homologação de acordo extrajudicial trabalhista

Murilo Reis Silva; Rafael Freire Ferreira

Prevalência do negociado em norma coletiva sobre o legislado

Ricardo Souza Calcini

Tributación de las sociedades laborales con la ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas

Miguel Gutiérrez Bengoechea

Princípio Constitucional da Eficiência: evolução do conceito e sua concretização na justiça trabalhista brasileira

Rosângela Tremel

Negócios jurídicos processuais: a possibilidade de escolher qual processo utilizar

Vinicius Silva Lemos; Iury Peixoto Souza

Análise criminológica-crítica da política de prevenção/ repressão à violência doméstica e familiar contra mulher

Allan Jones Andreza Silva; Luciano Nascimento Silva

Segurança Pública e as Guardas Municipais: aparente legalidade por meio da lei n.º 13.022/2014

Edson Rosa Gomes da Silva

A origem do Estado: uma visão a partir dos contratualistas – absolutista (Thomas Hobbes), liberal (John Locke) e democrática (Jean-Jacques Rousseau)

Arthur Bezerra de Souza Junior; Ronaldo Jarnyk

A evolução histórica da arbitragem no Brasil

Rodrigo Pereira Costa Saraiva

Os atuais desafios da metodologia de pesquisa na área jurídica no Brasil

Guilherme Miraldi da Silva Santos; Carlos Leonardo Loureiro Cardoso