

VOL. II
Nº 3

Cadernos de
DIREITO



REITORA DO UDF CENTRO UNIVERSITÁRIO

Profa.Dra. Beatriz Maria Eckert-Hoff

EDITOR CHEFE

Prof. Dr. Paulo Campanha Santana

EDITOR EXECUTIVO

Profa. Dra. Cristina Aguiar Ferreira da Silva

Prof. Me. Rodrigo Senne Capone

EDITORA EXECUTIVO RESPONSÁVEL POR ESTA EDIÇÃO

Prof. Dra. Cristina Aguiar Ferreira da Silva

CONSELHO EDITORIAL

Ministro Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta

Ministro Prof. Dr. Paulo Dias de Moura Ribeiro

Prof. Me. Fábio Luiz Bragança Ferreira

Prof. Me. João Carlos Souto

COORDENAÇÃO DE EDITORAÇÃO

Prof. Esp. Leonardo Fillipe Marinho Araújo

PROJETO GRÁFICO

Aline Macedo das Neves

Érika Cristina de Queiroz Cabral

Gabriel Filipe Oliveira Mendonça

Lucas da Conceição Tavares

EDITORAÇÃO

Aline Macedo das Neves

Ana Beatriz da Silva Gonçalves de Araújo

Joelma de Sousa Guimarães

Julia Ferreira Felicio

Nádia Vasconcelos

Vitória Calazans

CENTRO UNIVERSITÁRIO - UDF

COORDENAÇÃO DE PESQUISA

SEP SUL EQ 704/904 – Conj. A

70390-045 Brasília/DF

Telefone: +55 61 37048877

CARTA DE APRESENTAÇÃO

Ao apresentarmos, com grande satisfação, a 2ª edição da Revista Cadernos de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), solidificamos a importância da publicação para o desenvolvimento do conhecimento jurídico e para a fortalecimento da pesquisa entre docentes e discentes do curso.

Esta publicação é possível pelo constante apoio da Instituição, a partir dos incentivos advindos da Magnífica Reitora da Instituição e pesquisadora, Professora Doutora Beatriz Maria Eckert-Hoff, do Coordenador de Pesquisa, Professor Doutor Bernardo Petriz de Assis, e do Coordenador do Curso de Direito, Professor Doutor Paulo Campanha.

Abrir este espaço para o desenvolvimento do pensamento crítico e aprimoramento das pesquisas fortalece ainda mais a comunicação entre o ensino, a pesquisa e a extensão, pilares de uma universidade, que são diariamente vivenciados dentro do Centro Universitário do Distrito Federal por seus professores e alunos.

Isso só é possível com a disponibilidade dos autores que submeteram seus trabalhos, aos quais agradecemos. Esta edição contempla doze artigos de vários ramos do Direito e com análises interdisciplinares que permitem uma reflexão profunda sobre os temas apresentados.

Desejamos uma excelente leitura!

Profa. Dra. Cristina Aguiar Ferreira da Silva

Editora Executiva



SUMÁRIO

A INCONSTITUCIONALIDADE DE TARIFAÇÃO DO DANO MORAL
TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DO ART. 223-G DA CLT

7

Antonio Carlos Nascimento Parente

A (IM) POSSIBILIDADE DE REQUISITAÇÃO EM DESFAVOR DO
RÉU NO TRIBUNAL SOB A ÓTICA DA SISTEMÁTICA PENAL
VIGENTE

31

Débora Maria Rodrigues de Souza

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DESAFIOS E
PERSPECTIVAS NO SISTEMA DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

54

Elisângela Pontes, Flaynna de Albuquerque Gaia e
Michelle Moreira

EXPOSIÇÃO ORAL SOBRE (IN)SANABILIDADE DE VÍCIOS NOS
RECURSOS

68

Lenda Tariana Dib Faria Neves

O PRAGMATISMO JURÍDICO COMO MÉTODO ARGUMENTATIVO
DE JUSTIFICAÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO PELO APLICADOR
DA NORMA GERAL ANTIELISIVA

80

Fábio Andrade Martins

CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL
ORGANIZACIONAL NAS RELAÇÕES DO TRABALHO

95

Yuri Farias Braga

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.650 E A
“DEMOCRACIA GUARDIANA” DE ROBERT DAHL

136

Luis Carlos Martins Alves Jr. Thiago Aguiar de
Pádua· Fábio Luiz Bragança Ferreira

AS TUTELAS PROVISÓRIAS COMO GARANTIA DO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO NAS DEMANDAS DE SAÚDE

165

Walter Rodrigues Ferreira, Fernanda Santos Sampaio Santoro

DOSIMETRIA DA PENA: CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A DESPROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

184

Rony Roberto José Martins

A TUTELA AO CONSUMIDOR IDOSO EM ESTADO DE SUPERENDIVIDAMENTO E A APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº 3515/2015, COMO GARANTIA AO CUMPRIMENTO EFETIVO DOS DIREITOS SOCIAIS E FUNDAMENTAIS ENTABULADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

217

Lucas Colaço Moura Silva

ENCARCERAMENTO EM MASSA DE MULHERES NO BRASIL. ASPECTOS ÉTNICO-RACIAIS E DE GÊNERO.

240

Mário Hermes da Costa e Silva.

ODS 1- ERRADICAR A POBREZA E A APLICABILIDADE DA TEORIA DE JOHN RAWLS

250

Ms. Regiane Presot, Prof. Mario Herme, Dra. Patricia Lucia Cantuária Marín, Maria Ádella Santos de Oliveira, Poliane Tiago Costa Lima

A INCONSTITUCIONALIDADE DE TARIFAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DO ART. 223-G DA CLT

Antonio Carlos Nascimento Parente ¹

RESUMO

Em julho de 2017 o governo brasileiro sancionou a Lei 13.467 que alterou dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e regulamentou os critérios para fixação do montante devido à título de indenização por danos extrapatrimoniais ou morais. O §1º do art. 223-G da CLT, cuja redação foi introduzida pela Lei 13.467/17, classificou a ofensa em quatro níveis distintos e fixou o cálculo da indenização com base no último salário contratual do empregado. Ocorre que a Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 5º, V e X, o princípio da indenizabilidade irrestrita, o que por sua vez é incompatível com qualquer prática de tarifação ou limitação do valor da indenização. Deste modo, este artigo analisa o art. 223-G, §1º, da CLT, à luz da Constituição Federal, a fim de investigar a constitucionalidade do dispositivo. A partir dos estudos realizados verificou-se que a tarifação prevista na CLT está em dissonância com os objetivos constitucionais, na medida em que poderá inviabilizar a fixação da indenização na exata extensão do dano, como determina o art. 5º, V e X, da CF/88.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Dano moral. Tarifação. Inconstitucionalidade.

¹Especialista em Direito Internacional. Bacharel em Relações Internacionais, pelo Centro Universitário Unieuro de Brasília, e em Direito, pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. E-mail: acarlosparente@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista, normatizada pela Lei 13.467/17, alterou diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e inseriu regramento, no art. 223-G, §1º, incisos I a IV, dispondo sobre a tarifação da indenização por dano extrapatrimonial. Com base neste dispositivo, a indenização fica limitada ao mínimo de 3 e ao máximo de 50 vezes o último salário contratual do ofendido, dependendo da natureza da lesão.

O método de tarifação consiste em estabelecer, de forma prévia, os valores correspondentes à indenização. No Brasil, a técnica foi utilizada pela primeira vez na Lei 5.250/67, também conhecida como Lei de Imprensa, que estabeleceu em seu art. 51, incisos I a IV e 52, *caput*, o escalonamento dos valores indenizatórios para responsabilização dos jornalistas ou de empresas de comunicação pelos danos causados a terceiros. Entretanto, tais dispositivos foram declarados inconstitucionais pelo STF em 2009, extinguindo-se a técnica de tarifação no Brasil.

Desde então, a fixação do *quantum* passou a ser realizada por arbitramento pelo magistrado, de forma ampla, em obediência ao princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita. Não obstante, com a reforma trabalhista, a técnica de tarifação foi novamente introduzida no ordenamento jurídico, gerando questionamentos sobre a constitucionalidade do dispositivo.

Neste contexto, este estudo objetiva compreender as características do dano moral e seus desdobramentos jurídicos no Direito do Trabalho. Como objetivo específico, pretende-se identificar os critérios de fixação do valor da indenização, bem como a adequação do método de tarifação à Constituição Federal de 1988.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República de 1988 elevou os princípios à categoria de norma, criando um novo paradigma desde então. A doutrina de Vólia Bomfim destaca que, embora não se deva abandonar a legislação positivada (texto legal), o direito caminha no sentido de não enxergar os princípios constitucionais como fontes secundárias, mas como “cláusulas abertas, que são menos plásticas e menos concretas”, permitindo que o direito acompanhe as novas necessidades sociais.

Para Godinho, os princípios constitucionais trabalhistas estão englobados em três grandes grupos. O primeiro grupo integra os “efetivos princípios constitucionais do trabalho”, que são diretrizes afirmativas do trabalho humano no ordenamento jurídico, sendo: a valorização do trabalho, em especial do emprego; a justiça social; a submissão

da propriedade à sua função socioambiental; e a dignidade da pessoa humana.

O segundo rol integra os princípios constitucionais que, apesar de terem sido elaborados em torno de ramos distintos do direito do trabalho, passaram a ter influência também no campo trabalhista contemporâneo. Trata-se dos princípios da proporcionalidade, da não discriminação e da inviolabilidade do direito à vida.

O terceiro e último abrange princípios clássicos do direito do trabalho, que, segundo Godinho, são anteriores à Constituição de 1988, mas que foram absorvidos e ganharam status constitucional.

Em que pese o fato de a Carta Magna conter diversos princípios com forte influência no direito do trabalho, analisaremos o princípio da não discriminação e da irredutibilidade salarial, sob as perspectivas da igualdade e da intangibilidade salarial, respectivamente.

2.1 PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E NÃO DISCRIMINAÇÃO

Segundo Godinho, o princípio da isonomia, ainda que semelhante ao da não discriminação, ultrapassa os limites deste, buscando “igualizar” o tratamento jurídico a pessoas ou situações que apresentem pontos de contato relevantes entre si².

Enquanto a não discriminação é a diretriz geral que veda o tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante, a isonomia vai além, podendo se originar de mera conveniência, sem determinar um piso mínimo de civilidade para as relações entre pessoas³.

Apesar das diferenças essencialmente jurídicas no regime destes trabalhadores, não há situação discriminatória entre eles, mesmo que o avulso não preencha os requisitos jurídicos próprios da relação de emprego. É dizer, mesmo em regimes jurídico-trabalhistas distintos, o princípio da isonomia alcança a ambos.

Godinho ressalta que, a rigor, a Constituição Federal de 1988 e o próprio direito do trabalho incorporaram, como critério filosófico e jurídico básico, apenas o princípio da não discriminação. Segundo ele, a diretriz da isonomia vem sendo aplicada apenas em situações específicas, porém como parâmetro informador universal⁴.

Deste modo, a não discriminação é regra de caráter universal, fundamentada na Constituição Federal e que deve orientar toda a legislação infraconstitucional, incluindo aquelas dedicadas a regular as relações trabalhistas.

² Godinho afirma que no Direito Constitucional brasileiro, o princípio da não discriminação pode ser percebido com a garantia de igualdade jurídica entre homens e mulheres, com a correspondente vedação à diferenciação fundada em razão do sexo (art. 5º, caput e inciso I, CF/88). A isonomia, por sua vez, estava expressa no já revogado dispositivo que estabelecia “igualdade de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”, contida no texto original do art. 39, §1º do Texto Magno. GODINHO, Maurício Godinho. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho – 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 44.

³ Idem, p. 44.

⁴ GODINHO, Maurício Godinho. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho – 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 45.

2.2 PRINCÍPIOS DA IRREDUTIBILIDADE E INTANGIBILIDADE SALARIAIS

O princípio da irredutibilidade salarial, incorporado pelo art. 7º, VI, da Constituição Federal de 1988, explicita, de forma ampla, a diretriz da intangibilidade salarial, visando assegurar o seu valor, montante e disponibilidade em benefício do empregado⁵.

Em que pese a irredutibilidade e a intangibilidade salarial traduzirem comandos de proteção ao empregado, visando preservar suas verbas salariais, Godinho destaca diferenças entre eles:

(...) enquanto o princípio da irredutibilidade salarial defende a proteção relativa ao valor do salário, o princípio da intangibilidade trata da “garantia de integralidade salarial, com controle de descontos em seu montante⁶”.

Intangibilidade, portanto, significa proteger os salários de descontos não estabelecidos em lei. Nesse sentido, o art. 7º, VI, da Constituição estabelece que o salário é irredutível, salvo convenção coletiva ou acordo coletivo que autorize a redução. Tal restrição visa proporcionar estabilidade econômica ao trabalhador, evitando que este fique sujeito a oscilações salariais⁷.

Este princípio projeta-se em direções múltiplas tais como: garantia do valor do salário, garantias contra mudanças contratuais e normativas que provoquem a redução do salário, garantias contra práticas que prejudiquem o montante e garantias contra interesses contrapostos de credores diversos, sejam do empregador, sejam do próprio empregado.

2.3 PRINCÍPIO DA INDENIZABILIDADE IRRESTRITA

O princípio da indenizabilidade irrestrita está previsto no art. 5º, V e X, da Constituição Federal de 1988 e, em linhas gerais, estabelece que as indenizações por dano moral e material sejam proporcionais ao agravo sofrido.

O inciso V assegura o direito de resposta, de forma proporcional à ofensa, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Já o inciso X, garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.

Este princípio possui duas funções no âmbito da responsabilidade civil. Primeiramente a de estabelecer um piso indenizatório (todo o dano) e, simultaneamente, um

⁵ Idem, p. 69.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 575.

⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho – 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 190.

teto indenizatório (não mais que o dano). Segundo Felipe Cunha Almeida⁸, sua origem estaria no Direito Francês, tendo sido sintetizado por Geneviève Viney no adágio: *tout le dommage, mais rien que le dommage* (todo o dano, mas nada mais do que o dano).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da indenizabilidade irrestrita ganhou maior evidência a partir das ações judiciais relacionadas à tarifação do dano moral prevista na Lei de Imprensa.

3. PRINCÍPIOS TRABALHISTAS

Para além dos princípios básicos do direito e dos princípios constitucionais, o direito do trabalho, enquanto ramo autônomo do direito, é dotado de princípios próprios que reafirmam sua independência no sistema jurídico contemporâneo. Estes princípios, juntamente com as normas positivadas, regulam as relações de trabalho e compõem o marco legal trabalhista brasileiro.

3.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio da proteção compreende três vertentes: o *in dubio pro operario*, a aplicação da norma mais favorável e a condição mais benéfica. Para Barbosa Garcia, o polo mais fraco da relação de emprego merece um tratamento jurídico superior, por meio de medidas de proteção, visando promover o equilíbrio que falta na relação de trabalho⁹.

Na perspectiva do *in dubio pro operario*, quando da interpretação de uma disposição jurídica que pode ser entendida de formas diversas, ou seja, quando houver dúvida sobre o seu alcance efetivo, deve-se interpretá-la sempre em favor do empregado. Garcia destaca que não se trata de alterar o significado da norma, mas de interpretá-la em favor do empregado quando houver dúvidas sobre sua aplicação e alcance¹⁰.

Nas lições de Garcia, a aplicação da norma mais favorável determina que, havendo diversas normas válidas incidentes sobre a relação de emprego, deve-se aplicar aquela mais benéfica ao trabalhador. É dizer, existindo mais de uma norma jurídica válida e vigente, que possam ser aplicadas a determinada situação fática, haverá prevalência daquela mais favorável ao empregado, ainda que esteja em situação hierárquica inferior no ordenamento jurídico¹¹.

⁸ ALMEIDA, Felipe Cunha. Princípio da reparação integral: Um paralelo entre o código civil e o código de defesa do consumidor. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/principio-da-reparacao-integral-um-paralelo-entre-o-codigo-civil-e-o-codigo-de-defesa-do-consumidor/>>. Acesso em 27/10/2019.

⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho – 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 94.

¹⁰ Idem, p. 95.

¹¹ Idem, p. 97.

A terceira perspectiva do princípio da proteção trata da condição mais benéfica, assegurando ao empregado a manutenção, durante todo o contrato de trabalho, de direitos mais vantajosos, de forma que as vantagens adquiridas não podem ser retiradas ou modificadas para situações piores. Segundo Garcia, trata-se da aplicação do princípio do direito adquirido, previsto no art. 5º, XXXVI, da CF/88, no âmbito da relação de emprego¹².

3.2 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA

O princípio da primazia da realidade tem por objetivo ampliar a noção civilista de que o operador jurídico deve se atentar mais à intenção dos agentes do que à forma pela qual a manifestação de vontade foi expressa. Em outras palavras, para o direito do trabalho devem prevalecer os fatos sobre os atos formais, importando o que realmente aconteceu, mesmo que não corresponda ao que está escrito. Portanto, há prevalência da prática concreta efetivada ao longo da prestação do serviço, em detrimento inclusive do próprio contrato, já que a realidade fática pode gerar novos direitos e obrigações para as partes¹³.

Para Vólia Bomfim, o princípio da primazia da realidade tem o condão de proteger o trabalhador, visto que seu empregador poderia, com relativa facilidade, obrigá-lo a assinar documentos contrários aos fatos e aos seus próprios interesses¹⁴.

Em que pese se tratar de um poderoso instrumento para o encontro da verdade real dos fatos, Godinho ressalta que o princípio da realidade não deve ser utilizado indiscriminadamente pelo operador jurídico, mas apenas quando o conteúdo da forma não corresponder à essência do ato¹⁵.

3.3 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas expressa a diretriz de que, como regra geral, o empregado não poderá renunciar ou transacionar seus direitos trabalhistas, seja expressa ou tacitamente.

¹² *Idem*, p. 98.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho* – 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 95.

¹⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho* – 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 187.

¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho* – 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 95.

¹⁶ Godinho define a renúncia como “ato unilateral da parte, por modo qual ela se desfaz de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiada pela renúncia”. A transação, por sua vez, “é ato bilateral (ou plurilateral), pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante concessões recíprocas (despojamento recíproco)”. RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direitos do Trabalho*. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 85.

Em razão deste princípio, a disponibilidade de direitos trabalhistas sofre limitações em face da necessidade de proteção do trabalhador, limitando-se as possibilidades de renúncia e transação de direitos¹⁶, de modo a tornar o Direito do Trabalho mais social e humano¹⁷.

Godinho afirma que a tradição brasileira reconhece que as parcelas de indisponibilidade absoluta, ou seja, aquelas que visam garantir um patamar civilizatório mínimo ao trabalhador, não podem ser objeto de renúncia ou transação.

Já a parcela de indisponibilidade relativa, que diz respeito aos interesses individuais ou bilaterais simples, que não caracterizam um padrão civilizatório mínimo, podem ser transacionadas, desde que as concessões recíprocas não resultem em prejuízo direto ou indireto ao empregado, sob pena de nulidades¹⁸.

Portanto, quando o objeto de negociação for de natureza privada, a transação será possível, desde que não cause prejuízo direto ou indireto ao trabalhador. Situação oposta ocorre com a renúncia, que sempre será considerada nula, pois, em se tratando de situação na qual o empregado renuncia a seus direitos, inevitavelmente haverá prejuízo.

Por fim, cumpre registrar que os direitos trabalhistas, originando-se de norma constitucional ou infraconstitucional, em regra, são considerados de indisponibilidade absoluta, isto é, não podem ser renunciados ou transacionados.

4. DO DANO MORAL E DO ASSÉDIO MORAL

Na doutrina de Silvio Baptista, o dano é definido como “a lesão de um interesse juridicamente protegido, podendo consistir na perda ou danificação de uma coisa, ou na ofensa a integridade física, moral ou psíquica de uma pessoa”¹⁹. José Affonso Dellegrave Neto o define como “lesão a interesses juridicamente tuteláveis; é a ofensa ao patrimônio patrimonial ou extrapatrimonial de alguém”²⁰.

No Código Civil brasileiro, o fundamento para reparação do dano encontra-se no art. 186, que estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Segundo Alice Monteiro de Barros, a responsabilidade advinda do art. 186 do CC poderá ser de natureza contratual ou extracontratual. A primeira se caracteriza quando

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho – 9º Ed. São Paulo: LTr, 2013, p.146.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 516.

¹⁹ BAPTISTA, Silvio Neves. Teoria Geral do Dano. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44.

²⁰ DELLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 151.

uma das partes descumpra obrigação previamente estipulada, enquanto a segunda quando o dano implica a violação de um dever genérico de não lesar²¹.

Deste modo, convém analisar, ainda que brevemente, os aspectos inerentes ao dano, desde a sua origem na prática de ato ilícito até a fixação do *quantum* indenizatório, como forma de melhor compreender seus elementos.

4.1 O ATO ILÍCITO COMO ORIGEM DO DANO E FONTE DE OBRIGAÇÃO

À luz do Código Civil Brasileiro, ato ilícito é aquele praticado em confronto ao dever legal de não lesar a outrem, previsto nos arts. 186 e 187 do Código Civil Brasileiro. Deste modo, sempre que um agente praticar um ato voluntário visando produzir determinado efeito jurídico, estaremos diante de um negócio jurídico²².

Quando uma das partes, por ação ou omissão, praticar ato contrário às normas do direito, com ou sem intenção de prejudicar a outra parte, mas causar prejuízo ou dano, considera-se o ato ilícito e surge a obrigação de reparação do dano. Entretanto, cumpre registrar que nem todo dano acarreta responsabilidade civil, ou dever de indenizar, pois, em alguns casos, ele poderá ter sido causado pela própria vítima²³.

Para Gonçalves, a prática do ato ilícito é, portanto, fonte da obrigação de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado a terceiro. Entretanto, o dever de indenizar somente subsistirá quando constatado o prejuízo. Isto é, ainda que tenha havido violação de um dever jurídico, independentemente de ter sido praticado mediante culpa ou dolo, nenhuma indenização será devida se não verificado o prejuízo²⁴. Portanto, não haverá responsabilidade civil quando o ato ilícito não ocasionar um dano.

4.1.1 ELEMENTOS DO ATO ILÍCITO

Maria Helena Diniz elenca três elementos considerados indispensáveis para que determinado ato seja considerado ilícito: fato lesivo voluntário, ocorrência de um dano e nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Por ato lesivo voluntário, entende-se a ação ou omissão voluntária, que viole o direito subjetivo individual, causando dano ou prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente

²¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho* – 9º ed. São Paulo: LTr, 2013, pg. 511.

²² Segundo Venosa, o negócio jurídico é uma declaração de vontade que não apenas constitui um ato livre, mas por meio da qual o declarante busca estabelecer uma relação jurídica. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 353.

²³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho* – 9º ed. São Paulo: LTr, 2013, pg. 511.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 495.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: Teoria Geral do Direito*

moral (CC, art. 186, 2ª parte). Deste modo, é necessário que o agente ativo tenha conhecimento da ilicitude do ato praticado, agindo com dolo, quando a lesão for intencional, ou culpa, se mesmo consciente dos prejuízos advindos do ato praticado, assume o risco de praticá-lo²⁵.

Para que haja a indenização pleiteada, além da prova de culpa ou dolo do agente, será necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral. Portanto, não haverá responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem juridicamente tutelado, sendo obrigatória a prova real e concreta da ocorrência da lesão.

Washington de Barros destaca que o dano moral, de acordo com o Código Civil de 1916, só poderia ser ressarcido se produzisse efeitos na ordem econômica. Porém, o entendimento jurisprudencial foi atenuado até que a Constituição Federal de 1988 assegurasse o direito à indenização por dano moral, decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem, independentemente do correspondente prejuízo patrimonial²⁶.

Quanto ao nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente, a responsabilidade civil não poderá existir sem esta relação. Isto porque, conforme assinala Venosa²⁷, pode ter ocorrido ato ilícito, pode ter ocorrido um dano, mas pode não haver nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Um exemplo é quando o dano é provocado por terceiros ou mesmo por culpa exclusiva da vítima, situações na quais não haverá o dever de indenizar.

4.1.2 CONSEQUÊNCIAS DO ATO ILÍCITO

A consequência da prática de um ato ilícito, como visto, é a obrigação de indenizar. Esta é a inteligência do art. 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, que consagra o princípio, de ordem pública, que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelos prejuízos aos quais der causa, indenizando-os.

Na doutrina de Alice Monteiro de Barros, o dano material é aquele que causa lesão aos bens materiais da vítima, isto é, os bens sujeitos à avaliação econômica. O dano moral, por sua vez, é definido como:

(...) o menoscabo sofrido por alguém ou por um grupo como consequência de ato ilícito ou atividade de risco desenvolvida por outrem capaz de atingir direitos da personalidade e princípios axiológicos do direito, independentemente de repercussão econômica²⁸.

Civil – 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. Curso de Direito Civil, volume 1: Parte Geral – 45ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.369.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 588.

²⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho – 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 513.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: volume 4 – Responsabilidade Civil.

O Código Civil, adotando a teoria objetiva, prevê as hipóteses de responsabilidade civil por atos ilícitos em vários momentos, como, p. ex., nos arts. 927, parágrafo único, 929, 931, 933 e 938.

4.2 CARACTERIZAÇÃO E REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Como visto no item anterior, o dano moral advém de um ato ilícito cuja consequência jurídica é o dever de reparação do dano por parte do agente. Entretanto, nem todo ato ilícito pode ser considerado um dano moral, já que este possui elementos e características específicas, como será demonstrado a seguir.

4.2.1 DO DANO MORAL E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Na doutrina de Gonçalves, o dano moral é definido como aquele que atinge o ofendido enquanto pessoa, não lesando seu patrimônio. Trata-se, portanto, de lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, acarretando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação ao ofendido²⁹.

Na esfera trabalhista, João Oreste Dalazen o define como “o agravo ou o constrangimento moral infligido quer ao empregado, quer ao empregador, mediante violação a direitos ínsitos à personalidade, como consequência da relação de emprego”³⁰.

Deste modo, o dano moral compreende todos os direitos essenciais, que tem por objeto os aspectos físicos e morais da pessoa. São, portanto, direitos que devem ser reconhecidos por toda a ordem jurídica para proteger a essência da personalidade dos indivíduos.

Segundo Baptista, os direitos de personalidade podem ser classificados em gerais e especiais. No primeiro grupo estão aqueles relacionados ao “respeito que se há de atribuir a todo individuo como pessoa”.

No segundo grupo, por sua vez, estão os especiais, que constituem desdobramentos do direito geral. Estes se subdividem em três diferentes grupos: os relativos à integridade física (vida, corpo, etc.), os relativos à integridade moral (honra, identidade, intimidade, vida privada, segredo, imagem), e os relativos à integridade intelectual (liberdade de pensamento, direitos morais do autor, etc.).

Cumprir registrar que não se exige da vítima a prova de sua dor, visto que esta é presumida diante da ocorrência dos fatos. Portanto, é necessária apenas a prova da conduta do agente, seu resultado danoso e o nexo de causalidade.

11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 387.

³⁰ DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. Revista Júris Síntese, n. 24, jul./ago. 2000. Disponível em < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/86105/005_dalazen.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 22 set. 2019.

³¹ ADI 6050. Acompanhamento disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe>>.

4.2.2 A REPARAÇÃO DO DANO MORAL NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

No tocante à previsão legislativa, o dano extrapatrimonial (ou moral) encontra-se descrito no Título II-A da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação dada pela lei nº 13.467/2017, amplamente conhecida como a reforma trabalhista.

Consoante a legislação trabalhista vigente, o dano extrapatrimonial é causado por “ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas da reparação” (art. 223-B). São considerados bens inerentes à pessoa física e juridicamente tutelados: a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física (art. 223-C).

A reforma trabalhista, visando preencher lacuna legislativa, estabeleceu no art. 223-G os critérios a serem observados pelo magistrado quando da apreciação do pedido. Contrariando a corrente doutrinária majoritária, que entende ser inconstitucional o método de tarifação, a reforma trabalhista inseriu no §1º do art. 223-G, parâmetros para fixação da indenização, tendo como base o último salário contratual do trabalhador:

Entretanto, como mencionando anteriormente, este dispositivo é objeto de ação direta de inconstitucionalidade³¹ em trâmite no Supremo Tribunal Federal, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATAR), cujos argumentos serão abordados mais adiante.

4.3 DANO MORAL EM ESPÉCIE: ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

O assédio moral é uma das formas mais recorrentes do dano moral no ambiente de trabalho. Trata-se de um tipo de violência que envolve princípios éticos individuais e coletivos e que pode afetar a qualidade de vida do trabalhador, acarretado adoecimento físico e psíquico e causando sofrimento no ambiente de trabalho³².

Conceitualmente pode-se dizer que o assédio moral implica, necessariamente, a existência de um dano moral. Entretanto, um dano moral pode se caracterizar sem a existência de qualquer assédio de natureza moral. Portanto, o assédio moral é “espécie” do “gênero” dano moral³³.

asp?incidente=5612680>

³² BOBROFF, Maria Cristina; MARTINS, Julia Trevisan. Assédio moral, ética e sofrimento no trabalho. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n2/a08v21n2.pdf>>. Acesso em 19/09/2019.

³³ TEIXEIRA, João Luís Vieira. O assédio moral no trabalho: conceito, causas e efeitos, liderança versus assédio, valoração do dano e sua prevenção – 3ª ed. São Paulo: LTr, 2016, p.27.

³⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho – 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo:

Considerando que os dois conceitos são comumente e indevidamente interpretados como sinônimos, quando na verdade não o são, vejamos as principais características do assédio moral, que como mencionado anteriormente, é uma espécie de dano moral.

4.3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Assédio é o termo utilizado para designar toda conduta que cause constrangimento psicológico ou físico à pessoa. O assédio moral, por sua vez, se caracteriza por condutas reiteradamente abusivas, praticadas pelo empregador com o objetivo de humilhar, ridicularizar, rebaixar e ofender o trabalhador.

Vólia Bomfim define o assédio moral como “condutas abusivas praticadas pelo empregador, direta ou indiretamente, sob o plano vertical ou horizontal, ao empregado, que afetem seu estado psicológico”³⁴.

Segundo Bobroff e Martins, a prática se caracteriza pela degradação deliberada das condições de trabalho, pois, quando surte efeito, pode instaurar um pacto de tolerância e silêncio coletivos quanto à gradativa desestabilização e fragilização da vítima³⁵.

O objetivo daquele que pratica o assédio, em geral, é motivar o trabalhador a pedir desligamento, exoneração ou remoção para uma nova unidade ou setor. Entretanto, o assédio também pode ser um meio de promover alterações na conduta adotada pelo trabalhador, como uma espécie de punição por opiniões ou atitudes³⁶.

Para Bomfim, são exemplos de atos que podem caracterizar o assédio moral: estabelecer metas abusivas; determinar a realização de tarefas em prazo que nenhum trabalhador consiga cumprir; determinar o refazimento constante de tarefas – subentendendo-se a falha ou incompetência; isolamento ou retirada de poderes; exibição pública de tabelas de desempenho, comparando pessoas e equipes, dentre outros.

Como se vê, enquanto o dano moral pode se materializar por meio de ato isolado, a principal característica do assédio moral é justamente o seu caráter reiterado, perpetuando-se de forma regular.

4.4. O DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO

A Consolidação das Leis do Trabalho dispõe, no Título II-A, sobre o dano extrapatrimonial. Os dispositivos, que vão do art. 223-A ao 223-G, foram inseridos pela Lei 13.467/2017, que ficou conhecida como “reforma trabalhista”.

Método, 2016, p. 928.

³⁵ BOBROFF, Maria Cristina; MARTINS, Julia Trevisan. Assédio moral, ética e sofrimento no trabalho. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n2/a08v21n2.pdf>>. Acesso em 19 set. 2019.

³⁶ BOBROFF, Maria Cristina; MARTINS, Julia Trevisan. Assédio moral, ética e sofrimento no trabalho. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n2/a08v21n2.pdf>>. Acesso em 19 set. 2019.

Em que pese o fato de a reparação por danos extrapatrimoniais ter sua origem na prática de ato ilícito, cujos dispositivos legais estão previstos no Código Civil, o art. 223-A da CLT determina que a reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho serão regulados apenas pelos dispositivos do Título II-A.

Estabelece o art. 223-B que “causa dano extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”. Os bens juridicamente tutelados à pessoa física são a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física (art. 223-C).

Consideram-se responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa aos bens jurídicos tutelados, na proporção da ação ou omissão (art. 223-E), cuja reparação poderá ser cumulada com a indenização por danos materiais advindos do mesmo ato (art. 223-F).

Os dispositivos acima mencionados foram inseridos a partir da reforma trabalhista, com redação dada pela Lei 13.467/17.

4.4.1 CRITÉRIOS DOUTRINÁRIOS PARA ARBITRAMENTO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Enquanto a reparação do dano patrimonial visa reconduzir a vítima ao seu estado anterior, recompondo o patrimônio afetado, a reparação do dano moral objetiva proporcionar uma compensação, um consolo, sem, contudo, mensurar a dor causada.

Conforme previsto no parágrafo único do art. 953 do Código Civil, quando o ofendido não puder comprovar o prejuízo material, deverá o magistrado fixar equitativamente o valor da indenização, observando as circunstâncias do caso concreto. Portanto, a regra geral vigente é de que o dano moral seja calculado, de forma equitativa, por meio de arbitragem.

Não obstante, o *quantum* indenizatório deve ser fixado de forma justa, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visando cumprir seu papel punitivo, porém, sem promover o enriquecimento injustificado da vítima. Em face da repetição e frequência de determinados casos, Paulo Nader afirma que os tribunais brasileiros formaram consenso quanto ao valor da indenização³⁷.

Gonçalves, sintetizando os critérios indicados por Diniz, afirma que os principais fatores a serem considerados no arbitramento são: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade do sofrimento causado; c) a situação econômica do ofensor e eventuais benefícios obtidos com o ilícito; d) a intensidade do dolo

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: volume 4 – Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 91.

ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; e f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter antissocial da conduta.

Sobre a possibilidade de se estabelecer um teto indenizatório, Gonçalves afirma se tratar de grave inconveniente, já que permitiria, a quem cogita a prática do ilícito, a possibilidade de avaliar previamente a conveniência do ato sob a perspectiva dos valores estipulados em lei.

Dalazzen afirma que o critério de tarifação da indenização não coaduna com a diretriz de proporcionalidade entre a reparação e o agravo, que, na atualidade, foi elevada à “dignidade constitucional”, conforme redação do art. 5º, inciso V, da Constituição Federal de 1988³⁸.

Como se vê, o entendimento doutrinário é de que o método de tarifação não condiz com o alcance da proporcionalidade entre a reparação e o dano sofrido. Os critérios doutrinários para fixação da reparação, em especial os indicados por Maria Helena Diniz, buscam equalizar o montante à extensão do dano, não sendo elevado o suficiente para causar enriquecimento ilícito, nem insuficiente a ponto de ser insignificante.

4.4.2 A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL NA CLT

O art. 223-G da CLT³⁹ estabelece que o Magistrado, ao apreciar o pedido de reparação por danos extrapatrimoniais, deve considerar: a) a natureza do bem jurídico tutelado; b) a intensidade do sofrimento ou da humilhação; c) a possibilidade de superação física ou psicológica; d) os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão; e) a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; f) as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; g) o grau de dolo ou culpa; h) a ocorrência da retratação espontânea; i) o esforço efetivo para minimizar a ofensa; j) o perdão tácito ou expresso; k) a situação social e econômica das partes envolvidas; e l) o grau de publicidade da ofensa.

Ainda que a inserção de tais dispositivos tenham inovado ao positivar os critérios para fixação do *quantum* devido pela reparação, a reforma trabalhista inseriu no §1º, do art. 223-G⁴⁰, da CLT a tarifação do montante da reparação em quatro parâmetros: leve, média, grave e gravíssima.

Como se verifica do dispositivo acima, as indenizações fixadas à luz da CLT são calculadas com base no último salário contratual do ofendido, limitado em até 50 vezes

³⁸ DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. Revista Júris Síntese, n. 24, jul./ago. 2000. Disponível em < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/86105/005_dalazen.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 22 set. 2019.

³⁹ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 6 set. 2019.

⁴⁰ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 6 set. 2019.

em caso de ofensa de natureza gravíssima. A única possibilidade de fixação de valor superior aos limites preestabelecidos será em caso de reincidência, quando o magistrado poderá elevar ao dobro o valor da indenização (art. 223-G, §3º).

Cumprir registrar que o CLT não menciona critérios objetivos para determinar a variação da natureza da ofensa, isto é, se leve, média, grave ou gravíssima, cabendo ao magistrado identifica-la com base nas especificidades do caso concreto.

5. O DANO MORAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

O direito à indenização por dano moral é assegurado na Carta Magna e na legislação infraconstitucional, tendo sido superadas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a legalidade deste direito.

Não obstante, a ausência de critérios uniformes para a fixação do *quantum* indenizatório ainda fomenta discussões por parte dos operadores do direito, na medida em que a legislação orienta apenas que o montante seja arbitrado pelo magistrado, levando em consideração a extensão do dano e as especificidades do caso. Logo, permanece a subjetividade da norma.

Diante desta lacuna legislativa, é relevante avaliar a forma como os tribunais superiores enfrentam e uniformizam as discussões sobre a matéria, em especial sobre a forma como se posicionam diante da possibilidade de tarifação da reparação por dano moral.

5.1 O DANO MORAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal já se debruçou na análise da constitucionalidade de dispositivos legais que utilizavam o método da tarifação para estabelecer limites às indenizações por dano moral.

O julgado de maior relevância sobre tema foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional 130, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que arguiu pela inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei de Imprensa, dentre eles os que limitavam o *quantum* indenizatório.

Considerando se tratar de julgado de grande relevância, cujos argumentos utilizados pelo STF são utilizados para fundamentar outros julgados, passa-se à análise da jurisprudência correlata.

5.1.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL NA LEI DE IMPRENSA

A Lei 5.250 de 9 de fevereiro de 1967 tinha por objetivo regular a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. O dispositivo ficou amplamente conhecido como a Lei de Imprensa.

O art. 51 estabelecia limites para a responsabilidade civil do jornalista profissional que causasse dano à terceiro, por negligência, imperícia ou imprudência no exercício de suas atividades jornalísticas.

Quando o dano fosse causado por empresa, o limite da responsabilidade civil estava limitada “a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior”, conforme previsto no art. 52.

Ao fundamentar o pedido, protocolado em 19/02/2008, o PDT argumentou que determinados dispositivos da Lei de Imprensa não haviam sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988, dentre eles os arts. 51 e 52. No mérito, argumentou que a Lei fora “imposta à sociedade brasileira pela ditadura militar” e que indubitavelmente restringia diversos direitos.

Especificamente sobre os art. 51 e 52, sustentou que a própria jurisprudência do STF e do STJ já era no sentido de que os dispositivos não haviam sido recepcionados pela Constituição de 1988. Nesse sentido, jurisprudência do STF:

INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. **Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República.** Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente⁴¹.

Na decisão acima, o STF firmou entendimento quanto à não recepção dos art. 51 e 52 da Lei de Imprensa, sustentando que a limitação prévia do quantum indenizatório era incompatível com a normativa Constitucional, que por sua vez assegura a indenizabilidade irrestrita.

A Lei de Imprensa foi então declarada inconstitucional, garantindo que as indenizações por dano moral fossem as mais amplas, observando a extensão do dano sofrido

⁴¹ STF. Recurso Extraordinário 447.584-7/RJ. Relatoria: Ministro Cezar Peluzzo. DJ 16/03/2007

pela vítima:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5o, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não- conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5o, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2a Turma, 1o.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido. RE 396386, Relator: Min. Carlos Velloso, 2a Ta., DJ 13-08-2004⁴².

No julgamento acima, o STF entendeu que a sujeição da indenização por dano moral aos limites impostos pela Lei de Imprensa seria o mesmo que interpretar equivocadamente o texto Constitucional a partir das diretrizes de Lei ordinária, quando na verdade é a Constituição que deve orientar a interpretação das demais normas.

Como se vê, o entendimento consolidado pela Corte Suprema é de que a tarifação prévia da indenização por dano moral é contrário aos preceitos Constitucionais que preveem a indenizabilidade irrestrita.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 13.467/17, que ficou nacionalmente conhecida como Reforma Trabalhista, alterou dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e estabeleceu, no art. 223-G, §1º, incisos I a IV, a tarifação da indenização por dano extrapatrimonial. De acordo com a redação vigente, o cálculo da indenização deve ser realizado tendo como base o último salário contratual do trabalhador, observando a natureza da lesão sofrida. O

⁴² RE 396386, Relator: Min. Carlos Velloso, 2a Ta., DJ 13-08-2004.

montante devido poderá variar entre o mínimo de 3 e o máximo de 50 vezes o último salário contratual do ofendido.

Como restou demonstrado, o dano moral se materializa pela violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem individual. Deste modo, não possui qualquer impacto no patrimônio material da vítima, já que lesiona os direitos de personalidade, atingindo o ofendido enquanto pessoa. Na perspectiva trabalhista, o dano moral é o constrangimento infligido ao trabalhador, causando-lhe dor, sofrimento e humilhação em decorrência da relação de trabalho.

Na Constituição Federal, o art. 5º, V e X, assegura o direito à indenização pelos danos morais decorrentes de sua violação, cuja reparação deve ser feita de forma proporcional ao agravo sofrido. Tal dispositivo consagra o princípio da indenizabilidade irrestrita, por meio do qual se afirma que a indenização não deve estar vinculada à valores pré-estabelecidos ou limitados, mas que deve ser arbitrada na exata extensão do dano sofrido.

O método de tarifação, portanto, consiste em estabelecer, de forma prévia, os valores correspondentes à indenização por danos morais. No Brasil, a técnica foi inicialmente prevista na Lei 5.250/67, também conhecida como Lei de Imprensa, que estabeleceu em seu art. 51, incisos I a IV e 52, *caput*, o escalonamento dos valores indenizatórios para responsabilização dos jornalistas ou de empresas de comunicação pelos danos causados a terceiros por negligência, imperícia ou imprudência no exercício de suas atividades. De acordo com o dispositivo, a responsabilidade do jornalista poderia variar entre 2 e 20 salários mínimos ao passo que a da empresa de comunicação estaria limitada a dez vezes as importâncias mencionadas.

Entretanto, a aplicação da Lei de Imprensa na fixação da indenização por dano moral gerou diversas controvérsias jurídicas. Em 2004, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 281 estabelecendo que a indenização por dano moral não estaria sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Já em 2009, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou expressamente, no julgamento da ADPF 130/09, no sentido de que a referida lei não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e que, portanto, a prática da tarifação não poderia ser utilizada por contrariar dispositivos constitucionais.

Mesmo antes do julgamento da ADPF o STF já possuía precedentes indicando que a tarifação da indenização por danos morais não havia sido recepcionada pela CF/88. De acordo com o entendimento firmado na Corte Suprema, qualquer forma de tarifação ou restrição à reparação por danos morais seria inconstitucional por violar o disposto no art. 5º, incisos V e X, da Constituição, que determina que a indenização deve ser fixada na exata extensão do dano.

A partir de então, a fixação do *quantum* passou a ser realizada por arbitramento pelo magistrado, de forma ampla, em obediência ao princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita. Não obstante, com a reforma trabalhista, a técnica de arbitramento por

tarifação, que já havia sido declarada inconstitucional pelo STF, foi novamente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta perspectiva, os estudos objetivaram compreender as principais características do dano moral e de seus desdobramentos jurídico-trabalhistas, especificamente quanto aos critérios para fixação do *quantum* indenizatório e da adequação do método de tarifação, inserido na CLT pela reforma trabalhista, aos preceitos e objetivos Constitucionais.

Fomentar discussões jurídicas e acadêmicas sobre os impactos do art. 223-G, §1º, incisos I a IV, da CLT, nas indenizações por dano moral é de extrema relevância considerando que a reforma trabalhista reduziu e limitou diversos direitos do trabalhador, dentre os quais a própria indenização por dano moral.

Com base no que foi estudado, percebe-se que a técnica de tarifação do *quantum* não possibilita o alcance da proporcionalidade entre a reparação e a lesão sofrida, conforme determina o art. 5º, incisos V e X, da CF/88. Na verdade, por meio deste método há tratamento igualitário para lesões essencialmente desiguais, já que o magistrado fica adstrito a valores muitas vezes inadequados ou desproporcionais à lesão praticada.

Observa-se ainda que o estabelecimento de um teto para a indenização por dano moral pode permitir, àquele que cogita a prática do ato ilícito, a possibilidade de avaliação previa sobre a conveniência do ato sob a perspectiva dos valores estipulados em lei. Isto é, uma vez que o ofensor conheça previamente os valores a serem eventualmente fixados à título de indenização, poderá decidir intencionalmente pela prática do dano por considerar os valores suportáveis financeiramente.

Dentre os doutrinadores estudados, Vólia Bomfim, Carlos Roberto Gonçalves e Alice Monteiro de Barros, mencionam os inconvenientes da utilização da tarifação na fixação da indenização e defendem que o *quantum* seja arbitrado pelo magistrado, levando-se em conta as especificidades e a extensão da lesão causada. Maria Helena Diniz, por sua vez, propõe que o montante seja determinado considerando as condições socioeconômicas do lesado, a intensidade do sofrimento causado, a situação econômica do ofensor, a gravidade e repercussão da ofensa e as peculiaridades que envolveram o caso. Portanto, percebe-se a inexistência de indicação favorável à tarifação dentre os doutrinadores analisados.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que a jurisprudência está consolidada no sentido de que a tarifação da indenização por dano moral padece de adequação constitucional, eis que viola os dispositivos do art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988. Este fundamento foi utilizado pela Corte Suprema no julgamento da ADPF 130/09, que declarou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa. A partir deste julgado, o posicionamento jurisprudencial foi firmado, influenciando o julgamento de casos semelhantes.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, é possível

identificar que a utilização da tarifação foi afastada pela Súmula 281 mesmo antes de a Lei de Imprensa ser declarada inconstitucional pelo STF. Isto porque, de acordo com os julgados analisados, a indenização por dano moral objetiva a compensação do dano sofrido pela vítima, a punição do ofensor e o desestímulo deste e de outros na prática dos mesmos atos. Assim sendo, o *quantum* indenizatório não poderia ser preestabelecido, pois deveria alcançar a exata extensão do dano, privilegiando o princípio da razoabilidade e da indenizabilidade irrestrita.

Deste modo, devem ser analisadas as peculiaridades do caso concreto e estabelecer valores que possam significar uma compensação à vítima e, ao mesmo tempo, um desestímulo para que o ofensor não venha a reincidir na prática do ato ilícito. Os valores não podem ser irrisórios, com pouca significação ao ofendido, nem excessivos a ponto de causar o enriquecimento ilícito da vítima.

No tocante à tarifação prevista na CLT, foi possível identificar que a utilização do último salário contratual do ofendido como parâmetro de fixação do *quantum* indenizatório não coaduna com o princípio da primazia da realidade sobre a forma. Isso porque pode haver casos em que os valores registrados na CTPS ou mesmo no contrato sejam inferiores àqueles efetivamente percebidos pelo trabalhador.

Em tais situações, caso se observe o disposto no art. 223-G, §1º, I a IV, a indenização poderá ser fixada em valores inferiores aos devidos, causando prejuízos à vítima. Do mesmo modo, pode haver margem interpretativa para que um mesmo dano seja indenizado em montantes totalmente distintos, já que a variação passa a ter como base apenas o último salário contratual.

Verifica-se ainda que o *caput* do art. 223-A da CLT, com redação inserida pela reforma trabalhista, excluiu a possibilidade de utilização de fontes subsidiárias na fixação da reparação por danos de natureza extrapatrimonial. Assim, o magistrado fica vinculado apenas aos dispositivos contidos na CLT. Porém, o princípio da proteção impõe a aplicação da norma mais favorável existente no ordenamento jurídico, sendo ela do direito do trabalho ou de fonte subsidiária.

Assim, ao contrário do que estabelece o *caput* do art. 223-A da CLT, a fixação do *quantum* indenizatório poderá ser realizada com base em dispositivo diverso, desde que seja mais favorável ao trabalhador. É o caso de aplicação subsidiária do Código Civil nos casos em que a regra prevista na CLT não alcance a exata extensão do dano.

O conflito existente entre o regramento previsto no Código Civil e na CLT, agravado pelos precedentes existentes na jurisprudência do STF, serviram de pano de fundo para que a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), ajuizasse a ADI 6050 pugnando pela declaração de inconstitucionalidade do art. 223-G, §1º, incisos I a IV, da CLT.

Segundo consta da inicial, tais dispositivos restringem a atuação do Poder Judiciário, pois impedem que o órgão judicante fixe correta e adequadamente a indenização ao

trabalhador. A ANMATRA afirma ainda que a manutenção dos dispositivos na CLT, podem causar insegurança jurídica decorrentes da atuação individual dos juízes de primeiro grau e dos Tribunais Regionais do Trabalho, que podem proclamar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da limitação.

Como se verifica, as alterações trazidas pela reforma trabalhista quanto à fixação do dano moral trouxeram consigo novas reflexões sobre a inconstitucionalidade da tarifação, em especial pelos precedentes jurídicos relacionados à Lei de Imprensa.

Deste modo, com base nos estudos realizados, verifica-se que a prática de tarifação do dano moral é contrária à jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal de que a fixação prévia dos valores e o estabelecimento de limites indenizatórios são incompatíveis com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela Constituição Federal de 1988.

Por todo o exposto, entende-se que o art. 223-G, §1º, incisos I a V, da CLT devem receber interpretação à luz da CF/88, tendo, por conseguinte, sua inconstitucionalidade reconhecida e declarada pela Corte Suprema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Felipe Cunha. Princípio da reparação integral: Um paralelo entre o código civil e o código de defesa do consumidor. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/principio-da-reparacao-integral-um-paralelo-entre-o-codigo-civil-e-o-codigo-de-defesa-do-consumidor/>>. Acesso em 27/10/2019.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho – 9º ed. São Paulo: LTr, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. Assédio moral in Júris Síntese nº 52, MAR/ABR. 2005

BAPTISTA, Silvio Neves. Teoria Geral do Dano. São Paulo: Atlas, 2003.

BOBROFF, Maria Cristina; MARTINS, Julia Trevisan. Assédio moral, ética e sofrimento no trabalho. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n2/a08v21n2.pdf>>. Acesso em 19 set. 2019.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 6 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e da informação. Disponível em < www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5250.

htm>. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 set. 2019.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Assédio moral e sexual – Previna-se. 2016. Disponível em < <http://www.mpf.mp.br/sc/arquivos/cartilha-assedio>>. Acesso em 19 set. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho – 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

CORREIO BRASILIENSE. Assédio: queixas aumentam, mas processos diminuem. Disponível em <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/05/06/interna-brasil,753261/casos-de-assedio-moral-crescem-no-brasil.shtml>>. Acesso em 19/09/2019.

DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. Revista Júris Síntese, n. 24, jul./ago. 2000. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/86105/005_dalazen.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 22 set. 19.

DELLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho – 4ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho – 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: Teoria Geral do Direito Civil – 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: Responsabilidade Civil – 32º ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho – 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: volume 1 – Parte Geral. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: volume 4 – Responsabilidade Civil. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. Curso de Direito Civil, volume 1: Parte Geral – 45ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil, vol. 7. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito – 25ª Ed. Saraiva, 2001.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direitos do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

SANTOS, Washington dos. Dicionário Jurídico Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. O assédio moral no trabalho: conceito, causas e efeitos, liderança versus assédio, valoração do dano e sua prevenção – 3ª ed. São Paulo: LTr, 2016, p.24.

TST. Assuntos mais Recorrentes no Tribunal Superior do Trabalho. Casos Novos. Janeiro a Julho de 2019. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/15efe5d5-9a90-ed08-15d6-b80497be6930>>. Acesso em 21/09/2019.

TST. Assuntos mais Recorrentes no Tribunal Superior do Trabalho. Casos Novos. Ano de 2018. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/3f10aeef-d2d8-55bf-3d5e-373cb5c1bb3f>>. Acesso em 21/09/2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017



^
VOLTAR AO
SUMÁRIO

A (IM) POSSIBILIDADE DE REQUISITAÇÃO EM DESFAVOR DO RÉU NO TRIBUNAL SOB A ÓTICA DA SISTEMÁTICA PENAL VIGENTE

Débora Maria Rodrigues de Souza

RESUMO

O presente artigo aborda o contexto histórico do tribunal do júri e o seu progresso, passando pelas diversas constituições até chegar ao formato que se conhece hodiernamente. Tem por objetivo geral analisar a possibilidade de absolvição do acusado mesmo reconhecido, por parte dos jurados, a materialidade e autoria do crime ainda que a única tese absolutória seja negativa de autoria. Por objetivos específicos, analisar a inserção do tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro, verificando os quesitos de votação, a sua sistemática e as divergências jurisprudências e doutrinárias a respeito da instituição do júri. Como referencial teórico a pesquisa adotou os postulados de Nucci, (1999, 2014, 2016), Bonfim (2014), Távora, Alencar (2012), Capez (2014) e Lima (2017).

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Quesitos.

RESUMEN

El presente artículo se enfoca en el contexto histórico del tribunal de los jurados y su progreso, pasando por las distintas constituciones hasta llegar a la forma que se conoce actualmente. Tiene como objetivo general analizar la posibilidad de que se absorba el acusado mismo que se reconozca, por parte de los jurados, la materialidad y autoría del crimen mismo que la única tesis de defensa sea la negativa de autoría. Como objetivos específicos, analizar la inserción del tribunal de los jurados en el ordenamiento jurídico brasileño, verificando los quesitos de votación, su sistemática, y las divergencias jurisprudenciales y doctrinarias al respecto de la institución del tribunal. Como referencial teórico la pesquisa adoptó en entendimiento de Nucci (1999, 2014, 2016), Bonfim (2014), Távora y Alencar (2012), Capez (2014), Lima (2017) y otros.

PALABRAS-CLAVE: Derecho Procesual Penal. Tribunal de los Jurados. Cuestiones.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o contexto histórico que envolve o Tribunal do Júri, podendo ser considerada uma das instituições mais antigas que compõe o poder judiciário (NUCCI, 1999). Profundas e consideráveis mudanças ao longo dos anos marcaram a uniformização dessa instituição no direito brasileiro, até que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil publicada em 1988, o Tribunal do Júri passou a ser previsto no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) (BISCOLA, 2015).

Junto com a promulgação da Constituição de 1988 surgiram princípios fundamentais e norteadores dessa instituição, tais como a plenitude da defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e a competência para julgar crimes dolosos contra a vida, assegurando aos juízes populares não só a função de julgar conforme o que é levado a plenário, mas, julgar com o seu íntimo (NUCCI, 1999).

Em razão de tantas alterações no seu regramento, o tribunal do júri passou por uma profunda mudança com o advento da Lei 11.689/2008, que buscou ajustar o procedimento à ordem constitucional, evitando problemas que vinham ocorrendo, tais como o excesso de formalismo, o grande número de processos anulados e a complexidade dos quesitos. (BISCOLA, 2015).

Uma das grandes mudanças trazidas pela Lei 11.689/2008 foi à inserção do quesito genérico, pelo qual o jurado é indagado sobre a absolvição do réu (TÁVORA; ALENCAR, 2012).

Frente à nova sistemática adotada com a vigência da referida Lei, e da possibilidade e absolvição por clemência, a outra novidade foi o artigo 490 do Código de Processo Penal, que inovou ao permitir que os jurados sejam novamente questionados, após já terem respondido ao quesito genérico, quando houver suposta contradição entre as respostas já dadas aos quesitos anteriores e o quesito relativo à absolvição (BONFIM, 2015).

Diante disso, entende-se necessária a análise da possibilidade de absolvição do acusado mesmo reconhecida, por parte dos jurados, a materialidade e autoria do crime ainda que a única tese absolutória seja a negativa de autoria.

Em vista da relevância das alterações referentes à quesitação principalmente no que tange ao quesito genérico, a discussão acerca da absolvição chegou aos Tribunais Superiores, que se depararam com a discussão que gira em torno do limite do poder de julgar dos juízes leigos e os princípios da soberania dos veredictos e plenitude de defesa.

A justificativa para a elaboração do presente artigo se deu em função da análise do *Habeas Corpus* nº 350.895 – RJ, julgado pelo STJ, em que é observada uma relevante divergência a respeito da contradição nas respostas dos jurados, que absolveu o réu,

mesmo reconhecendo autoria e materialidade, sendo a tese defensiva se restringido à tese de negativa de autoria. Diante desse cenário, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro determinou que fosse realizada uma nova requisição, na forma no artigo 490 do Código de Processo Penal.

A metodologia utilizada para a construção do presente artigo baseou-se nas regras da pesquisa qualitativa. Como método de coleta de dados foi utilizada análise bibliográfica, principalmente a busca em doutrinas e legislações específicas a respeito da temática e subsidiariamente a leitura de artigos científicos e dados oficiais publicados na internet.

Como referencial teórico, a pesquisa se baseou nos postulados de Nucci (2016), que contribuiu elucidando sobre o contexto histórico e a uniformização do Tribunal do Júri no Brasil, à medida que Capez (2014) e Renato Brasileiro (2017) colaboraram com relevantes elucidações sobre os princípios que permeiam a instituição do júri. Távora e Alencar (2012) auxiliaram na compreensão do sistema de quesitos no tribunal do júri e propiciaram uma reflexão sobre a possibilidade de requisição.

A pesquisa foi dividida em três capítulos. O primeiro capítulo teve por objetivo analisar o contexto histórico do tribunal do júri, seus princípios norteadores e o sistema bifásico que a instituição adota.

Seguidamente, no segundo capítulo, o objetivo foi compreender o sistema de votação adotado pelo Brasil e analisar os impactos que a reforma proposta pela Lei 11.689/2008 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no terceiro capítulo, o objetivo foi analisar como a jurisprudência e a doutrina têm se posicionado à respeito da possibilidade de os jurados serem novamente questionados, em caso de uma suposta divergência observada entre a resposta afirmativa dada ao quesito genérico da absolvição quando a única tese defensiva absolutória foi a negativa de autoria e os jurados reconhecem o réu como autor do delito.

Concluindo-se então, necessário o questionamento a respeito da impossibilidade de se requisitar em desfavor do réu.

1. O TRIBUNAL DO JÚRI E O SISTEMA DE QUESITAÇÃO NO BRASIL

O Tribunal do júri, conhecido também como tribunal popular, existe no ordenamento jurídico brasileiro desde 1822. Até a sua chegada no Brasil sofreu diversas alterações, sobretudo, com as diversas constituições que o Brasil teve desde a sua instituição (NUCCI, 2016).

De forma semelhante, o sistema de quesitação, eleito pelo legislador brasileiro, também teve suas influências e sofreu diversas modificações, sendo a mais recente

advinda da Lei 11.689/2008, que mudou significativamente o Tribunal do Júri (BISCOLA, 2015).

1.1 A FORMAÇÃO E ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO SISTEMA BRASILEIRO

O Tribunal do Júri é visto como uma das instituições mais antigas de que se tem notícia, sobretudo, quando é feita uma análise sobre a história dos berços da civilização como Grécia e Roma (RANGEL, 2014). Contudo, há quem discorde, dispondo que o júri teve sua origem na Carta Magna da Inglaterra de 1215. (NUCCI, 1999).

Os primeiros relatos do júri foram na Palestina, onde havia o *Tribunal dos Vinte e Três* nas vilas em que a população fosse superior a 120 famílias. Tal tribunal era conhecido por julgar crimes que fossem puníveis com pena de morte. Os membros desse tribunal eram escolhidos dentre padres, levitas e principais chefes de famílias de Israel (NUCCI, 2014).

Na Grécia, desde o século IV a.C., já se tinha conhecimento da existência do júri, integrando ele o sistema judicial. O Tribunal dos Heliastas era a jurisdição comum, reunia-se em praça pública e era composto por cidadãos, cujas decisões eram produzidas pelo povo (NUCCI, 1999).

Em Roma, durante a República, o júri atuava sob a forma de tribunais ou juízes em comissão que, inicialmente, eram temporárias, conhecidas por *questiones*, quando se tornavam definitivas passavam a ser denominadas de *questiones perpetuae*, isso por volta de 155 a.C. A formação se dava por um pretor e por mais de doze jurados (NUCCI, 1999).

Os primeiros contornos legais do tribunal do júri foram observados na Carta Magna da Inglaterra de 1215, que dispunha em seu artigo 48 que ninguém poderia ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país (NUCCI, 1999). Nesse sentido, a missão do tribunal do júri era de retirar das mãos da autoridade o poder de decidir de forma contrária aos interesses da sociedade da época (RANGEL, 2014).

No Brasil, o Tribunal do Júri foi instituído em 1822, quando o Príncipe Regente Pedro I assinou o Decreto 0-031, em 18 de junho daquele mesmo ano (SILVEIRA; MALLET, 2018). Sua competência era para julgar os delitos de imprensa (BONFIM, 2015) e eram compostos por juízes de fato, vinte e quatro cidadãos ao total, homens bons, honrados, inteligentes e patriotas (NUCCI, 1999).

O tribunal ganhou *status* constitucional pela primeira vez em 1824, com a promulgação da Constituição Política do Império do Brasil, sendo inserido no capítulo referente ao Poder Judicial, Capítulo Único (Dos juízes e Tribunais de Justiça) (BISCOLA, 2015). A competência desse tribunal era tanto cível como criminal e se manifestava para decidir sobre os fatos, e os juízes togados aplicavam a lei (RANGEL, 2014).

Com a primeira Constituição Republicana do Brasil, promulgada em 1891, o júri estava inserido dentro da seção da Declaração dos Direitos, que estabelecia, no seu artigo 72, parágrafo 31, que era *mantida a instituição do jury*. Essa afirmação de manter o júri impedia que leis posteriores pudessem alterar sua essência (RANGEL, 2014).

Seguindo seu processo evolutivo, em 1934, a Constituição voltou a inserir o júri no capítulo referente ao Poder Judiciário, dispondo: “É mantida a instituição do jury, com a organização e as atribuições que lhe der lei”. (NUCCI, 1999, p. 39), ou seja, confiou ao legislador à organização do tribunal do júri (BISCOLA, 2015).

Com a Constituição de 1937, o tribunal do júri foi retirado integralmente do texto constitucional, fato que viabilizou diversos debates a respeito da manutenção ou não da instituição no Brasil. (NUCCI, 2016). No entanto, com o Decreto-lei n. 167, de 1938, a instituição do júri passou a ser competente para julgar crimes de homicídio, atentado contra a vida de uma pessoa por envenenamento, infanticídio, suicídio, morte ou lesão corporal seguida de morte por duelo, latrocínio e a tentativa de roubo. (RANGEL, 2015).

A instituição do decreto admitia recurso de apelação da decisão dos jurados, podendo o tribunal aplicar a pena justa ou absolver o réu, o que denotava que a soberania dos veredictos era um instituto ainda distante (RANGEL, 2015).

Em 18 de setembro de 1946, o Brasil ganhou sua quarta Constituição, trazendo o tribunal do júri no artigo 141, § 28:

É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contando que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (RANGEL, 2014, p.624-624).

O que parece ter movido o legislador de 1946 a trazer de volta o tribunal popular no texto constitucional, inclusive, com maiores garantias, foi o fato de o júri sempre ter representado um foco de democracia, uma tribuna livre onde suas causas eram debatidas e apreciadas diretamente pelo povo (NUCCI, 1999).

A Constituição de 1967 manteve a instituição do júri no capítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, mas diferente do que retratava a Constituição de 1946, o artigo 150, § 18, limitou a competência do júri, mantendo apenas sua soberania e a competência para julgar crimes dolosos contra a vida. (NUCCI, 1999).

Ainda, em 1967, a Constituição sofreu uma reforma com a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, chamada por alguns de “nova Constituição”, que tratou do júri, mas silenciou quanto a sua soberania (RANGEL, 2015).

Finalmente, em 1988 o constituinte trouxe de volta, e com muito mais força, todos os preceitos trazidos pela Constituição de 1946 que foram suprimidos ou alterados em 1967. Dessa vez, inseriu a instituição no título que tratava dos Direitos e Garantias Fundamentais, no capítulo “Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos”, estabelecendo no artigo 5º, inciso XXXVIII, os princípios regentes da instituição (NUCCI, 1999).

É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) A plenitude da defesa;
- b) O sigilo das votações;
- c) A soberania dos veredictos;
- d) A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL, 1988).

A Plenitude da Defesa passou a ter maior impacto no exercício da defesa, em grau ainda maior do que a ampla defesa assegurada ao procedimento de outros crimes (CAPEZ, 2014), significando uma atuação do defensor de maneira vasta (NUCCI, 2016). Defesa plena é aquela em que o profissional habilitado não precisa se restringir a uma atuação exclusivamente técnica, podendo servir-se de argumentos extrajurídicos, invocando razões de ordem social, emocional, dentre outras. (CAPEZ, 2014).

Um tribunal que decide sem fundamentar seus veredictos precisa proporcionar ao réu uma defesa completa e foi isso que o constituinte quis deixar claro, atribuindo ao júri à plenitude da defesa (NUCCI, 1999).

Por sigilo das votações, entende-se que a ninguém é dado o direito de saber o sentido do voto do jurado, razão pela qual o Código de Processo Penal prevê que a votação ocorra em uma sala especial com uma publicidade restrita, visto que devem estar presentes, além do juiz e dos jurados, o órgão do Ministério Público e o defensor do acusado (CAPEZ, 2014). A votação na sala secreta não é incompatível com o princípio da publicidade, isso porque a própria Constituição Federal permite que a lei possa limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos em que haja interesse social, conforme o artigo 93, IX, c/c artigo 5º. LX. (LIMA, 2017).

Por isso, é do interesse público que os jurados sejam livres e isentos de pressão para proferir seu voto, uma vez que na presença do público em plenário, não se poderia refletir acerca do voto diante de tamanha pressão (NUCCI, 2014).

Da soberania dos veredictos decorre a conclusão de que um tribunal formado por juízes togados não pode modificar, no mérito, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença. Por força constitucional, incumbe aos jurados decidir pela procedência ou não da imputação do crime doloso contra a vida. (LIMA, 2017). Em virtude da soberania dos veredictos, as decisões do Tribunal do Júri não podem ser alteradas, quanto ao mérito, pelo juízo *ad quem*, mas não significa dizer que suas decisões são irrecorríveis e definitivas (LIMA, 2017). Tal fato quer dizer que apesar de soberana, havendo recurso de apelação da parte inconformada, o tribunal, julgando a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, determine que o réu seja submetido a novo Júri, conforme artigo 593, § 3º, do Código de Processo Penal (BONFIM, 2015).

O Tribunal do Júri tem a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, quais sejam: Homicídio Doloso (artigo 121 do Código Penal), Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (artigo 122 do Código Penal), Infanticídio (artigo 123 do Código Penal) e

Aborto provocado pela própria gestante em si mesma ou com seu consentimento (artigo 124 do Código Penal), além do aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante (artigos 126 e 125 do Código Penal). Entretanto a sua competência é mínima, uma vez que o legislador pode ampliar o âmbito da competência, julgando também os crimes conexos aos crimes dolosos contra a vida (BONFIM, 2015).

1.2 PROCEDIMENTO BIFÁSICO NO TRIBUNAL DO JÚRI

O procedimento no Tribunal do Júri é bifásico, ou seja, estruturado em duas fases distintas: a primeira, denominada *judicium accusationis* ou sumário de culpa, tendo início com o oferecimento da peça acusatória e perdura até a decisão de pronúncia (LIMA, 2017).

Nesse cenário, o juiz togado é responsável por rejeitar ou receber a denúncia e, em caso de recebimento, designar audiência de instrução e julgado, nos termos elencados no artigo 411 do Código de Processo Penal. Ao final, o magistrado, formando sua livre convicção motivada pelas provas produzidas, pode absolver sumariamente o acusado, caso constante alguma das causas estabelecidas no artigo 415 do Código de Processo Penal; pode impronunciar o acusado, caso não esteja convencido da materialidade delitiva ou esteja diante da ausência de indícios suficientes de autoria, conforme artigo

414 do Código de Processo Penal; pode desclassificar o crime para crime diverso do da competência do júri, caso entenda que a conduta não foi praticada com vontade livre e consciente de tirar a vida humana, conforme artigos 74 § 2º e 419 do Código de Processo Penal; e por fim, convencido da materialidade delitiva e de indícios suficientes de autoria, pronunciará o acusado, encaminhando-o para o julgamento perante o Tribunal do Júri, nos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal (CAPEZ, 2014).

A segunda fase, conhecida como *judicium causae*, inicia-se com a pronúncia e termina, após os debates orais em plenário, com a votação do questionário pelos jurados e a prolação da sentença (BONFIM, 2015).

2. O SISTEMA DE QUESITAÇÃO E VOTAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

Antes da entrada em vigor da Lei 11.689/2008, O Brasil adotava o modelo francês de votação. O juiz elaborava um questionário sobre o fato principal, descrito no libelo e os jurados respondiam, sendo questionados sobre cada uma das teses defensivas separadamente (BISCOLA, 2015).

Com a alteração promovida pela Lei 11.689/2008, passou a vigorar o sistema híbrido de quesitação, ou seja, uma mistura entre os modelos franceses e ingleses (BISCOLA,

2015). Edilson Mougenot Bonfim (2015) assevera que os ingleses deixam a mais ampla possibilidade de escolha aos jurados, em seu mais largo espectro, na medida em que lhes oferecem, sem qualquer sugestão, a tese e a antítese da responsabilidade penal do acusado, perguntando ao júri inglês se o réu é “culpado ou inocente”, dando a cada um dos jurados o direito de votar “culpado” ou “inocente”.

No sistema brasileiro, a manifestação dos jurados não se concretiza pela simples resposta à indagação sobre a culpabilidade ou inocência do acusado, mas resulta de uma pluralidade de respostas a perguntas referentes ao fato imputado e suas circunstâncias (ANDRADE apud GRINOVER, FERNANDES, FILHO, 2002).

A quesitação no tribunal do júri significa dizer que o colegiado popular realizará o julgamento ao responder quesitos, isto é, serão formuladas perguntas que o juiz presidente fará aos jurados sobre o fato criminoso e demais circunstâncias essenciais ao julgamento (NUCCI, 2014).

Após a instrução probatória e os debates entre as partes, os jurados são indagados, primeiramente, sobre a existência dos fatos, isto é, a materialidade, que compreende a existência de algo, no caso, do fato lesivo à vítima. Em seqüência, os jurados passam a votar a respeito da autoria, ou seja, se o réu concorreu para a prática da infração penal na condição de autor ou partícipe (NUCCI, 2014).

Em seguida, depois de indagar sobre materialidade e autoria, o conselho de sentença é questionado sobre a absolvição, recebendo este quesito a denominação de genérico, que surgiu com a Lei 11.689/2008, responsável por modificar a forma de elaboração dos quesitos, concentrando todas as teses sustentadas em plenário em único quesito: “o jurado absolve o acusado?”. A sua elaboração é obrigatória, mesmo que a defesa se limite a negar a autoria ou participação do acusado nos fatos narrados na denúncia e os jurados a reconheçam (NUCCI, 2014).

Com a reforma, uma das grandes mudanças foi em relação à extinção do libelo, que era a peça acusatória com o conteúdo da decisão de pronúncia que seria debatido em plenário, limitando a acusação e permitindo a defesa ter ciência do que seria alegado em sede de julgamento perante o tribunal do júri (NUCCI, 2014). Dado que o libelo era o espelho da pronúncia, o órgão acusador o utilizava como um futuro questionário, em que toda a forma articulada se transformava em artigos que serviriam de indagações (quesitos) aos jurados. Com a supressão do referido instituto, passou a ser da decisão de pronúncia essa função (RANGEL, 2010).

Hodiernamente, o Código de Processo Penal estabelece em seu artigo 482, parágrafo único, a maneira pela qual o Conselho de Sentença será questionado, a fim de atingir um veredicto final a respeito da responsabilidade imputada pelo órgão acusador (LIMA, 2017).

É interessante notar que com o advento da Lei 11.689/2008, o tribunal do júri passou por uma reforma significativa, oferecendo aos jurados uma forma mais simples de analisar os quesitos e chegarem a uma decisão absolutória ou condenatória, além de

respaldar o poder judiciário de futuras anulações de julgamentos em virtude de más interpretações dos quesitos elaborados.

2.1 QUESTIONÁRIO

Questionário é o conjunto de quesitos que o conselho de sentença deve responder a respeito do crime levando a julgamento. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2014):

O questionário é a peça elaborada pelo juiz presidente, contendo os quesitos, correspondentes às questões de fato e de direito expostas pelas partes em plenário, além de dizer respeito ao conteúdo da pronúncia, destinados aos jurados para a realização do julgamento em sala especial (NUCCI, 2014).

Vale ressaltar que o juiz presidente ao elaborar os quesitos levará em conta o teor da pronúncia, que será a fonte do questionário e estabelecerá os limites da acusação. (TÁVORA, ALENCAR, 2012).

2.2 QUESITOS

Trata-se de uma pergunta, que demanda como resposta a emissão de uma opinião ou juízo (NUCCI, 2016). Dessa forma, o já aludido artigo 482, parágrafo único, do Código de Processo Penal, demonstra a forma pela qual os jurados serão inquiridos, devendo os quesitos ser redigidos de maneira simples, de modo que possam ser respondidos pelos juízes leigos com suficiente clareza e necessária precisão.

2.3 ORDEM DOS QUESITOS

Um dos objetivos da Lei 11.689/2008 foi o de simplificar a formulação dos quesitos, afinal, a estrutura anterior era complexa, dando brecha ao reconhecimento de inúmeras nulidades (LIMA, 2017). A disposição dos quesitos está regulada pelo artigo 483 do Código de Processo Penal, iniciando-se a formulação dos quesitos acerca da materialidade e autoria do crime, seguida do quesito relacionado à absolvição do réu. Em sequência, estão os quesitos que especificam as causas de diminuição de pena alegadas pela defesa e, finalmente, os quesitos relativos às qualificadoras ou causas de aumento de pena constantes da pronúncia. (BONFIM, 2015).

As agravantes e atenuantes não são objetos de quesitação, mas devem ser causas de debate para que possam ser valoradas na eventual sentença condenatória. (LOPES, 2014).

Observa-se que se estabelece uma ordem na quesitação. Ordem que não pode ser invertida, sob pena de desrespeito a uma regra e, conseqüentemente, desencadear em nulidade do julgamento (RANGEL, 2010). Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal sumulou entendimento acerca do assunto através da Súmula 156 (BRASIL. STF, 1963).

Nota-se que apesar do tribunal do júri ser composto por juízes leigos, a sua sistemática é totalmente amparada por lei, uma vez que o não cumprimento de todo o rito é passível de nulidades.

I. MATERIALIDADE DO FATO

Por materialidade deve-se compreender a prova da existência do fato lesivo à vítima (NUCCI, 2014).

No tocante ao primeiro quesito, busca-se compreender se houve a existência do fato que está sendo imputado ao acusado, dessa forma, o juiz presidente ao formular a indagação a respeito da materialidade, deve acolher o que foi narrado na pronúncia e perguntar aos jurados se houve a lesão ao bem jurídico tutelado (NUCCI, 2016).

Ao formular o quesito a respeito da materialidade do crime há de se levar em consideração as causas que levaram a atitude do agente para se chegar ao resultado, pois a simples constatação acerca da materialidade da ocorrência criminosa não é suficiente para uma condenação. Matar alguém pode não constituir crime, a exemplo do que ocorre quando alguém mata uma pessoa amparada por uma excludente de ilicitude. (NUCCI, 2016).

Antes da Lei 11.689/2008, o sistema de quesitação desdobrava a materialidade e dividia esse quesito no que se chamava de letalidade, ou seja, o nexos de causalidade entre as lesões descritas no primeiro quesito e o resultado morte. (LUZ, 2008).

Para alguns doutrinadores, é importante a divisão desse quesito em dois momentos. Renato Brasileiro (2017) afirma que a divisão desse primeiro quesito é interessante, pois permite ao conselho de sentença o reconhecimento progressivo do evento criminoso. O homicídio consumado, por exemplo, para a sua caracterização exige, necessariamente, a anterior ofensa à integridade corporal da vítima. Isso porque os jurados podem negar a prática da lesão, o que resultará na absolvição do agente, ou reconhecer a lesão e negar a pergunta seguinte, afirmando não ter nexos de causalidade. (LIMA, 2017).

Exemplo do fracionamento do quesito relativo à materialidade num crime de homicídio consumado:

- a) No dia 25 de março de 2011, na Rua "A", bairro "B", nesta cidade, a vítima... foi atingida por disparo de arma de fogo, sofrendo as lesões corporais descritas no laudo de fls. xxx? (LIMA, 2017).
- b) Essas lesões foram causas eficientes da morte da vítima? (LIMA, 2017, p. 1422).

Observe que a negação do primeiro quesito implica na absolvição do acusado, em caso de resposta afirmativa segue a votação (LIMA, 2017).

No segundo caso, a resposta negativa dos jurados diz que o resultado morte não adveio da lesão provocada pelo acusado (LIMA, 2017).

Nesse mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci (2016), pondera que determinadas infrações penais, por suas naturezas, dependem da avaliação do nexu causal, não podendo simplesmente construir um quesito único (NUCCI, 2016).

Portanto, quando se falar em materialidade, há de se levar em consideração pontos relevantes de como se deu a conduta criminosa para que se possa inquirir aos jurados de maneira que o reconhecimento ou não do fato, seja analisado de forma precisa a fim de formar um veredicto.

II. AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO

Na autoria, questiona-se sobre ser ou não o indivíduo o responsável pela realização da conduta principal descrita no tipo incriminador (CAPEZ, 2014).

Por outro lado, na participação, ou partícipe, questiona-se se o indivíduo, sem realizar a conduta descrita no tipo, concorreu ou não para a sua realização, ou seja, agiu de alguma maneira para a produção do resultado ou para a consumação do crime (CAPEZ, 2014).

No que se refere à autoria ou participação, o juiz presidente indaga aos jurados se o réu de qualquer modo (autor ou partícipe), contribuiu para o cometimento do delito (TÁVORA, ALENCAR, 2012).

Respondendo afirmativamente a esse quesito, o juiz presidente seguirá com a votação, caso contrário, encerra a votação e decreta a absolvição do acusado (TÁVORA, ALENCAR, 2012).

Entretanto, a partir da resposta afirmativa da questão em tela, se houver tese sustentada pela defesa de desclassificação para delito diverso do doloso contra a vida, a questão desclassificatória será dirigida aos jurados sempre antes do terceiro quesito, qual seja: “o jurado absolve o acusado?” (TÁVORA, ALENCAR, 2012).

Mesma análise deve ser feita a respeito das hipóteses de dúvida na tipificação ou alegação de tentativa, nos termos no § 5º, do mencionado artigo

483 do Código de Processo Penal, que destaca “sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito”. Isso quer dizer que se o quesito se referir à tentativa, necessariamente deve ser respondido após o quesito da autoria ou participação, tendo em vista que o primeiro quesito não será desdobrado em face da análise do nexu causal, pois não ocorreu o evento morte no contexto (TÁVORA, ALENCAR, 2012).

III. SE O ACUSADO DEVE SER ABSOLVIDO

Aqui, os jurados serão inquiridos quanto à absolvição do acusado. Com a alteração promovida pela Lei 11.689/2008 surgiu o quesito genérico e, com ele, a obrigação de se indagar aos jurados, desde que reconhecida a materialidade e a autoria em quesitos anteriores, não importando quais tenham sido as teses sustentadas em plenário (NUCCI, 2016).

Ao concentrar as diversas teses absolutórias nesta questão – “O jurado absolve o acusado?” –, o legislador buscou impedir que os jurados fossem indagados sobre aspectos técnicos. (LIMA, 2017).

Diante dessa obrigatoriedade e por não saber o que será acolhido pelos jurados quando forem questionados a respeito desse quesito, pode a defesa sustentar uma tese principal de legítima defesa, por exemplo, ou subsidiariamente uma tese de legítima defesa putativa, e júri acolher alguma dessas teses ou nenhuma delas, mas, ainda assim, absolver o acusado por clemência, sem se apegar ao que foi debatido em plenário (NUCCI, 2016).

Conclui-se, assim, que com a nova sistemática, os jurados têm a liberdade de absolver o réu unicamente com base na sua íntima convicção e de forma independente das teses defensivas (LIMA, 2017).

IV. SE EXISTE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA ALEGADA PELA DEFESA

O inciso IV, do artigo 483 do Código de Processo Penal, referente à causa de diminuição de pena, será formulado se até o momento o réu não tiver sido absolvido (TÁVORA, ALENCAR, 2012).

Em respeito à plenitude da defesa, as teses benéficas ao réu devem ser indagadas antes aos jurados. Por isso, são apresentados os quesitos referentes às causas características de privilégios e de diminuição de pena e, somente após, ingressam os quesitos relativos às qualificadoras e às situações de aumento de pena. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 162 do STF que diz: “é absoluta a nulidade de julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes (NUCCI, 2014).

As causas de diminuição da pena estão previstas na Parte Geral do Código Penal são aquelas que aumentam ou diminuem a pena em quantidades previamente fixadas em lei a depender do grau de participação na conduta. Essas causas são aplicadas na terceira fase da dosimetria da pena, podendo o juiz fixar no máximo ou no mínimo (CAPEZ, 2014).

Dentro das causas de diminuição de pena, há o que se conhece por crime privilegiado, que seria a modalidade em que a lei penal diminui em abstrato, os limites da pena, mínimo e máximo, diminuindo de um sexto a um terço. Essa modalidade de diminuição de pena é uma causa obrigatória de redução (MASSON, 2012).

Sendo então acolhidas as causas de diminuição, fica a critério do juiz o parâmetro para tal diminuição, considerando que se trata de matéria de direito e não de fato (BON-FIM, 2015).

V. SE EXISTE CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA OU CAUSA DE AUMENTO DE PENA RECONHECIDO NA PRONÚNCIA OU EM DECISÕES POSTERIORES QUE JULGARAM ADMISSÍVEL A ACUSAÇÃO.

Quanto às qualificadoras e/ou causas de aumento de penam devem elas estar expressamente reconhecidas na pronúncia (LOPES, 2014).

Para questionar aos jurados sobre as qualificadoras, o juiz presidente precisa fundamentar e explicar claramente sobre o reconhecimento delas, a fim de que sejam compreendidas, para que o conselho de sentença possa votar corretamente (NUCCI, 2016).

É fundamental, para que os jurados compreendam – e votem corretamente – o alcance do cenário existente, a descrição dos fatos envolvidos na qualificação do homicídio. Portanto, é preciso descrever o motivo fútil. Em que consistiu? Como se deu? Enfim, em algum contexto deve ser lançado. O acusado agiu por motivo fútil, consistente em ter feito algo de determinando forma. Tal cenário merece descrição no quesito (NUCCI, 2016, p. 803).

Por isso, é importante que fique claro ao corpo de jurados a existência e como se deram essas qualificadoras, não podendo ficar a critério deles o cenário dessas causas que qualificam o crime (NUCCI, 2016).

As qualificadoras possuem o condão de alterar a pena base do crime, tornando o preceito secundário do delito mais severo. As causas de aumento de pena são circunstâncias legais, ligadas ao tipo penal, que provocam o aumento da pena, por cotas determinadas pelo legislador, porém, aplicadas pelo juiz no momento da individualização da pena (NUCCI, 2016). Essas causas podem elevar a pena além do máximo e diminuir – lá aquém do mínimo, ao contrário das circunstâncias anteriores, quais sejam circunstâncias judiciais e agravantes e atenuantes. São levadas em consideração na última fase da fixação da pena, conforme o artigo 68 do Código Penal e somente na última fase da dosimetria, essas causas poderão sair dos limites legais (CAPEZ, 2014).

Por fim, para casos em que existam mais de um acusado ou mais de um crime, os quesitos serão formulados em séries distintas, uma para cada réu (LOPES, 2014). Desta maneira, o juiz deve separar cada réu em uma série de votação distinta e dentro destas, outras séries para cada um dos delitos praticados (NUCCI, 2016).

3. VOTAÇÃO

Os artigos 484 e seguintes do Código de Processo Penal retratam a maneira como deverá ocorrer a votação no plenário do tribunal do júri. Este deve ser iniciado com a leitura e explicação aos jurados, pelo juiz presidente, dos quesitos, sendo que esse procedimento poderá ser feito na presença do público presente em plenário, observando-se o princípio da publicidade (NUCCI, 2016).

Contudo, a explicação, quanto à significação jurídica de cada quesito, pode ser feita em sala secreta, em virtude de maior liberdade para fazer indagações, o que, em frente ao público, poderia causar constrangimento ao jurado, podendo prejudicar a formação de seu convencimento (NUCCI, 2016).

Em seqüência, inexistindo dúvidas a serem esclarecidas, o juiz, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o advogado do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial, conhecida como sala secreta, onde será realizada a votação. Não havendo sala especial, o juiz determinará que os presentes se retirem, podendo permanecer apenas os mencionados inicialmente, conforme preleciona o artigo 485, caput, e § 1º do Código de Processo Penal (BONFIM, 2015).

Os que forem autorizados pela lei a permanecer durante a votação serão advertidos pelo juiz presidente a respeito da impossibilidade de qualquer intervenção na votação, podendo o magistrado determinar que se retire da sala aquele que agir de forma inconveniente, conforme estabelece o artigo 485, § 2º do Código de Processo Penal (BONFIM, 2015).

A votação será realizada por meio de cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, onde cada cédula conterà uma palavra sim e outra não. Com o intuito de assegurar o sigilo das votações, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as que não foram utilizadas (BONFIM, 2015).

Após cada resposta dada aos quesitos, o juiz verificará as cédulas usadas nos votos e as que não foram utilizadas. O presidente determinará ao escrivão que registre em termo a votação de cada quesito, o resultado dessa votação, e também fará constar as cédulas não utilizadas (BONFIM, 2015).

O disposto no artigo 488 garante o sigilo das votações, pois não é divulgado o quórum total da votação, uma vez atingido mais de três votos, encerra-se a votação, não evidenciando assim como cada jurado votou (NUCCI, 2016). As decisões no tribunal do júri não exigem unanimidade, uma vez atingida à maioria, encerra-se a votação daquele quesito (BONFIM, 2015).

Observando a resposta dada a qualquer dos quesitos, em caso de o juiz verificar que ficaram prejudicados os demais quesitos, declarará e encerrará a votação, conforme artigo 490, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Terminada a votação, o termo

será assinado pelo juiz, pelos jurados e pelas partes (BONFIM, 2015).

Em vista disso, ao final da votação, sendo o réu absolvido, o crime desclassificado ou até mesmo condenado, não poderá o juiz presidente discordar da decisão e imputar definição jurídica diversa, pois nesse caso, tal competência cabe somente aos jurados, sob pena de interposição de recurso de apelação, nos exatos termos do art. 593, III, alínea 'b' do Código de Processo Penal. (BONFIM, 2015).

Se no decorrer da votação houver contradição entre as respostas dadas aos quesitos, o juiz explicando aos jurados no que consiste a contradição, submeterá novamente a votação os quesitos referentes a essas contradições (BONFIM, 2015).

Aqui se afigura o cerne da problemática trazida no presente trabalho, visto que, a partir do momento em que o juiz presidente, na figura de representante de Estado, diz que houve contradição quanto à votação, há de convir que o princípio da soberania dos veredictos e a íntima convicção não foram ponderados, uma vez que os jurados não fundamentam os seus votos, o que leva à conclusão de que não há que se falar em contradição.

4. A (IM) POSSIBILIDADE REQUESITAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

O sistema de quesitos adotado pelo Brasil atribui ao corpo de jurados a autonomia de votarem não apenas se baseando no que é explanado em plenário, mas também com sua íntima convicção. (LIMA, 2017).

Nessa perspectiva, como já visto alhures, o artigo 483 do Código de Processo Penal traz a ordem em que os jurados serão questionados e, em decorrência desse questionário, estão sendo levantadas pela doutrina e jurisprudência divergências acerca dos limites a serem observados no poder de decisão atribuído aos juízes leigos, principalmente no que se refere ao quesito absolutório, ainda que não seja ignorado o princípio da soberania dos veredictos. (NUCCI, 2016).

Nesse viés, no *Habeas Corpus* nº 350.895 – RJ, impetrado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, é observada uma relevante divergência com o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que considerou haver contradição nas respostas dos jurados e determinou que fosse realizada a requisição, na forma do artigo 490 do Código de Processo Penal (RANGEL, SOUZA, 2016).

Como consta no relatório, o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime descrito no artigo 121, §2º, II, c.c o art. 14, II e art. 29, todos do Código Penal. Os jurados foram submetidos a um novo questionário, oportunidade em que responderam afirmativamente o primeiro quesito, referente à materialidade; quanto ao segundo quesito, referente à

autoria, também responderam de forma positiva, mas ao julgarem o terceiro quesito, o genérico, com a indagação “o jurado absolve o acusado?”, o Conselho de Sentença votou favoravelmente, resultando na absolvição do réu, mesmo a tese defensiva em debates ter ser restringido à absolvição por negativa de autoria. (BRASIL. STJ, 2016).

A questão em tela abarca justamente a contrariedade promovida pelo artigo 490 do Código de Processo Penal, que autoriza a sujeição do acusado a um “novo” julgamento pelo mesmo conselho se sentença que o acabara de julgar.

Em seu voto, o Exmo. Ministro Nefi Cordeiro, entendeu ser possível a absolvição do réu, sendo reconhecida pelo júri a materialidade e a autoria delitiva, mas somente em caso de haver a existência de alguma tese absolutória diferente da negativa de autoria e de materialidade, senão a situação revelar-se-á como absolvição contrária à prova dos autos e os jurados não podem absolver fora das hipóteses legais. (BRASIL. STJ, 2016)

Contudo, alguns doutrinadores sustentam que o júri possui um poder de maior amplitude para julgar, quando o assunto gira em torno das hipóteses legais, tanto que um dos princípios que permeia o instituto é o da plenitude de defesa, que preconiza ser possível a defesa utilizar qualquer prova não proibida pelo direito, enquanto na ampla defesa, atinente aos demais ritos que não do júri, a defesa se restringe ao uso das provas permitidas pelo ordenamento jurídico pátrio (CAPEZ, 2014). Nesse sentido, há possibilidade dos jurados absolverem o réu por clemência, ou seja, conceder um perdão de modo a isentar inteiramente o culpado da pena ou moderar sua condenação, ainda que a defesa não a tenha sustentado, lembrando que essa tese não se enquadra no rol de hipóteses legais. (SILVEIRA, MALLET apud SILVA, 2018).

Em contrapartida, o Ministro Nefi, em seu voto no Habeas Corpus mencionado, sustenta que o que se chama de clemência é o simples impedimento a um segundo julgamento pelo júri, como no caso do réu ser absolvido mesmo diante das provas em sentido contrário e o Código de Processo Penal vedar nova apelação em caso de nova absolvição, conforme § 3º do artigo 593, do Código de Processo Penal, pois para ele não existe clemência no direito. (BRASIL. STJ, 2016).

Sob outra ótica, o Ministro Antonio Saldanha Palheiro pondera que, com a reforma do Código de Processo Penal proveniente da Lei 11.689/08, houve uma desvinculação entre a votação dos quesitos técnicos elaborados com base no que foi apresentado pela acusação e no que foi sustentado pela defesa, o que permitiu ao jurado votar “não” a qualquer dos dois primeiros quesitos obrigatórios, e absolver o acusado, ainda que acredite que ele tenha sido o responsável pela conduta criminosa, mesmo sem o amparo de qualquer tese defensiva. Dessa forma, o jurado ao responder “sim” ao quesito genérico, mesmo reconhecendo autoria e materialidade, está privilegiando a sua própria e íntima convicção, ainda que não seja a mais racional (BRASIL. STJ, 2016).

Além disso, o fato de os jurados não motivarem o veredicto, respondendo apenas “sim” ou “não” para indagações técnicas, torna mais difícil a impugnação na via recursal,

por não se ter conhecimento das razões que motivaram o júri a optar pela absolvição (LOPES, 2014).

Ainda no mesmo julgamento, o Ministro Rogério Schietti Cruz argumentou que após a vigência da Lei 11.689/08 a quesitação não foi apenas simplificada, mas passou a permitir ao jurado absolver o acusado com base em sua convicção íntima e sem se vincular às provas trazidas pelas partes, e que se o constituinte consagrou esse instituto no capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, assegurando expressamente a soberania dos

veredictos, inovou ao fazer constar o quesito genérico sobre a absolvição, devendo ser respeitada a decisão de absolvição do acusado por ser soberana, não podendo ela ser examinada por juízes togados em recurso de apelação. (BRASIL. STJ, 2016).

Com base nas argumentações analisadas, percebe-se que o entendimento de que o Júri não pode absolver o acusado pelo quesito genérico do artigo 483 do Código de Processo Penal, caso reconheça a materialidade e autoria, se choca frontalmente com as determinações do artigo 483 do Código de Processo Penal, pois, conforme o seu § 2º, mesmo diante da resposta afirmativa dos jurados, por maioria, aos quesitos da materialidade e autoria, o juiz presidente deve formular o terceiro quesito: o jurado absolve o réu? (BRASIL, 1941). Vale asseverar que o dispositivo em análise não faz qualquer ressalva sobre o fato de os jurados rejeitarem a tese de negativa de autoria e por isso serem impedidos de responderem ao quesito absolutório, o que denota uma falácia do art. 490 ao permitir a requisição com base numa suposta contradição autorizada pela própria lei.

Nessa perspectiva:

[...]

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. AUTORIA E MATERIALIDADE RECONHECIDAS. CONTRADIÇÃO COM O QUESITOR DA ABSOLVIÇÃO GENÉRICA. QUESITO OBRIGATÓRIO. SÚMULA 83 DO STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O art. 483, III do CPP, após a alteração promovida pela Lei 11.689/2008, prevê o quesito de absolvição genérica, independentemente da tese sustentada pela defesa em plenário.

2. Trata-se de quesito obrigatório, não se revelando contraditório com a resposta afirmativa ao primeiro e segundo quesitos de materialidade e autoria.

[...]

(AgRg no REsp n. 1.215.688/DF, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 3/11/2015)

Sendo assim, releva-se incoerente, sob o manto da plenitude de defesa e soberania dos veredictos, o fato de os jurados somente serem questionados sobre o quesito genérico se tiverem votado afirmativamente sobre a autoria e a materialidade, mas

tiverem outra possibilidade advinda de outras teses absolutórias aventada nos autos, como uma excludente de ilicitude por exemplo.

Nessa mesma perspectiva, outro *Habeas Corpus* (n. 276.627/RJ) de relatoria do então Ministro Sebastião Reis Junior, impetrado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro em decorrência de aparente contradição, trouxe a tese de absolvição por clemência, pois em plenário os jurados reconheceram a materialidade e a autoria, mas ao votarem o quesito genérico de absolvição responderam afirmativamente. (BRASIL. STJ, 2016).

Nota-se que é possível sim o Tribunal do Júri absolver o acusado com base na clemência, pois o jurado é orientado por sua íntima convicção e não estão vinculados à razões legais, podendo se valer do seu senso de justiça e decidir o caso consoante sua livre consciência, descabendo submetê-los a votar novamente certas proposições em virtude de aparente contradição (COSTA, 2016).

Para fomentar ainda mais o debate, Guilherme de Souza Nucci (2016), defende que a aplicabilidade do artigo 490 do Código de Processo Penal, isto é, a submissão dos jurados à nova votação no tocante à contradição de suas respostas, é inviável, pois é de competência do juiz presidente evitar qualquer contradição no momento em que são elaborados os quesitos e, caso isso ocorra, a contradição teria sido implantada por ele mesmo, não sendo de responsabilidade do Conselho de Sentença, o que revela ser absurda a imposição preceituada no artigo 490 do Código de Processo Penal. Além do mais, em respeito ao princípio da soberania dos veredictos, considerando que os jurados são leigos e não estão vinculados a decisões legais, se valendo somente do senso de justiça que lhes pertence, mostra-se absurdo o fato de obrigá-los a votar novamente quando já se relevaram aptos para julgarem e externaram seus votos. (NUCCI, 2016).

Em contrapartida, Aury Lopes Júnior (2014) faz uma dura crítica à instituição do júri, pois a motivação nas decisões judiciais serve para um controle da racionalidade da decisão, não se exigindo plena demonstração de saber jurídico, mas sim, de explicitar o que levou o julgador a tal conclusão. Com essa argumentação, conclui que a falta de motivação vigente nas decisões do tribunal do júri é absolutamente ilegítima aos olhos de um Estado Democrático de Direito. (LOPES, 2014).

Os jurados podem então decidir completamente fora da prova dos autos sem que nada possa ser feito. Possuem o poder de tornar o quadrado, redondo, com plena tolerância dos Tribunais e do senso comum teórico, que se limita a argumentar, fragilmente, com a tal “supremacia do júri”, como se essa fosse uma “verdade absoluta”, inquestionável e insuperável (LOPES, 2014, p. 771).

Diante disso, os posicionamentos acerca do tema não são pacíficos, doutrinadores e as instâncias superiores não chegaram a um consenso sobre o referido tema, mas analisando a historicidade da instituição do júri e os caminhos que tomaram até chegar ao que se conhece hoje, há de se levar em conta que a essência do tribunal do júri é a

participação do povo que não se prende apenas ao que está positivado no poder judiciário, mas também, à sua íntima convicção e às suas próprias razões, podendo absolver ou condenar o réu, fazendo jus aos princípios da soberania dos veredictos e da plenitude de defesa, responsáveis por balizarem à instituição em estudo.

5. CONCLUSÃO

Ao analisar o Tribunal do Júri, observa-se que grandes são as peculiaridades que cercam essa instituição, uma vez que não é atribuído ao juiz na figura do Estado julgar aquele que tenta contra a vida de outrem.

O presente artigo buscou demonstrar a evolução histórica do júri, visto que o referido instituto é umas das entidades mais antigas que se tem (NUCCI, 2016).

Evoluindo historicamente, chegando ao Brasil e passando por todas as Constituições até a Carta Magna vigente, o Júri foi reconhecido e junto com ele foram instituídos princípios constitucionais que o regulam, entre eles a soberania dos veredictos e plenitude da defesa (NUCCI, 1999).

Assim, com as constantes mudanças que o Júri sofreu, o Código de Processo Penal passou definir a maneira como os jurados seriam questionados e com a reforma do referido Código advindo da Lei 11.689/2008, simplificou ainda mais essa quesitação (LIMA, 2017), trazendo o quesito genérico, ao perguntar “O jurado absolve o acusado?”, sendo indagados após o reconhecimento da materialidade e autoria do fato não importando o que tenha sido debatido em plenário (NUCCI, 2016).

Diante dessa nova sistemática, atribuiu aos jurados a possibilidade de absolver o réu exclusivamente com base na sua íntima convicção não se baseando apenas nas teses defensivas (LIMA, 2017), por essa razão passou a discutir acerca dos limites no poder de decisão dos jurados, no que se refere ao quesito absolutório (NUCCI, 2016)

Nesse sentido, teve por objetivo compreender a possibilidade dos jurados reconhecerem a autoria, mesmo que a única tese absolutória seja a negativa de autoria e ainda assim os jurados absolverem o acusado, abarcando justamente a contrariedade trazida pelo artigo 490 do Código de Processo Penal.

Dado isso, ao analisar essa possibilidade de absolvição, o *Habeas Corpus* nº 350.895 – RJ trouxe uma discussão a respeito do assunto, no sentido que não é possível submeter os jurados a responder um novo questionário, pois com a reforma do Código de Processo Penal, os jurados não respondem aos quesitos de forma técnica, o que dá a eles a possibilidade de reconhecer materialidade e autoria e ainda assim absolver o réu, priorizando a sua íntima convicção (BRASIL, STJ, 2016).

Sendo assim, ao analisar a temática do presente artigo, sobre a (im) possibilidade

de expor os jurados a um novo questionário em decorrência da contrariedade da votação, se questiona até onde os princípios são respeitados frente a um veredicto diferente do que é sustentado em plenário pela acusação e até mesmo pela defesa. Pois a possibilidade de se requisitar novamente com base numa contradição levantada em face da decisão diferente das provas dos autos é absurda, pois a decisão dos jurados não está vinculada a decisões legais, se valendo somente do senso de justiça que julgam corretos.

Diante de todo o exposto, é possível identificar que o artigo 490 do Código de Processo Penal se diverge diretamente com o que determina o artigo 483, §2º do referido Código, pois diante da resposta afirmativa dos jurados aos quesitos da materialidade e autoria, obrigatoriamente deve o juiz formular o quesito genérico, ressaltando que o dispositivo citado não faz qualquer ressalva sobre o fato de os jurados rejeitarem a tese de negativa de autoria impedir a formulação do quesito absolutório, o que mostra um erro do artigo 490 ao permitir a requisição com base numa suposta contradição autorizada pela própria lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Guido. Quesitos no júri. São Paulo, 2000. p. 34 – 49.

BONFIM, Edmilson Mougnot. Curso de processo penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Decreto – Lei n. 2.848, 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL, Decreto – Lei n. 3.689, 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 25 mai. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 276.627 – RJ (2013/0294836-2). Sexta Turma. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento em 25 nov. 2013. Dje, 27 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 350.895 – RJ (2016/0061223-6). Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Nilson Felix da Silva. Sexta Turma. Relator (a):

Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília. 16 de maio de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739323/habeas-corpus-hc-350895-rj-2016-0061223-6/inteiro-teor-465739333>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

DA COSTA, Lucas Sales. Da obrigatoriedade do quesito genérico absolutório no âmbito do tribunal do júri. Revista de Doutrina e Jurisprudência, v. 107, n. 2, p. 188-197, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LUZ, Delmar Pacheco. Tribunal do júri: a nova quesitação. Revista do Ministério Público do RS, n. 70, p. 11 – 32, 2011.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte especial. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2.

NASSIF, Aramis. Juri o dogma da soberania dos veredictos, 2018. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/juri-o-dogma-da-soberania-dos-veredictos>>. Acesso em: 21 mai. 2019

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Júri: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. Tribunal do júri. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

RANGEL, Emanuel Queiroz; SOUZA, Ricardo André. Julgamento do STJ será decisivo para soberania dos veredictos do júri. Revista Consultor Jurídico, 2016.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 22. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

SILVEIRA, Edson Damas; MALLETT, Luiz Fernando Castanheira. A soberana virtude da clemência proclamada pelo tribunal do júri e seus contornos. Dom Helder Revista de Direito, v. 1, n. 1, p. 79-91, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

BRASÍLIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal do júri. Disponível em: <https://www2.tjdft.jus.br/imp/docImp/TRIBUNALDOJURI_comofunciona.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2019.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. O tribunal do júri e suas origens, 2016. Disponível em:
<<https://canalcienciascriminais.com.br/tribunal-juri-origens/>>. Acesso em: 21 mai. 2019



VOLTAR AO
SUMÁRIO

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO SISTEMA DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

Elisângela Pontes, Flaynna de Albuquerque Gaia e Michelle Moreira

Orientador Prof. Me João Carlos Souto

RESUMO

O controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário tem suscitado grande debate quanto aos seus limites, principalmente devido a decisões polêmicas tomadas pelo STF. O Legislativo, visando à limitação desse controle, tem apresentado Propostas de Emenda à Constituição no Congresso Nacional. Este texto analisa três dessas propostas: a PEC 82/2019, a PEC 88/2019 e a PEC 109/2019.

Palavras-chaves: controle de constitucionalidade; ativismo judicial; constituição; separação dos poderes.

1. INTRODUÇÃO

Nosso ordenamento jurídico adota o Sistema de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*), também conhecido como Teoria da Separação dos Poderes. Essa teoria foi consagrada pelo pensador francês Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu, na sua obra “O Espírito das leis”. Segundo o pensamento de Montesquieu, nesse sistema, os poderes do Estado seriam divididos em Legislativo, Executivo e Judiciário. De acordo com sua obra:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.¹

A aplicação da Teoria se dá no controle do poder pelo próprio poder. Segundo José Afonso da Silva:

Os trabalhos do Legislativo e Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.²

Destarte, cada Poder teria autonomia para exercer sua função - a qual chamamos de função típica - porém de forma controlada. Mesmo que cada poder seja independente e autônomo, ele deve trabalhar em harmonia com os demais Poderes, consolidando o estabelecido no art. 2º da Constituição Federal de 1988³.

Quando constatado um suposto abuso de um dos Poderes em relação aos seus limites e competências, o sistema legal e a Constituição preveem mecanismos de controle. Entre eles, podem ser citados o veto, pelo Executivo, e a ação direta de inconstitucionalidade. Esta visa atuar no chamado controle direto da constitucionalidade das leis e atos normativos, exercido perante o Poder Judiciário e, mais especificamente, se no exercício do controle concentrado, perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF).

¹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes. 1996. pp. 167-168.

² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. São Paulo: Malheiros Editores. 2005. p. 111.

³ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O controle de constitucionalidade nasceu nos Estados Unidos da América e foi inaugurado no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803. Segundo Souto⁴, ele “é fruto da argúcia de John Marshal, que, com seu voto (*opinion*), tornou possível ao Judiciário controlar os atos dos demais Poderes e inclusive julgá-los nulos e sem efeitos, sempre que restasse presente a contrariedade ao Texto Magno”. Com o voto de Marshal, foi inaugurado o controle difuso de constitucionalidade das leis, que foi incorporado às constituições de diversos países, entre eles o Brasil, a partir de 1891.

Segundo Mendes⁵, o ordenamento jurídico brasileiro adota um modelo misto de controle de constitucionalidade, congregando o controle difuso (também chamado de modelo americano), com o controle concentrado (modelo austríaco ou europeu). O controle difuso permite que qualquer órgão judicial com a atribuição de aplicar a lei a um caso concreto afaste a sua aplicação se a considerar incompatível com Constituição. Já no controle concentrado, o julgamento das questões constitucionais é atribuído a um órgão superior, a uma Corte Constitucional. No caso brasileiro, essa corte é representada pelo STF, mas os demais órgãos do Judiciário podem realizar o controle de constitucionalidade difuso.

O Poder Judiciário brasileiro tem vivenciado nos últimos anos questionamentos no que se refere a sua competência em relação ao controle de constitucionalidade. No Brasil, a Constituição não autoriza de forma explícita o controle judicial preventivo, mas tanto o controle difuso quanto o controle concentrado são de competência do Judiciário.

Mas o Poder Legislativo tem apresentado sérias divergências em relação às decisões tomadas pelo STF, principalmente, quando envolve questões que ainda não foram deliberadas pelo Congresso Nacional. Os temas que tem levado o STF a se manifestar são considerados polêmicos e as Casas legislativas não conseguem chegar a um consenso na elaboração de leis que venham a determinar procedimentos que devam ser observados por todos os cidadãos e instituições que compõem o Estado brasileiro dentro de um período razoável.

Podemos mencionar alguns desses temas e que foram alvo de fortes questionamentos como o conflito envolvendo terras indígenas. Um caso bastante conhecido foi o da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (Petição (PET) 3388) localizada no noroeste do Estado de Roraima, que, no dia 19 de março de 2009, levou o STF a tomar decisão pela homologação da posse definitiva da terra aos povos indígenas que habitam aquela região. O conflito se arrastava há quase quatro décadas e senadores, deputados federais, o governo do estado de Roraima e o Governo Federal não conseguiram chegar a um entendimento e à normatização da questão. O caso teve como relator o ministro

⁴ SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 96.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 1158-1160.

Carlos Ayres Britto, que foi o responsável pela redação final do Acórdão, que teve 19 ressalvas fixadas.

Outra polêmica foi a decisão do STF sobre a interrupção de gravidez de feto anencéfalo ocorrida no dia 12 de abril de 2012 e que teve como relator o ministro Marco Aurélio. Por maioria de votos, o Plenário do STF julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. A Corte decidiu que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não pode sequer ser chamada de aborto. Na prática, os ministros descriminalizaram o ato de colocar fim à gravidez nos casos em que o feto não tem o cérebro ou a parte vital dele, no que alguns ministros chamaram de o “julgamento mais importante de toda a história da corte”.

Apesar de serem temas considerados relevantes por parte da sociedade, ambos os casos e vários outros suscitaram uma antiga resistência política sobre o controle de constitucionalidade em nosso País. Alguns parlamentares não só apenas questionam o limite e a competência do Poder Judiciário, como têm apresentado propostas legislativas que visam limitar o poder do STF.

As próximas seções deste trabalho tratam de três iniciativas legislativas que se encontram em tramitação e que procuram modificar o controle de constitucionalidade. São elas: a PEC 82/2019, a PEC 88/2019 e a PEC 109/2019.

2. PEC 82/2019

A Proposta de Emenda à Constituição - PEC 82/2019 é de autoria do senador Oriovisto Guimarães (PODEMOS/PR). Ela modifica os arts. 93, 97 e 102 da Constituição Federal, para disciplinar os pedidos de vista nos tribunais e dispor sobre a declaração de inconstitucionalidade e a concessão de cautelares por tribunais.

A PEC procura evitar as decisões monocráticas. Para isso, propõe alteração no art. 97 da Constituição⁶ com o acréscimo dos seguintes parágrafos:

§ 1º O disposto no caput aplica-se igualmente às cautelares ou outras decisões de qualquer natureza que suspendam, com efeitos erga omnes, com ou sem redução de texto, a eficácia de lei ou ato normativo, vedada, sob pena de nulidade, sua concessão por decisão monocrática.

⁶ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

§ 2º Formulado, durante período de recesso, pedido de cautelar ou de qualquer outra decisão cujo atendimento implique, com ou sem redução de texto, a suspensão da eficácia de lei ou ato normativo nos termos do § 1º, o Presidente do Tribunal, no caso de grave urgência e perigo de dano irreparável, deve convocar extraordinariamente os demais membros do plenário ou do órgão especial, para decidirem sobre o pedido.

§ 3º As decisões definitivas de mérito em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão só podem ser tomadas pelo voto de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.

A PEC em comento limita a concessão de medidas cautelares pelo Presidente do STF; impede a concessão de liminares e cautelares de forma monocrática em procedimento de controle concentrado de constitucionalidade; determina que o mérito da ação em que concedida eventual liminar ou cautelar seja julgado em no máximo quatro meses, sob pena de perda da eficácia da decisão; restringe a extensão do pedido de vista e limita a cognição sumária em processos que versem sobre os temas que estabelece.

2.1 JUSTIFICATIVA

Na justificação da proposta, argumenta-se que a possibilidade de concessão de medidas cautelar em processos de controle abstrato de constitucionalidade é prática pouco comum no direito comparado, tendo em vista o impacto negativo na segurança jurídica que uma decisão dessa natureza pode gerar. Além disso, aponta-se que a possibilidade de concessão de medidas cautelares monocráticas é prática ainda menos comum. No caso da prática do STF, isso gerou situações em que emendas constitucionais e leis foram suspensas por decisões individuais durante anos sem que tenham sido apreciadas pelo Plenário do STF.

2.2 INFORMAÇÕES DA TRAMITAÇÃO

A PEC 82/2019 foi apreciada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), na qual foram oferecidas seis emendas, e no plenário do Senado acabou sendo rejeitada, em 3 de setembro, por 38 votos favoráveis e 15 contrários. Como o quórum para a aprovação é de três quintos dos senadores (49 votos favoráveis), o texto acabou sendo rejeitado, após a mudança da orientação de voto do governo, que recomendou o voto contrário dos senadores. Mas na CCJ foram apresentadas emendas e o relator, Senador Esperidião Amin, também propôs alterações que acabaram melhorando a proposta sem perder o seu propósito inicial.

Além de oferecer nova redação para a ementa da PEC, o relator na CCJ, senador

Esperidião Amin (PP/SC), concordou com a supressão da necessidade dos votos de dois terços do STF no caso de controle abstrato de constitucionalidade — ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Amin também deixou claro as excepcionalidades em que poderá ser proferida decisão em processo em andamento no STF durante o recesso do Judiciário. Elas são limitadas, por exemplo, a casos de dano irreparável a políticas públicas e que criem despesas para qualquer Poder. Ainda assim, o Plenário da Corte terá que ser convocado em até 30 dias para votar a cautelar ou a decisão que suspenda a eficácia de lei ou ato normativo, sob pena de perder seus efeitos.

Por fim, o relator concordou que as novas regras entrem em vigor imediatamente após a promulgação da emenda constitucional e que sejam aplicáveis também aos pedidos de vista e às decisões cautelares em processos em andamento. No relatório e mesmo na proposta original, as mudanças processuais não valeriam apenas para os novos processos.

A ideia original da PEC é diminuir a possibilidade de decisões cautelares monocráticas dos membros dos tribunais, tendo em vista o princípio da colegialidade. Dessa maneira, também os atos do Poder Executivo somente poderão ser suspensos cautelar ou definitivamente por uma decisão colegiada, em homenagem à separação de poderes e ao princípio democrático.

Com a relatoria do senador Amin, que é um experiente advogado, professor direito e parlamentar que já passou pelas duas Casas do Congresso, essa PEC avançou rapidamente e o debate foi considerado oportuno, pois vários pontos de vista foram considerados e esteve presente a preocupação com o limite entre os poderes, ou seja, até onde o Poder Legislativo pode interferir nos procedimentos do Poder Judiciário.

Foi o que ficou claro quando o senador Renan Calheiros voltou a criticar o texto, como vinha fazendo desde que iniciaram as sessões de discussão em Plenário. Para ele, o momento é sensível e o texto despropositado, porque poderia ser visto como interferência do Congresso no Poder Judiciário. Mas, para o relator, a PEC não subtraía prerrogativas do Poder Judiciário, mas o enaltecia em vez de privilegiar as decisões monocráticas.

3. PEC 88/2019

Nesse mesmo contexto, foi proposta pela deputada Chris Tonietto (PSL-RJ), a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n 88/2019, que tem como objeto a alteração do inciso V do art. 49 da Constituição Federal, para estender ao Poder Judiciário a competência do Congresso Nacional de sustar os atos que exorbitem seu poder regulamentar, os

limites de delegação legislativa, ou violem a competência exclusiva do Poder Legislativo. Atualmente, essa limitação imposta pelo Congresso se aplica somente aos atos do Poder Executivo. A redação proposta é a seguinte:

V – sustar os atos do Poder Executivo ou do Poder Judiciário que exorbitem seu poder regulamentar, os limites de delegação legislativa, ou violem a competência exclusiva do Poder Legislativo.

3.1 JUSTIFICATIVA

A justificação da proposta da deputada menciona o Sistema de Freios e Contrapesos presente no nosso ordenamento jurídico, ressaltando que o “Estado Democrático de Direito somente pode existir se cada um de seus poderes agir estritamente no seu âmbito de atuação, não interferindo nas competências constitucionais e infraconstitucionais conferidas a outro poder”. É mencionado na referida proposta, ainda, que alteração se faz necessária tendo em vista o chamado “ativismo judicial” protagonizado, principalmente, pelo STF, o qual tem excedido sua competência e exercido uma função típica do legislativo: legislar.

3.2 ANÁLISE DA PROPOSTA

O assunto decorre da criminalização da homofobia, que foi votada e aprovada pela maioria do plenário do STF, resultado de dois processos (ADO 26 e MI 4733). Dez dos onze ministros reconheceram haver uma demora inconstitucional do Legislativo em tratar do tema. Apenas Marco Aurélio Mello discordou. Diante desta omissão, por 8 votos a 3, os ministros determinaram que a conduta passe a ser punida pela Lei de Racismo (7.716/89), que hoje prevê crimes de discriminação ou preconceito por “raça, cor, etnia, religião e procedência nacional”, até que o Congresso aprove norma criminalizando atos de preconceito em razão da orientação sexual.

Temos uma sociedade complexa, em constantes transformações, que reivindica seus direitos - no caso, o direito de não sofrer discriminação, presente nos objetivos principais da República Federativa do Brasil conforme presente no art. 3º, Inciso IV da Constituição Federal: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; bem como o constante no art. 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, o qual diz que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Entretanto, o Poder Legislativo - responsável por exercer a função de criar novas leis que atendam ao interesse público e visem preservar a dignidade da pessoa humana - ainda não criou uma lei específica em relação a homofobia, que se traduz na intolerância, discriminação, ofensa ou qualquer manifestação de repúdio à homossexualidade e

à homoafetividade, e que se trata de uma violação do Direito Humano fundamental de liberdade de expressão da singularidade humana.

Como o assunto ainda não foi disciplinado em lei pelo Poder Legislativo, mesmo após mais de trinta anos da promulgação da Constituição, o ministro Gilmar Mendes, durante a votação da decisão, ressaltou que:

A ausência de criminalização acaba contribuindo para restrições de direitos fundamentais. Essa inegável insuficiência sugere que as violações contra grupos LGBTs (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgênero), que vivem em um alarmante estado de perigo, demandam uma ação imediata.⁷

Ainda, Mendes afirmou que a demora “histórica e sistêmica” do Legislativo cria a possibilidade de o Judiciário agir para suprir essa lacuna e fazer cumprir uma ordem constitucional.

Por outro lado, temos que o simples transcurso do tempo não é suficiente para configurar o requisito da mora legislativa para a omissão inconstitucional. Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade por omissão, a possibilidade de o Supremo ir além de fazer o apelo ao legislador (através da declaração da mora legislativa constante no artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição) deve ser utilizado como forma de estimular a atuação do Legislativo, não de superá-la.

A definição de crime, no Estado de Direito, depende de uma positivação (princípio da legalidade), ou seja, deve constar em um instrumento normativo, conforme prega o art. 1º do Código Penal, o qual diz que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Destaca-se ainda que a interpretação da norma incriminadora não pode se dar de forma extensiva, como se deu no referido caso concreto. Dessa forma, temos que o STF acabou criando um precedente perigoso ao criar um novo tipo de crime, função que cabe exclusivamente ao Congresso, dentro dos devidos trâmites do processo legislativo.

Assim sendo, a intenção da Proposta de Emenda à Constituição n 88/2019 visa possibilitar a efetivação do Sistema de Freios e Contrapesos e impedir esse suposto “ativismo judicial”, que extrapola os limites e competências impostos ao STF pela Constituição Federal.

3.3 INFORMAÇÕES DA TRAMITAÇÃO

A referida proposta foi devolvida à autora em 10 de junho de 2019, por não atender aos requisitos formais, tendo em vista não conter o número mínimo de assinaturas

⁷ BARIFOUSE, Rafael. STF aprova a criminalização da homofobia. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em: 31 de agosto de 2019.

indicado no inciso I do art. 60 da Constituição Federal⁸, combinado com o inciso I do art. 201 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados⁹.

4. PEC 109/2019

A PEC 109/2019 também visa à modificação do controle de constitucionalidade. Ela foi proposta pela senadora Simone Tebet (MDB/MS) e procura impor a necessidade da demonstração de existência de controvérsia constitucional relevante como condição para a admissão da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF. Ela busca acrescentar mais um parágrafo, o 4º, ao art. 102 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

§ 4º Na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, o autor deverá demonstrar a existência de controvérsia constitucional relevante e atual, nos termos da lei, a fim de que o Supremo Tribunal Federal examine sua admissão, somente podendo recusá-las pela manifestação da maioria absoluta de seus membros.

4.1 JUSTIFICATIVA

Na justificação da PEC, é destacado que a Constituição de 1988, em seu art. 103, ampliou o rol dos legitimados a propor essas duas ações, cuja propositura antes era prerrogativa apenas conferida ao Procurador-Geral da República. Hoje, são legitimados, entre outros, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e Governador de Estado ou do Distrito Federal. Isso contribui para que o STF fique sobrecarregado, sendo a Suprema Corte que mais julga no mundo. Segundo dados da proposta, “em 2018, foram proferidas mais de 14 mil decisões colegiadas”.

4.2 ANÁLISE DA PROPOSTA

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 também procurou contornar o problema da “crise numérica” do STF, como é chamada por Mendes. Ela acrescentou ao art. 102 da Constituição Federal um parágrafo estabelecendo a necessidade de demonstração de repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário pelo STF. Segundo

⁸ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal”.

⁹ “Art. 201. A Câmara apreciará proposta de emenda à Constituição: I - apresentada pela terça parte, no mínimo, dos Deputados; pelo Senado Federal; pelo Presidente da República; ou por mais da metade das Assembleias Legislativas, manifestando-se cada uma pela maioria dos seus membros”.

Mendes¹⁰, “a expressividade do recurso extraordinário no universo da atividade judicante do STF é gigantesca”, contribuindo bastante para a sobrecarga de processos distribuídos no Supremo.

Moreira Alves, conforme citado por Mendes, ao tratar da “crise do extraordinário”, diz que:

No passado, quando se falava em crise do Supremo Tribunal Federal – e que, na verdade, era mais propriamente a crise do Recurso Extraordinário – em face da multiplicidade de causas que iam chegando anualmente numa progressão que de aritmética já se estava tornando quase uma progressão geométrica, ele, pouco a pouco, tomou certas iniciativas para tentar conter a marcha evolutiva desses números para que pudesse atuar realmente como Corte Suprema, como grande Corte da Federação.¹¹

No caso da PEC aqui discutida, o problema seria enfrentado limitando o número de processos relacionados à ação direta de constitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade. De acordo com a Justificação, o STF teria a possibilidade de administrar a sua agenda de maneira mais efetiva, atendendo somente às demandas mais relevantes da sociedade e dos demais Poderes.

Entretanto, essas ações que sofreriam limitação fazem parte da competência originária do Supremo, não sendo apreciadas por outros órgãos do Judiciário. Já os recursos extraordinários fazem parte da competência recursal, de forma que já foram alvo de decisão judicial. Assim, caso o STF decidisse que não apreciaria determinada ação direta de constitucionalidade, por exemplo, isso poderia ferir o que diz o inciso XXXV do art. 5º da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, uma vez que essa ação não seria apreciada por nenhum outro órgão do Judiciário.

4.3 INFORMAÇÕES DA TRAMITAÇÃO

A PEC 109/2019 foi encaminhada à CCJ e aguarda o relatório do Senador Espiridião Amin (PP/SC), que é o seu atual relator. Ela também passará por discussões na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, de forma que questões como a que foi aqui levantada, certamente, serão debatidas. Há ainda um longo caminho pela frente até a sua eventual aprovação.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 1262.

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. Poder Judiciário. RT, 1997. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 1080.

5. CONCLUSÃO

Ser o detentor do controle de constitucionalidade representa ter um poder muito grande em suas mãos, representa poder examinar os atos dos demais Poderes e julgá-los nulos, sempre que contrariem a Constituição. Por essa razão, em torno desse controle, sempre surgiram muitos questionamentos e embates. Nesse contexto, vemos que o Poder Legislativo tem tentado por meio de diversas propostas alterar a forma como esse controle é exercido pelo Judiciário.

As PECs tratadas neste trabalho são apenas alguns exemplos de iniciativas legislativas em tramitação que procuram de alguma forma alterar o controle de constitucionalidade brasileiro. Muitas outras já foram propostas e outras ainda serão, dado que este tema é alvo de grande disputa por parte dos Poderes do Estado, especialmente nos tempos atuais, em que o Judiciário vem sendo acusado de “ativismo judicial”, de exceder as suas competências e de legislar (como nos já citados casos da interrupção de gravidez de feto anencéfalo e da criminalização da homofobia).

Para Oliveira¹², essa questão tem estado presente na história do Poder Judiciário e se intensificou com a Constituição de 1988, que trouxe o STF para o centro da atuação nas decisões de toda ordem, cabendo a ele a última interpretação do que diz a Carta Política. Contribui também para isso “o vazio jurídico deixado pelos outros poderes, sobretudo o Legislativo”, e o fato de que “a larga maioria dos direitos expressos na Constituição Federal de 1988, individuais e coletivos, já foi objeto de litígios judiciais”.

Sobre o tema, Barroso afirmou que:

Questões como pesquisas com células-tronco embrionárias, cotas raciais para ingresso nas universidades públicas e demarcação de terras indígenas, para citar três exemplos, tiveram o seu último capítulo perante a corte suprema, mas o fato de haver judicialização não se confunde com ativismo judicial.¹³

Segundo ele, o STF exerce o controle de constitucionalidade com parcimônia e autocontenção.

O fato é que não há espaço vazio nas relações de poder. Quando não vê o Poder Legislativo respondendo às suas necessidades dentro de um período razoável, regulando questões caras para as suas vidas, a sociedade, por meio dos seus legitimados, provocará o Poder Judiciário ou o Poder Executivo para buscar respostas concretas. O Judiciário

¹² OLIVEIRA, Tânia. O discurso na construção da criminalização da política na legislação brasileira – da ficha limpa à delação premiada. 1. ed. São Paulo: Fontenele Publicações. 2018. p. 35.

¹³ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Judicialização não se confunde com ativismo judicial, afirma Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-07/judicializacao-nao-confunde-ativismo-judicial-barroso>. Acesso em: 3 de setembro de 2019.

tem atuado de forma a suprir essas lacunas. Em caso de extrapolação ou excesso da judicialização, temos o Sistema de Freios e Contrapesos que pode ser acionado pelos outros poderes para que haja a devida moderação de atuação.

No entanto, a questão é bastante polêmica, com bons argumentos de ambos os lados. É preciso acompanhar o andamento das propostas aqui citadas e de outras iniciativas legislativas para saber como será o futuro do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARIFOUSE, Rafael. STF aprova a criminalização da homofobia. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em: 31 de agosto de 2019.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

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

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição Nº 88/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1757801&filename=PEC+88/2019. Acesso em: 31 de agosto de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, Tânia. O discurso na construção da criminalização da política na legislação brasileira – da ficha limpa à delação premiada. 1. ed. São Paulo: Fontenele Publicações, 2018.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Judicialização não se confunde com ativismo judicial, afirma Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-07/judicializacao-nao-confunde-ativismo-judicial-barroso>. Acesso em: 3 de setembro de 2019.

SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição Nº 82/2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7956312&ts=1567032659873&disposition=inline>. Acesso em: 31 de agosto de 2019.

SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição Nº 109/2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7977795&ts=1564488486674&disposition=inline>. Acesso em: 1 de setembro de 2019.

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

SOUTO, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.



VOLTAR AO
SUMÁRIO

EXPOSIÇÃO ORAL SOBRE (IN)SANABILIDADE DE VÍCIOS NOS RECURSOS

Lenda Tariana Dib Faria Neves ¹

INTRODUÇÃO

O juízo de admissibilidade, como é comecinho em direito, examina a presença dos requisitos necessários a sua interposição do recurso.

A essência do juízo de admissibilidade, pode-se assim dizer, é a verificação da existência ou não dos requisitos necessários para que o órgão competente possa legitimamente **exercer sua atividade cognitiva, no tocante ao mérito do recurso**.

Pretende-se, assim, fazer uma reflexão sobre um tema pontual: até que ponto é possível (i) se relativizar a ausência dos requisitos de admissibilidade dos recursos junto aos tribunais superiores? e (ii) se justifica, de fato, por parte dos tribunais superiores, a imposição de restrições mais rigorosas ao exame do mérito recursal - a chamada "jurisprudência defensiva".

Como é admissibilidade dos recursos no nosso ordenamento jurídico e como ela acontece no mundo?

Tais reflexões se mostram necessária porque, existe posição doutrinária que aponta para a necessidade de se privilegiar a análise do mérito do recurso, em detrimento das exigências processuais. Haveria assim que se relativizar ao máximo os requisitos de admissibilidade.

De outro lado, há, por parte dos Tribunais, uma firme jurisprudência defensiva, que acaba por interpretar com rigor excessivo os requisitos de admissibilidade, criando até mesmo uma falsa ideia de que tais requisitos são danosos para o sistema jurídico, na medida em que fazem com que o processo tenha mais importância do que o direito material.

Antes do enfrentamento dessas questões, será imperioso compreender e contextualizar adequadamente os requisitos de admissibilidade, de acordo com o necessário rigor científico.

¹Advogada, Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento
Roteiro da exposição oral realizada na Faculdade UDF no dia 04 de novembro de 2019.

1. DUPLO EXAME DOS RECURSOS

Por ser ato postulatório, o recurso sujeita-se necessariamente a um duplo exame. O primeiro, destinado à verificação da presença das condições impostas pela lei processual para a sua utilização; e o segundo a apreciar o fundamento da impugnação, para acolhê-la, se fundada, ou rejeitá-la, caso contrário.

Essa circunstância não é peculiar aos recursos, mas dos atos postulatórios de um modo geral. Examina-se, inicialmente, se é possível a formulação da pretensão e, sendo esse exame positivo, passa-se então para a análise da pretensão propriamente dita¹.

2. PRESSUPOSTOS PROCESSEUAIS E CONDIÇÕES: ORIGEM - MODIFICAÇÕES DO CPC 73

Aqui, necessário um desvio no raciocínio para abordar mudança trazida pelo Novo Código de Processo Civil: na concepção do Código de Processo Civil de 1973, as condições da ação (requisitos processuais) eram: legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. E aqui, não adentrarei sobre as teorias abstratas, concretistas do direito de ação (o que, por si só, seria tema para inúmeros outros encontros. Ficaremos, assim, com a teoria eclética, de Túlio Liebman².

Pois bem. Essas condições eram imprescindíveis para que o juiz-Estado pudesse analisar o mérito. Na falta de qualquer das condições de ação, o juiz extinguiria o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI.³

A crítica que até então se fazia a esse instituto era que a análise, tal como estava posta, rompia o plano de validade da ação e analisava a existência (o direito material lesionado), o que acarretava na análise do próprio mérito da ação.

Assim, o CPC/15 extinguiu então, como categoria, as condições da ação e adotou a tricotomia de categorias processuais: (i) pressupostos processuais, (ii) condições da ação e (iii) mérito.

¹ Guilherme Pupe da Nóbrega. Acesso em setembro/2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI235786,81042-Direito+in-tertemporal+e+lei+processual+no+tempo+anotacoes+sobre+o>

² Exercendo forte influência sobre importantes juristas no século XX (como Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco), Liebman logrou imprimir sua teoria no Código de Processo Civil de 1973, cujo anteprojeto foi redigido por Alfredo Buzaid, outro de seus alunos.

³ Otávio Bueno da Fonseca Filho <https://www.conjur.com.br/2015-nov-30/otavio-fonseca-cpc-quebra-paradigma-condicoes-acao>

O que se vê é o interesse de agir e a legitimidade passaram a ser tratados como **pressupostos processuais** (art. 17 do CPC)⁴. Assim, ao receber a inicial, se o magistrado verificar a falta do interesse de agir ou ilegitimidade, deverá indeferir a petição inicial, nos termos do art. 330, I e II⁵; *não é demais lembrar que o art. 317 do CPC/15 determina que, “antes de proferir decisão sem julgamento de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”*.

A possibilidade jurídica do pedido passou, assim, a integrar a questão de mérito. O juiz, quando analisa o interesse de alguém em romper a inércia do judiciário avalia a **pertinência e a legalidade do pedido**: analisa o direito material, nos termos do art. 487 do NCPC⁶

3. RECURSO COMO PROLONGAMENTO DO DIREITO DE AÇÃO

Tudo isso já reconhecemos como existente no plano no recebimento de uma petição inicial. Mas notem, o recurso é um **prolongamento do direito de ação** e do direito de defesa, não há como deixar de reconhecer a correlação existente entre as os pressupostos processuais, as condições da ação e os requisitos de admissibilidade dos recursos.

Pode-se dizer, então, que são **transportadas fossem para a fase recursal as condições exigidas para o ajuizamento da ação** (pressupostos e condições).

A analogia e o paralelismo existentes são absolutamente verdadeiros,¹ apesar de se saber que na ação os requisitos são verificados em relação a fatos **exteriores** e anteriores ao processo, e nos recursos os requisitos de admissibilidade são aferidos tendo em vista o próprio processo já existente: *interposição do recurso é uma forma de exercício do direito de ação*.

Feita essa primeira abordagem acerca do julgamento bipartido dos recursos e do

⁴ Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

⁵ Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

I - for inepta;

II - a parte for manifestamente ilegítima;

III - o autor carecer de interesse processual;

⁶ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

juízo de admissibilidade recursal, passamos à classificação dos pressupostos recursais.

4. REQUISITOS EXTRÍNSECOS (OBJETIVOS) E INTRÍNSECOS (SUBJETIVOS)

Não há, na doutrina, uma uniformidade quanto às classificações. Aqui, para classificação dos pressupostos processuais, adiro à lição de Barbosa Moreira em requisitos intrínsecos ou subjetivos e os extrínsecos ou objetivos, nos quais os primeiros são inerentes à existência do direito de recorrer e os segundos são relativos ao exercício do direito de recorrer.

4.1 PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS / OBJETIVOS

Dos pressupostos extrínsecos fazem parte a (i) tempestividade: saber se o recurso foi interposto dentro do prazo; (ii) preparo: saber se as eventuais custas e despesa de preparo foram pagas; (iii) adequação do recurso/regularidade formal: relativo ao respeito à forma de interposição: petição escrita, identificação das partes, motivação e, por fim, pedido de reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão alvo de recurso.

4.2 PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS/SUBJETIVOS

Inexistência de fato impeditivo ou extintivo: desistência – renúncia – aceitação expressa ou tácita da decisão (i) legitimidade; (ii) interesse para recorrer (utilidade do recurso).

5. NA PRÁTICA JUDICIÁRIA “CONHECER / NÃO CONHECER – DAR OU NEGAR PROVIMENTO”

Preenchidos tais pressupostos o recurso será conhecido ou admitido pelo juízo de admissibilidade estando apto para a análise do mérito, podendo este ser provido, parcialmente provido ou não provido.

A própria prática judiciária também percebeu essa distinção, no entanto, ao contrário da doutrina, acabou atribuindo outras expressões. Usa-se da expressão “conhecer” e “não conhecer” para designar o juízo de admissibilidade, e “dar provimento” e “negar

provimento” se referindo ao juízo de mérito.

6. PRINCÍPIOS DO NOVO CPC

Veio o Novo CPC com alguns princípios nele elencados. Destaco, como exemplo, o Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito (art. 4º - Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa) e o Princípio Cooperação: (art. 6º Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.): todos devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Tendo em mente a ideia da primazia do julgamento de mérito, o § Ú do art. 932, CPC/15 dispõe que **“antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”**.

O recorrente será intimado no intuito de, em 5 (cinco) dias, sanar o vício ou complementar a documentação exigível para que o recurso seja conhecido.

Existe, ainda, o dever de **prevenção**. O relator deve indicar especificamente qual vício deve ser sanado ou qual é a documentação faltante (dever de esclarecimento).

Percebam que acontece, aqui, algo semelhante ao indeferimento da inicial, que nos termos do art. 317 determina que antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício encontrado. Esse é o espírito contido no 932: primazia do exame do mérito.

No CPC/73 a regra era de que seria impossível corrigir os defeitos recursais, em atenção ao próprio sistema de preclusões estabelecidos.

À luz do Código de Buzaid, que não continha previsão específica a respeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pautou-se, inicialmente, pela inadmissibilidade da comprovação da tempestividade do recurso em momento posterior à interposição.

7. COMPROVAÇÃO NO MOMENTO DO AGRAVO INTERNO

Todavia, seguindo o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do AgRg no RE 626.358/MG, da relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJe de

23.8.2012), o STJ passou a admitir que a comprovação da tempestividade do recurso, quando decorrente da existência de feriado local ou da suspensão de expediente forense no tribunal de origem, ocorresse por ocasião do agravo regimental interposto.

7.1 MUDANÇA COM O NOVO CPC – COMPROVAÇÃO DE FERIADO LOCAL

Muito se comemorou com a entrada em vigor do Novo CPC no tocante à comprovação de feriado local. Chegaram, até, a publicar um Enunciado deixando claro sobre a tempestividade. O Enunciado do FPPC 551.(art. 932, parágrafo único; art. 6º; art. 10; art. 1.003, §6º) dispôs que:

Cabe ao relator, antes de não conhecer do recurso por intempestividade, conceder o prazo de cinco dias úteis para que o recorrente prove qualquer causa de prorrogação, suspensão ou interrupção do prazo recursal a justificar a tempestividade do recurso.

Assim, a falta de impugnação das razões da decisão recorrida, por exemplo seria vício insanável. Ainda assim, o tema foi debatido pelo Supremo Tribunal Federal:

O STF, em junho de 2016, se manifestou no julgamento de agravos regimentais da lista de processos do ministro Luiz Fux, que não conheceu de recursos extraordinários com agravo (AREs 953.221 e 956.666) interpostos já na vigência da nova lei (13.105/15), por ausência de impugnação das razões da decisão recorrida (no caso, era um único fundamento!). Confira-se, *in verbis*:

Em alguns tribunais, os relatores, de forma monossilábica e sem fundamentação, consideravam os recursos inadmissíveis, e o cidadão tem o direito de saber por que seu recurso foi acolhido ou rejeitado. Por isso, antes de considerar inadmissível, o relator tem de dar oportunidade para que eventual defeito seja suprido.

Ao levantar a discussão, o ministro Marco Aurélio manifestou seu entendimento de que o parágrafo único foge à razoabilidade”, porque admitiria a possibilidade de glosa quando não há, na minuta apresentada, a impugnação de todos os fundamentos da decisão atacada – um dos requisitos para a admissibilidade do recurso.

Teríamos de abrir vista no agravo para que a parte suplemente a minuta, praticamente assessorando o advogado.

E sugeri que a matéria fosse levada ao plenário para que se declarasse a inconstitucionalidade do dispositivo.

No julgamento, prevaleceu o entendimento de que os defeitos a serem sanados são aqueles relativos a vícios formais e não de fundamentação: “não se imaginaria que

o juiz devesse mandar a parte complementar a fundamentação”, afirmou o ministro Luís Roberto Barroso.

Ele lembrou que o STJ disciplinou a matéria no Enunciado Administrativo 6⁷, no sentido de que o prazo do parágrafo único do artigo 932 somente será concedido **“para que a parte sane vício estritamente formal”**.

Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

III - **não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;**

7.2 ENTENDIMENTO DO STJ – VÍCIO FORMAL – COMPROVAÇÃO DO FERIADO

Com a entrada em vigor do CPC/2015, o tribunal proferiu decisões em sentido contrário, fazendo interpretação das novas disposições legais que, segundo seu entendimento, obrigariam a comprovação do feriado local no momento da interposição do recurso.

No julgamento do AgInt no AREsp 957821, o relator inicial, ministro Raul Araújo, votou no sentido de que “a não comprovação de feriado local no ato da interposição de recurso é **vício formal**, sanável, que pode ser corrigido por determinação do relator do recurso, sendo que, caso o relator não conceda tal oportunidade, poderá o recorrente fazer a juntada do documento em questão quando da interposição de agravo interno”. E finalizou seu voto dessa maneira:

Esse entendimento, já antes admitido pela jurisprudência desta col. Corte, sedimentada na vigência do CPC de 1973, está em plena consonância com o Código de Processo Civil de 2015, **que atribui menor relevância aos aspectos formais que o CPC revogado, além de trazer expresso em seu texto o princípio da primazia da decisão de mérito.**

A Corte Especial, entretanto, não acompanhou o voto do relator. A ministra Nancy Andrighi abriu divergência, proferindo voto-vista e fundamentou sua conclusão de que não seria possível a comprovação posterior do feriado nas seguintes razões⁸.

⁷ Enunciado administrativo n. 6. Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), somente será concedido o prazo previsto no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3º, do novo CPC para que a parte sane vício estritamente formal.

⁸ Renê Francisco Hellman Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abd-pro-87-o-stj-a-jurisprudencia-defensiva-e-a-comprovacao-de-feriado-local> Acesso em 14 de setembro de 2019.

A previsão do art. 1.003, § 6º, do CPC/15, que, “diferentemente do CPC/73, é expresso no sentido de que ‘O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso.

O CPC/2015 estabelece a intempestividade como vício grave e, portanto, insanável, conclusão a que chega a partir da interpretação do art. 1.029, §3º¹⁰, que prevê a desconsideração de vício formal de recurso tempestivo e do § 2º do art. 1.036¹¹, que estabelece sobre a inadmissão dos recursos extraordinário e especial intempestivos.

A “ausência de previsão específica de intimação da parte para comprovar, em um segundo momento, o feriado local, como sói acontecer no art. 1.007, § 4º¹², do CPC/15, com relação ao recolhimento do preparo, representa, em verdade, um silêncio eloquente do legislador, que não autoriza a desejada interpretação extensiva”.

A divergência prevaleceu na Corte Especial. Ficaram vencidos o relator, ministro Raul Araújo, e o ministro João Otávio Noronha, que proferiu voto especificando que não se tratava, *a priori*, de vício de intempestividade do recurso e, sim, de vício na comprovação da tempestividade.

7.3 FERIADO DE CARNAVAL

Já no julgamento do REsp 1.813.684, onde se discutia se o feriado de carnaval seria ou não feriado local — passível de comprovação — o STJ modulou os efeitos da decisão: entendeu que o feriado de Carnaval e *Corpus Christi* não consta em lei mas considerou que “diante da dúvida surgida”, deveria ser aplicada a modulação dos efeitos da decisão. A decisão ainda não foi publicada.

Ora, o caso é de comprovação de feriado e não de sanabilidade de intempestividade. E aqui, peço vênica para concordar: a intempestividade de um recurso é e sempre foi um vício grave e insuperável, não se verificando nenhum tratamento diferenciado a esse respeito pela novel legislação processual.

⁹ Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

§ 6º O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso.

¹⁰ § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

¹¹ § 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

¹² § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

O que aqui se examina é, até que momento, é possível admitir a comprovação da tempestividade do recurso, ou seja: reconhecer que o recurso é tempestivo!

Isso porque no art. 932 o legislador optou por oportunizar q o relator dê oportunidade ao recorrente para sanar vício ou complementar a documentação exigível antes de considerar inadmissível o recurso.

Para analisarmos corretamente o caminho do STF e do STJ é preciso saber – *rectius*, lembrar, o verdadeiro papel das cortes superiores em nosso país.

O verdadeiro papel constitucional do STF e do STJ é decidir, respectivamente, sobre o sentido da interpretação da Constituição e da legislação federal na ordem jurídica brasileira. Ou seja, ditar a última palavra quanto à interpretação da lei e da Constituição a fim de harmonizar o nosso sistema jurídico e dotá-lo de segurança.

Entretanto, como tais Tribunais estão sobrecarregados¹³, torna-se impossível realizar o processo hermenêutico necessário para harmonizar o sistema, reduzindo-os ao papel de meras casas revisoras.

Ora, nem mesmo tais processos são julgados com agilidade, o que dizer dos recursos individuais? Diante desse cenário, faz-se necessário repensar os filtros de acesso a essas Cortes, como bem observado por João Guilherme Rache Gebran¹⁴, in verbis:

As exigências de contrariedade a dispositivo constitucional para interposição de recurso extraordinário (art. 102, III, CF) e de contrariedade à lei federal para interposição de recurso especial (art. 105, III, CF) são demasiadamente amplas. As atuais tentativas de frear o fluxo de recursos mostraram-se um fracasso; serviram apenas para burocratizar o acesso e tornar os processos ainda mais lentos.

A solução seria, então, dar maior discricionariedade aos Tribunais Superiores para que escolham os casos que serão aceitos e julgados. Esta, aliás, foi a solução adotada pela maioria dos países ocidentais.

É o que se vê nos Estados Unidos, por exemplo, em que os casos só chegam à Suprema Corte por meio do *writ of certiorari*, expediente segundo o qual a Corte tem total discricionariedade para aceitar um caso ou não. Já na França, o controle de admissibilidade de demandas constitucionais ao Conselho Constitucional é realizado com base em três pressupostos: a existência de um caso concreto, a originalidade da questão levantada e seu “caráter sério”. Não existe na doutrina francesa uma definição de caráter sério, que depende da discricionariedade do magistrado. A Alemanha na mesma toada: o principal meio de acesso ao Tribunal Constitucional Federal Alemão é o recurso constitucional, o qual está cercado de pressupostos de admissão, dentre eles o de fundamental importância constitucional, um critério – novamente – discricionário. E mais, a decisão

¹³ Estão pendentes de análise pela Suprema Corte 308 temas de repercussão geral. Em 2018, foram incluídos 43 novos assuntos, sendo que 32 aprovados e 11 anegados.

¹⁴ GEBRAN, João Guilherme Rache Gebran” Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/o-novo-cpc-e-o-juizo-de-admissibilidade-de-recursos-aos-tribunais-superiores-e09whsdr9e95bpx5goqs5t4gb/> Acesso em 5 de outubro de 2019.

de inadmissão do recurso sequer precisa ser fundamentada¹⁵. A experiência desses países mostra que um “toque” de discricionariedade na definição dos processos que serão julgados pelos Tribunais Superiores pode ser o elemento central para permitir que executem a missão para a qual estão constitucionalmente vocacionadas.

Fato é, que o Novo Código de Processo Civil perdeu uma grande oportunidade de aprimorar os filtros de acessos de recursos aos Tribunais Superiores, de forma a inserir certo grau de discricionariedade e desonerar os Tribunais Superiores. A opção do legislador, contudo, foi outra. Deveria, então, os Tribunais seguirem a orientação legislativa e não moldar o Processo Civil como melhor lhe convém.

CONCLUSÃO

De tudo isso, o que se conclui é que a própria lei já cria os requisitos que devem ser atendidos para que um recurso possa ter seu mérito analisado, da mesma forma como já abranda, nas situações que considera adequadas, o preenchimento de algum deles.

Se, é certo, deve ser sempre buscado o aprimoramento de nossas leis processuais, não menos verdade é que sua observância - sem rigores ou abrandamentos nelas não previstos - constitui fator de segurança para as partes e garantia de uma correta e legítima prestação da tutela jurisdicional.

Deveria, portanto, as ilustres Cortes Superiores interpretar as normas à luz dos princípios norteadores do Processo Civil e não à luz de seu próprio interesse, qual seja: obstar a chegada de processos aos Tribunais Superiores.

A discricionariedade a qual os Tribunais Superiores deveriam se ater, segundo entendo, relacionam-se, tal como ocorre nos países já mencionados, à pertinência/relevância da questão a ser discutida, prevalecendo, dentro dos limites legais, a primazia do exame do mérito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUIKA, Heloisa Leonor. Disponível <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-25082015-142449/publico/heloisaleonorbuikaformalismo.pdf> Acesso em 23 de outubro de 2019.

¹⁵ “João Guilherme Rache Gebran” Leia mais em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/o-novo-cpc-e-o-juizo-de-admissibilidade-de-recursos-aos-tribunais-superiores-e09whsdr9e95bpxp5goqs5t4gb/> Acesso em setembro/2019.

CASTRO FILHO, José Olympio de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. X. Arts. 1.103 a 1.220. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 330.

FILHO, Vicente Greco. Direito Processual Civil Brasileiro – volume 2. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 311

FRANÇA, Rubens Limongi. A irretroatividade das leis e o direito adquirido. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 202.

GEBRAN, João Guilherme Rache Gebran” Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/o-novo-cpc-e-o-juizo-de-admissibilidade-de-recursos-aos-tribunais-superiores-e09whsdr9e95bpx5goqs5t4gb/> Acesso em 28 de outubro de 2019.

MIRANDA. Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo XVII (Arts. 1.211-1.220). Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 20-21.

NETO, Elias Marques de M., SOUZA, André Pagani de, CASTRO, Daniel Penteado de, MOLLICA, Rogerio.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro: Editorial Peixoto, 1943, p. 212-213.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 132-133.

PRATA, Edson. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VII. Arts. 1.103 a 1220. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 374-376.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 1º Vol. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 31-32.

SOUZA, André Pagani de Souza. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/CPC-naPratica/116,MI285698,31047-Comprovacao+de+feriado+local+no+ato+de+interposicao+do+recurso> Acesso em 31 de outubro de 2019.



^
VOLTAR AO
SUMÁRIO

O PRAGMATISMO JURÍDICO COMO MÉTODO ARGUMENTATIVO DE JUSTIFICAÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO PELO APLICADOR DA NORMA GERAL ANTIELISIVA

Fábio Andrade Martins

RESUMO

Este artigo objetiva utilizar a metodologia do pragmatismo jurídico na justificação da tomada de decisão pelo aplicador da norma geral antielisiva, constante do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, mormente após a introdução do artigo 20 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Para este desiderato, realizou-se pesquisa bibliográfica no sentido de empreender uma relação entre o método jurídico-filosófico proposto pelo pragmatismo e o sentido e alcance do art. 20 da LINDB e art. 116 do CTN.

Palavras-chave: Direito tributário. Elisão. Pragmatismo Jurídico.

ABSTRACT

This article aims to use the methodology of legal pragmatism in justifying decision making by the applicator of the anti-elision rule, contained in the paragraph of article 116 of the National Tax Code, especially after the introduction of article 20 in the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law. For this purpose, a bibliographic research was conducted in order to undertake a relationship between the legal-philosophical method proposed by Pragmatism and the meaning and scope of art. 20 of the LINDB and art. 116 from CTN.

Key words: Tax law. Elision. Legal pragmatism.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, introduziu a chamada norma geral antielisiva no ordenamento jurídico brasileiro por meio da inclusão de um parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional, cujo enunciado é o seguinte:

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei.

A legitimidade e alcance pretendido pela norma são assuntos de extensa discussão em âmbito doutrinário. Alguns autores, como Gilberto de Ulhoa Canto e Antônio Roberto de Sampaio Dória, com substrato no princípio da liberdade econômica, defendem uma grande e ampla liberdade contratual para os contribuintes, que ostentariam uma liberdade ilimitada de planejar suas atividades com o único propósito de pagar menos tributos. No lado oposto, há tributaristas como Amilcar de Araújo Falcão e Dino Jarach que propugnam pela ilicitude generalizada da elisão fiscal, considerando-a como espécie de abuso de formas jurídicas. Por último, encontram-se que substituem as duas posições acima pelo entendimento da juridicidade do planejamento fiscal como forma de economizar tributos, desde que não haja abuso de direito. Somente a elisão abusiva ou o planejamento inconsistente seriam considerados ilícitos.

Para Ricardo Lobo Torres (TORRES, 2001), a primeira posição projetou para o campo fiscal a interpretação formalista e conceptualista, que parte da crença fundacionalista de que os conceitos jurídicos expressam a realidade social, não cabendo ao aplicador da norma se preocupar com os dados empíricos. A segunda projetou-se para o campo da fiscalidade por meio da “consideração econômica do fato gerador”, despreocupando-se com os conceitos e categorias jurídicas. A última, por sua vez, com base na “virada kantiana” e ao utilizar teses pós-positivistas para a superação do impasse gerado pela teoria da interpretação do direito tributário, substituiu as duas outras ao atrelar a interpretação jurídica aos princípios éticos e jurídicos vinculados à liberdade, segurança e justiça.

Neste ponto, constata-se que a racionalidade da teoria da dedução/indução como tradicional modo de inferência para aplicação do Direito não é capaz de dar significado à decisão jurídica derivada da norma geral antielisiva. No entanto, após a introdução do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que positivou os ideais do pragmatismo jurídico na interpretação e operação das normas brasileiras de direito público, passa o agente público a ser obrigado a decidir conforme as consequências previstas do seu ato.

Esta norma impôs, ao aplicador do direito e em um determinado contexto, a necessidade de antever as possíveis consequências fáticas de sua decisão e o dever de considerá-las na escolha da alternativa que lhe pareça a mais adequada e necessária ao caso concreto. É dispositivo jurídico limitador da indeterminação das decisões estatais e da utilização de princípios e valores abstratos como seus únicos fundamentadores.

Contrário ao modelo formal de criação do discurso e a utilização de conceitos abstratos *a priori*, a forma de raciocínio da abdução, utilizada pelo pragmatismo de Peirce como pressuposto para uma teoria anti-essencialista e anti-fundacionista, surge como fecundo instrumento para trabalhar estas questões jurídico-filosóficas, em contraposição ao modelo cartesiano de pensamento. O modelo tradicional de subsunção do fato à norma não é capaz de resolver estes novos desafios que a realidade social ostenta, surgindo a necessidade de se buscar outras soluções com base em uma teoria crítica.

Assim é que a teoria da abdução aparece como método para se melhor adequar as decisões e práticas administrativas ao novo paradigma jurídico. Pela sua origem, está adstrita a uma lógica de descoberta, questionamento e criação, ao invés de somente evidenciar o contexto da justificação da decisão jurídica. A justificação, para a teoria de Peirce, está condicionada à explanação de todas as consequências observáveis oriundas de uma determinada experiência.

O excesso de formalismo gerado pelo positivismo e a demasiada importância que dá ao ato de autoridade, decorrente da fiel interpretação do precedente da norma ao fato verificado, pode desencadear resultados não desejados e não condizentes com a realidade experimentada. Neste modelo, a decisão jurídica decorre autoritariamente da norma jurídica ou de uma subordinação dos fatos à lógica dedutiva. Desconsidera-se as singularidades de cada evento pela impossibilidade do direito positivo conseguir prever todas as ocorrências fenomênicas que a realidade carrega.

Além disso, o conhecimento obtido por métodos científicos possui maior condição de prever os efeitos de determinada ação, permitindo um melhor dimensionamento para a sua aplicação. Desta forma, a admissão, pelo pragmatismo, do conhecimento advindo de outras áreas do conhecimento passa a melhor informar à autoridade tributária sobre os efeitos desejados e decorrentes de determinada ação adotada.

Fruto de metodológica pesquisa bibliográfica e secundária, este trabalho objetiva analisar a contribuição que a metodologia proposta pelo pragmatismo jurídico pode oferecer para a contextualização da justificação e para a busca da melhor consequência decorrente da interpretação da norma geral antielisiva.

Para tanto, dedica-se o segundo capítulo a um esboço inicial sobre a metodologia empirista proposta pelo pragmatismo e sua relação com o Direito. Após, oferta-se, no terceiro capítulo um enfoque sobre a norma geral antielisiva constante do Código Tributário Nacional, juntamente com as contribuições dadas pela doutrina para sua interpretação.

Por fim, no quarto capítulo, examina-se a utilização do método jurídico-filosófico do pragmatismo no sentido e alcance das decisões derivadas do parágrafo único do artigo 116 do CTN.

2. PRAGMATISMO E DIREITO

O Pragmatismo surgiu nos Estados Unidos nos anos 70 do século XIX por um grupo de pensadores¹, ligados à Universidade Harvard, que formaram o “Clube Metafísico”, ironicamente denominado como forma de criticar a metafísica tradicional e seu pensamento abstrato desconectado da prática (POGREBINSCHI, 2005). Seu maior expoente, Charles Sanders Peirce, desenvolveu um ensaio sobre sua teoria intitulado “Como tornar claras as nossas idéias” (DEWEY, 2008), no qual buscou introduzir uma nova metodologia científica para solucionar de forma mais contextual e realista os desafios experimentados na prática.

O método utilizado pelo autor afastou-se do imperialismo logicista ao apoiar-se no método abduutivo, assim cunhado pelo próprio Peirce, no qual são formadas predições das consequências experimentadas sobre um determinado fato. Desta forma, a abdução passa a ser o início de qualquer pesquisa científica, motivada por uma dúvida real. Ou seja, a abdução é forma de inferência utilizada para explicar um problema, por meio da criação de hipóteses cujas consequências possam ser verificadas indutivamente (NÓBREGA, 2019):

A abdução é, desse modo, uma inferência provável, e, portanto, falibilista; e está relacionada com uma adivinhação – a formulação de uma hipótese a partir de um insight criativo. Este, no entanto, não se confunde com a concepção cartesiana de uma iluminação interior ou intuição para alcançar a verdade. O insight, a que a abdução se refere, é o de cunho pragmatista, pois o estímulo para adivinhar, criar hipóteses, advém da provocação que a experiência ocasiona. É um raciocínio do consequente para o antecedente.

Sob o ponto de vista sócio-político, os estudos e concepções do Pragmatismo passaram a difundir-se e corporificar-se nos hábitos e crenças da tradição americana, contribuindo para a mudança da mentalidade estadunidense no pós-guerra civil e, conseqüentemente, na reformulação do seu sistema jurídico, que passou a ser visto sob um prisma sociológico (realismo jurídico), ao invés de puramente lógico. Nesta fase, o jurista Oliver Wendell Holmes Jr. colaborou muito para a inserção da filosofia pragmática no

¹ Charles Sanders Peirce, William James, Chauncey Wright, Nicolas ST. John Green, John Fiske, Oliver Wendell Holmes Jr., dentre outros.

sistema jurídico americano que, até então, era influenciado pelos debates ocorridos em torno do positivismo e do jusnaturalismo.

Assim, o Pragmatismo aparece como proposta para o Direito no contexto da descoberta e da justificação estudadas nas teorias da argumentação jurídica e na teoria geral do direito. Geralmente, o contexto da justificação é reconhecido como ramo próprio do conhecimento jurídico, enquanto que o contexto da descoberta é menosprezado (ABIM-BOLA, 2001). Constitui-se em uma tentativa de superação do paradigma positivista pela rediscussão da metodologia lógico-positivista e de seu conseqüente formalismo no campo da aplicação do direito. São suas as características:

- a) **Antifundacionalismo:** refuta uma verdade anteriormente dada por princípios e conceitos abstratos, previamente construídos e imunes às transformações sociais. O pragmatismo jurídico nega uma vinculação necessária com a dogmática e rejeita qualquer critério ou fundação última, estática e definitiva para qualquer teoria ou argumento (ARGUELHES; LEAL, 2009).
- b) **Contextualismo:** assunção de uma teoria norteada por questões práticas. A interpretação e aplicação da norma são orientadas pela prática social, de modo a enfatizar o papel da experiência humana, com suas crenças, tradições e ideais no resultado de qualquer investigação científica ou filosófica (ARGUELHES; LEAL, 2009).
- c) **Instrumentalismo:** investiga os efeitos que a decisão pode gerar na realidade, a forma como o Direito reflete no cotidiano, apontando para o seu viés político.
- d) **Consequencialismo:** considera as conseqüências de determinada decisão como seu fator preponderante, ao invés de princípios e valores abstratos. Enseja a crescente correspondência entre a norma e a realidade, afastando promessas legislativas utópicas que desconsideram a realidade econômica e social em que são aplicadas, o que leva a uma atitude empirista e experimentalista (ARAÚJO, 2019):

Do ponto de vista metodológico, os pragmatistas entendem que as ideias têm a natureza de hipóteses, respostas provisórias para cada evento e cada circunstância que se apresentem sob a forma de problemas a serem resolvidos. A sobrevivência do indivíduo, seu êxito ou fracasso, seus acertos ou erros, não dependem de um conhecimento autônomo a priori, mas, sobretudo, da possibilidade de ajustar a sua inteligência ao desafio das situações problemáticas com que se defronta, procurando antever as possíveis conseqüências resultantes das alternativas comportamentais que vier a adotar. Por conseguinte, a ênfase que o Pragmatismo atribui às conseqüências que se possa deduzir de uma determinada situação e dos efeitos que possam produzir no mundo real constitui o núcleo da sua proposta filosófico-metodológica.

- e) **Interdisciplinaridade:** as consequências de determinada decisão devem ser analisadas sob as diversas áreas do conhecimento humano, de forma a melhor possibilitar o dimensionamento da ação adotada. Evita-se, com isso, um processo mecanicista de aplicação das normas jurídicas, em que as questões de imprecisão semântica são um problema para o silogismo utilizado nas tomadas de decisões, já que demandam elementos de interpretação localizados fora dos enunciados legais.

Desta forma, o pragmatismo jurídico atribui mais importância às ideias (típicas do pragmatismo filosófico clássico) relacionadas às consequências e resultados práticos na orientação do pensamento humano. Os aplicadores do direito não são estimulados a tomarem decisões *ad hoc*, sem qualquer compromisso com o contexto e com as consequências dos seus atos, sejam elas imediatas ou sistêmicas. O pragmatismo jurídico encoraja que o debate jurídico ocorra próximo às discussões e aos problemas empíricos, devendo-se apenas utilizar as abstrações e conceitos que promovam argumentações com relevância prática para o contexto e que estejam empiricamente fundadas. Para Holmes, segundo Susan Haack (HAACK, 2008):

Os juízes frequentemente apresentam suas conclusões como se as tivessem deduzido de princípios e precedentes jurídicos, argumenta Holmes; mas é ingênuo imaginar que isso significa que eles de fato chegam a suas decisões por meio de inferências puramente lógicas. Muito frequentemente, na verdade, eles estão adaptando silenciosamente o direito existente a novas circunstâncias, e seus argumentos são somente “o vestido de gala que o recém-chegado coloca para parecer apresentável conforme os requisitos convencionais.

Constata-se, portanto, que o pragmatismo jurídico consiste de um método argumentativo de justificação da tomada de decisão pelo aplicador do Direito. Essa preocupação de contextualizar e de buscar a melhor consequência decorrente da interpretação da norma jurídica são diretrizes agora positivadas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

No dia 26 de abril de 2018, foi publicada a Lei Federal nº 13.655, que promoveu profundas mudanças na LINDB (Decreto nº 4.657/1942). Uma importante inovação foi a introdução do artigo 20, o qual atribui ao órgão julgador, seja ele administrativo, controlador ou judicial, o dever de observar as consequências pragmáticas da sua decisão:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Com isso, fica agora patente a necessidade de o julgador, em um determinado contexto, considerar as consequências reais que a sua decisão poderá ocasionar e evidenciar o raciocínio coerente e íntegro utilizado na constatação das suas percepções, de forma a justificar, dentre as opções possíveis, aquelas que lhe pareceram as mais necessárias e adequadas ao caso (POSNER, 2003). O pragmatismo jurídico passa, agora, a ter *status* de norma jurídica e conferir à atividade decisória um caráter preditivo sobre as consequências apresentadas no contexto, sobre as quais se espera tenha havido o efetivo contraditório.

3. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E A NORMA GERAL ANTIELISIVA

A Lei Complementar nº 104 inseriu o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, classificado como uma norma geral antielisiva, o qual permanece a suscitar acaloradas discussões acerca do seu sentido e alcance.

Para parte da doutrina, o parágrafo único do artigo 116 atuaria como um limitador do planejamento tributário abusivo, ao ser capaz de criar normas individuais e concretas, próprias do Direito Tributário, para desconsiderar atos jurídicos com a finalidade de alterar as suas consequências e os seus efeitos tributários, somente, mesmo que válidos perante o Direito Privado. Para estes autores, a norma em comento seria um instrumento de combate à elusão fiscal. Eu colocaria em outro parágrafo a partir daqui. Para Paulo Caliendo, pode-se diferenciar a elusão fiscal da evasão fiscal pelos seguintes critérios (CALIENDO, 2009):

- a) Modo de descumprimento: a evasão se constitui no descumprimento direto da norma tributária, enquanto a elusão é o descumprimento indireto da norma.
- b) Natureza dos atos negociais: a evasão é decorrente da prática de atos vedados pelo ordenamento (ex.: deixar de emitir nota fiscal); enquanto a elusão é justamente a prática de atos permitidos pelo ordenamento que conduzem a resultados ilícitos.
- c) Momento da conduta: a evasão é o descumprimento do dever tributário após a ocorrência do fato gerador, enquanto a elusão é o descumprimento independente do momento cronológico do fato gerador, podendo ser praticada antes mesmo de sua ocorrência.
- d) Natureza da violação: a evasão ocorre pela ofensa ao comando normativo (fazer ou não fazer algo), enquanto a elusão é o manejo de formas que oculta o verdadeiro conteúdo da operação.
- e) Quanto à causa negocial: na evasão a causa do negócio jurídico é ilícita, enquanto na elusão a ausência de causa deve ser depreendida da

verificação da cadeia negocial envolvida. Vistos individualmente, cada negócio ou ato jurídico contém uma presunção de licitude, na forma e conteúdo; somente a análise ordenada dos atos e de sua coerência negocial é que permite verificar a inexistência da causa”.

Não é coerente o entendimento de que o parágrafo único do artigo 116 trataria das hipóteses em que o sujeito passivo praticasse atos ilícitos com a finalidade de reduzir a carga tributária, já que a possibilidade da constituição do crédito tributário por intermédio do lançamento de ofício, nestas hipóteses, já consta positivado no artigo 149, VII, do CTN. Assim, nos casos em que constatada a prática de atos simulatórios ou dissimulatórios, a autoridade tributária poderá constituir o crédito tributário deles decorrentes, sem a necessidade da sua desconsideração.

Ricardo Lobo Torres (TORRES, 2013) afirma que a regra em comento é autêntica norma antielisiva, recepcionadora da solução francesa. Segundo ele, o dispositivo nada tem a ver com simulação:

O direito brasileiro, diante de vários modelos estrangeiros de melhor qualidade, preferiu recepcionar a solução francesa.

Quando o artigo 116, parágrafo único, do CTN diz que “a administração pode desconsiderar atos ou negócios praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador tributário” está se referindo à dissimulação do fato gerador abstrato e não à dissimulação do fato gerador concreto. O ato ou negócio praticado (fato gerador concreto) é dissimulador da verdadeira compreensão do fato gerador abstrato, o que, sem dúvida, é uma das características da elisão abusiva, na qual há desencontro entre forma e substância e entre *intentio juris* e *intentio facti*.

No direito alemão a elisão se chama “*Steuerumgehung*”, que literalmente significa contornar, ladear, circular, envolver ou dar a volta em torno da lei do imposto. Tipke explica que para se caracterizar a elisão: “Uma lei tributária deve ser contornada. O art. 42 do Código Tributário fala do contorno da lei tributária.”

A cláusula geral antielisiva do art. 116, parágrafo único, do CTN, nada tem que ver com a simulação porque atua no plano abstrato da definição do fato gerador e dos elementos constitutivos da obrigação tributária (sujeito passivo, tempo, base de cálculo, alíquota etc.), impedindo que seja dissimulada a sua ocorrência mediante interpretação abusiva do texto da lei tributária. Opera, portanto, no plano da *mens legis*, evitando que se distorça o sentido da lei para dissimular a ocorrência do fato gerador apropriado.

Além disso, resta claro na “Exposições de Motivos” do Projeto de Lei Complementar nº 77 que o dispositivo legal se referia expressamente a necessidade de introdução de regra antielisiva como forma de combater o abuso de forma no Direito:

VI – A inclusão do parágrafo único do art. 116 faz-se necessária para estabelecer, no âmbito da legislação brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados

com finalidade de elisão, constituindo-se, dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma [...]

Desta forma, o objeto da norma antielisiva seria, na verdade, a identificação do desvio da obrigação tributária perpetrado pela prática da elusão fiscal, ou seja, a situação na qual o particular se esquivaria da obrigação tributária pela não realização do fato típico nela descrito. Este fato seria substituído pela prática de outro equivalente, que gerasse o mesmo resultado econômico pretendido pelo sujeito passivo e fosse considerado pela norma tributária como apto a desencadear a obrigação tributária.

Portanto, o campo de incidência da norma contida no parágrafo único do artigo 116 seria os atos e negócios jurídicos realizados em estrita observância ao princípio da legalidade, ou seja, lícitos do ponto de vista do Direito Privado, no entanto, que não correspondessem ao real interesse das partes, cujo propósito exclusivo ou principal seria evitar a incidência tributária normalmente aplicável. A legalidade, neste caso, seria utilizada em detrimento do interesse público exteriorizado na norma tributária, tornando, assim, o ato ou negócio jurídico ilegítimo perante o Direito Tributário, pelo desvio de sua finalidade.

Parte-se do pressuposto de que os atos realizados pelos contribuintes devem possuir uma motivação econômica que não seja, unicamente, a de pagar menos tributos, sob pena de sua desconsideração para fins tributários. Aplica-se a teoria do propósito negocial (business purpose) e da substância sobre a forma para que se identifique o interesse real e subjacente ao ato ou negócio jurídico realizado, a fim de que a norma tributária incida sobre a substância e não sobre a forma. No choque entre o contexto e a forma utilizada, deve preponderar o primeiro.

Entende-se que a utilização de planejamentos tributários abusivos, com ausência de propósitos negociais, não se coaduna com o dever fundamental de pagar tributos (ESCRIBANO, 1988), princípio fundamental de base não individualista e derivado do princípio da solidariedade, tampouco com o princípio da capacidade contributiva, uma vez que os contribuintes com maior capacidade econômica para contratar agentes especializados em engenharia tributária seriam beneficiados por uma tributação proporcionalmente menor àqueles carentes de tamanho poderio financeiro, influenciando negativamente a livre concorrência do mercado e contribuindo para o enfraquecimento da isonomia fiscal. Segundo Marco Aurélio Greco (GRECO, 2019):

Ou seja, mesmo que os atos praticados pelo contribuinte sejam lícitos, não padeçam de nenhuma patologia; mesmo que estejam absolutamente corretos em todos os seus aspectos (licitude, validade), nem assim o contribuinte pode agir da maneira que bem entender, pois sua ação deverá ser vista também da perspectiva da capacidade contributiva.

Desta forma, constata-se a exigência de que os atos negociais praticados devem guardar correspondência com o alcance e finalidade das normas tributárias, concebidas para dar organicidade ao ordenamento jurídico-tributário, enquanto instrumento de repartição equânime dos custos da vida social.

No entanto, a utilização de conceitos indeterminados e princípios abstratos não podem ser a única causa de decidir da autoridade tributária. Os princípios da capacidade contributiva, solidariedade e do dever fundamental de pagar tributos não podem amparar uma discricionariedade do aplicador da norma antielisiva.

A inserção de juízos de valor como parte integrante da inferência lógica utilizada na estrutura argumentativa do silogismo não podem ser utilizados de forma apriorística, sem a análise de elementos angariados no contexto em que inserido o caso concreto.

Apesar do tema abranger diversos conceitos indeterminados, tendo-se como exemplos o propósito negocial, a substância sobre a forma, o fundamento econômico e o abuso de forma jurídica, não se permite que sejam utilizados como pré-juízos ou pré-compreensões pelas autoridades tributárias em relação aos planejamentos tributários, sob o risco da decisão estar fundamentada nos métodos da tenacidade ou autoridade, nos quais não são captados os verdadeiros juízos de valor, tampouco as motivações reais da decisão adotada.

A utilização destes métodos não científicos resvala no absismo epistemológico entre a existência e o pensamento (NÓBREGA, 2013), no qual não é oportunizada a compreensão do processo pelo qual a decisão jurídica foi tomada, já que a premissa menor (ato ou negócio jurídico dissimulado) aparece de forma não problemática. Neste ponto, a proposta do raciocínio abduutivo tem muito a contribuir para a justificação da tomada de decisão pelo aplicador da norma geral antielisiva.

4. APLICAÇÃO DA METODOLOGIA PRAGMATISTA NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 116, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN

Ao aplicar a norma antielisiva, caso a autoridade tributária fundamente sua decisão na análise das consequências práticas e sistêmicas (ARGUELHES e LEAL, 2009) dela decorrentes e nas alternativas que dispunha no momento do julgamento, abre-se a oportunidade para que sejam contrapostos os critérios científicos utilizados na sua fundamentação.

Considerando-se que a valoração das consequências possui uma dimensão descritiva, para cada alternativa considerada pelo aplicador da norma devem estar especificadas, nas razões da decisão, as respectivas consequências. Desta forma, os juízos de fato que relacionaram a decisão às consequências poderão ser objetivamente refutados, caso se comprove que as consequências associadas à decisão são destoantes daquelas imaginadas pela autoridade tributária.

Além disso, poder-se-á contestar a consistência dos juízos de valor utilizados na ordenação das consequências e sua comparabilidade com as normas e práticas aceitas como devidas pelos integrantes de uma determinada comunidade científico-jurídica.

Assim, propõe-se que, nas tomadas de decisões relacionadas à invalidação de atos ou negócios jurídicos, fundamentadas no parágrafo único do artigo 116 do CTN, seja utilizada a lógica abdutiva de Peirce como forma de instigar um agir voltado à elaboração de uma decisão mais bem justificada, já que sempre estará permeada pelos preconceitos humanos, sejam de ordem psicológica, social, jurídica ou econômica, bem como pelo contexto em que inserido o julgador.

Assim, o raciocínio lógico abduativo apresenta-se como eficiente instrumento que possibilita aos sujeitos passivos a investigação do caminho utilizado pela autoridade tributária na decisão que invalidar determinado ato ou negócio jurídico para fins tributários. Atribui, portanto, maior segurança jurídica na aplicação da norma antielisiva.

A decisão a ser tomada pela autoridade tributária não “surgirá” da sua mente. Ela será elegida com base nos critérios de preferência de uma das diversas alternativas de decisão reveladas para o caso.

Muitos são os critérios que podem ser utilizados para a identificação do estado ideal de coisas a ser atingido. Para a seleção de um destes critérios, aspira-se um processo de tomada de decisão racional, no qual determinada alternativa é eleita porque, comparativamente às outras hipóteses, é apta a gerar, na maior medida possível, um estado de coisas desejado e que seja condizente com as inclinações pessoais e juízos de valor utilizados no julgamento.

No entanto, as decisões não devem estar pautadas, unicamente, nas consequências específicas para o caso concreto, mas, sim, nas consequências desejadas por toda a Administração Tributária, sob pena de ser utilizada uma racionalidade dogmática, ao invés de pragmática. Requer, por conseguinte, a adoção de critérios valorativos que promovam os ideais caros a uma determinada instituição tributante, e não somente ao agente decisor, tais como segurança jurídica, confiança institucional etc.

Para tanto, propõe-se que as decisões fundamentadas no parágrafo único do artigo 116 do CTN passem a observar as etapas abaixo, como forma de atendimento a um modelo de decisão mais contextualizado e pragmático.

Primeiramente, deve a autoridade tributária analisar, com sutileza e de forma não dogmática, os precedentes administrativos relacionados com o ato ou negócio jurídico

sub examine, com a finalidade de iluminar o contexto em que estiver inserido e poder identificar as suas semelhanças, diferenças e especificidades.

Além disso, o aplicador da norma deve investigar a repercussão que sua decisão poderá gerar sobre os julgamentos a serem proferidos pela instituição da qual faça parte. Desta forma, a autoridade tributária deve confrontar-se com o futuro e prever os reflexos da sua decisão sobre a vigência do conjunto de decisões já tomadas para os casos similares (SCHAUER, 1987). A deferência aos entendimentos e precedentes vindos do passado está, no pragmatismo jurídico, a serviço da contribuição do decisor sobre a segurança e previsibilidade no Estado de Direito.

Após este primeiro passo, deve o agente do Fisco reconstruir o evento praticado pelo particular por meio da investigação das percepções dos fenômenos observáveis pelas evidências, fatos e elementos registrados por perspectivas variadas, de forma a, por exemplo, identificar a real intenção do sujeito passivo pelo fato ou negócio jurídico celebrado. O intuito, nesta etapa, é recriar o incidente dentro de um enredo como um agrupamento de considerações jurídicas e extrajurídicas.

Na terceira fase do procedimento de tomada de decisão, a autoridade tributária deve individualizar as alternativas disponíveis pelos pares contituídos pelas decisões cabíveis e suas respectivas consequências. Isto porque qualquer juízo consequencialista contém uma dimensão descritiva, na qual para cada alternativa de decisão disponível deverá estar positivamente especificada a sua consequência.

Após isto, as alternativas, compostas pelos pares decisão/consequência, devem ser ordenadas por um critério valorativo que estabeleça as relações de preferência pelo estado de coisas desejado, sejam elas determinísticas ou probabilísticas. Ou seja, as alternativas são hierarquizadas por uma escala de preferências sobre as consequências previstas. Vale ressaltar que as alternativas de decisão não são dadas ao decisor. Ao contrário, elas têm que ser, uma após a outra, descobertas e, às vezes, produzidas pela própria autoridade tributária, com base em seu conhecimento prévio, sistematizado e formalizado sobre a área do conhecimento relacionada, seja ela contábil, econômica, tributária, societária etc.

Por fim, deve o tomador da decisão, considerando a ordenação acima, indicar qual foi a consequência preferida, ou seja, aquela que realiza em maior grau a prioridade atribuída ao juízo de adequação de uma determinada decisão judicante.

A partir desta conclusão, deve a autoridade tributária indicar a alternativa da decisão mais adequada para a solução do caso concreto, sempre exercendo o auto-criticismo sobre as respostas intuitivas formadas para o evento recriado. Este processo de busca das alternativas deve perdurar até que seja encontrada um par de decisão/consequência satisfatório, que alcance ou supere os objetivos e interesses do aplicador da norma antielisiva.

Com este processo, a consequência passa a determinar o raciocínio utilizado pela autoridade tributária para, dentro de um contexto de descoberta e através da norma geral antielisiva, ser capaz de revelar a premissa menor pela recriação do evento praticado pelo particular. Vale dizer, a consequência passa a determinar o raciocínio da descoberta utilizado pela autoridade tributária, atribuindo, portanto, maior segurança jurídica na aplicação da norma antielisiva.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se do presente artigo que o pragmatismo jurídico confere, principalmente após a introdução do artigo 20 na LINDB, maior segurança jurídica na aplicação da norma geral antielisiva pelas autoridades tributárias. A partir do método abduutivo, passa a ser possível aos administrados tomar conhecimento do processo de tomada da decisão que invalidou, para fins tributários, o ato ou negócio jurídico realizado.

Refuta-se a utilização de conceitos indeterminados e princípios abstratos, tais quais o “propósito negocial” e “princípio da capacidade contributiva”, por exemplo, como únicos elementos fundamentadores das decisões administrativas. Agora, a autoridade tributária deve analisar todo o contexto e as consequências práticas da sua decisão para, abdutivamente, identificar o real interesse subjacente à forma jurídica utilizada pelos administrados.

Com isso, possibilita-se um contraditório mais eficiente e consentâneo com os princípios constitucionais em curso, já que será possível captar os verdadeiros juízos de valor e as reais motivações utilizadas na justificação da alternativa eleita pelo decisor como a mais adequada para o caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABIMBOLA, Kola. Abductive reasoning in law: taxonomy and inference to the best explanation. *Cardoso Law Review*. v. 22, 2001. p. 1682 – 1689.

ARAÚJO, Clarice von Pertzen de; ALVES, Pedro Spíndola Bezerra (orgs.). *Reflexões sobre o Pragmatismo Filosófico e Jurídico*. Curitiba: CRV, 2019. p. 43.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações*. Rio de Janeiro, 2009. p. 176.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa*

da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. Rio de Janeiro, 2009. p. 186.

CALIEDO, Paulo. Direito tributário e análise econômica do direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 241.

DEWEY, John. O Desenvolvimento do Pragmatismo Americano. Tradução de Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Cognitio-Estudios: Revista Eletrônica de Filosofia, dez. 2008. vol. 5. n. 2. p. 119 – 132.

ESCRIBANO, Francisco. La configuracion juridical del deber de contribuir – perfiles constitucionales. Madrid: Civitas, 1988. p. 357.

GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 325.

HAACK, Susan. O universo pluralista do direito: em direção a um pragmatismo jurídico neo-clássico. São Paulo: Direito, Estado e Sociedade, jul/dez 2008. n. 33. p. 180.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. ARAÚJO, Clarice von Pertzen de; ALVES, Pedro Spíndola Bezerra (orgs.). Reflexões sobre o Pragmatismo Filosófico e Jurídico. Curitiba: CRV, 2019.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Um método para a Investigação ds Consequências: A Lógica Pragmática da Abdução de C. S. Peirce Aplicada ao Direito. Paraíba: Ideia, 2013 p. 121.

POSNER, Richard A. Law, pragmatism, and democracy. Massachusetts: Harvard, 2003.

PROGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 11 – 12.

SCHAUER, Frederick. Precedent. Stanford Law Review n. 39, 1987. p. 571 – 605.

TORRES, Ricardo Lobo. A Chamada “Interpretação Econômica do Direito Tributário”, a Lei Complementar 104 e os Limites Atuais do Planejamento Tributário. O planejamento Tributário e a Lei Complementar 104. São Paulo: Dialética, 2001. p. 235 – 239.

TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 126.



VOLTAR AO
SUMÁRIO

CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL NAS RELAÇÕES DO TRABALHO

Yuri Farias Braga

Profa. Rúbia Zanotelli Alvarenga

RESUMO

O assédio moral organizacional é uma nomenclatura recente para um problema antigo, sendo pouco abordado e estudado até os dias atuais. Com o passar dos anos, ganhou um pouco mais de visibilidade e relevância, despertando o interesse de doutrinadores e pesquisadores na busca de um estudo aprofundado sobre essa problemática, com o propósito de proteger a saúde física e psíquica dos trabalhadores de agressões periódicas e destrutivas. Cobranças excessivas, sobrecargas de estresse, humilhações públicas ou particulares, um meio ambiente laboral mórbido, causam diversas doenças e síndromes no trabalhador, o prejudicando em relações profissionais, sociais e familiares, tendo como consequência sua queda de produção e dificuldade de interação, podendo gerar depressão e até mesmo o suicídio da vítima. A busca incessante pelo lucro das empresas não pode ter como moeda de troca a saúde e qualidade de vida do empregado, e, com o cenário econômico em crise, o empregador, ciente da ínfima demanda de vagas de emprego para milhões de pessoas desempregadas, acaba submetendo a situações degradantes, o explorando ao máximo e abusando de seu poder diretivo e hierárquico. Sendo, portanto, pertinente a abordagem do presente trabalho sobre a temática em questão, buscando demonstrar as causas, consequências e modo de prevenção de tal agressão, tendo como cerne a proteção da integridade física e psíquica do empregado, valorizando seu trabalho, saúde e dignidade.

Palavras-chave: Assédio moral organizacional; Meio ambiente do trabalho; Saúde física e psíquica.

ABSTRACT

The organizational moral harassment is a recente nomenclature to an old issue, being little discussed and studied until recent days. Over the years, it gained a little more visibility and relevance, bringing to the surface the attention of researchers and doctrinators in the search of a deeper review on this issue, with the purpose of protecting the physical and mental health of employees from destructive and

periodic agressions. Excessive demands, stress overloads, public or private humiliations. A morbid labor environment, can cause various syndroms and diseases on the worker, jeopardizing his business, social and Family relationships, having as a consequence a lack of productivity and interaction troubles, which may lead to depression and even suicide of the victim. The incessant quest for the company profits cannot have as a exchange currency the health and quality of life of the employee, furthermore, due to the crysis in the economic scenario, the employer , aware of the undermost vacant job demand over millions of jobless people, ends up submitting him to degrading situations , exploiting the employee to his maximum and abusing of his own directive and hierarchical power. Being, therefore, pertinent the approach of the current work over the concerned thematic, looking forward to demonstrate the causes, consequences and means of preventing such agressions, having as core the safety of the physical integrity e psychic of the employee, valuing his work, health and dignity.

Keywords: Organizational harassment; Work environment; Physical and mental health.

INTRODUÇÃO

O instituto do assédio moral organizacional sempre esteve presente em nossa sociedade, porém, de maneira obscura e nada abordada em determinados períodos históricos, vindo a ser estudado com o passar dos anos, estimulando a consciência, incentivando seu combate e prevenindo de futuras consequências que este traz.

Como uma das pioneiras sobre o tema está Marie-France Hirigoeyen, que aprofundou seus estudos por intermédio de pesquisas e contribuiu de forma significativa para agregar seus conhecimentos adquiridos ao debate, publicando em 1998 o primeiro livro relacionado a temática em questão.

Já no Brasil, a Doutora Margarida Barreto foi a percussora do tema, inclusive, defendendo sua tese de mestrado em 2000 se utilizando de estudos feitos por Hirigoeyen, realçando a necessidade e importância da abordagem desse assunto tão relevante.

Diante de um atual cenário econômico de crise, empresas e empregadores buscam uma mão de obra barata e produtiva, com designo em diminuir gastos sem perder a produtividade, ou até aumentá-la, se possível.

Por outro lado, está o trabalhador, a parte mais frágil da relação trabalhista, que também é atingido pela crise, e acaba sendo submetido a situações degradantes e constrangedoras em seu ambiente laboral, haja vista que o empregador, sabendo da pouca

oferta de emprego no mercado de trabalho para milhões de desempregados, acaba se beneficiando desse cenário para oferecer propostas de acordos absurdas, impor ao funcionário metas inatingíveis e o cobrando pela obtenção de tal, causando-lhe constrangimento em público ou o humilhando em particular, tendo em vista a necessidade do empregado pela continuidade de suas atividades laborais.

O assédio moral organizacional se configura com o preenchimento de certos requisitos, que são: habitualidade, ataques psicológicos, a intenção de prejudicar, afastar ou anular o empregado, e a pessoalidade.

As consequências oriundas dessa agressão transcendem a questão física, atingindo a parte psicológica do empregado e trazendo diversos transtornos e reflexos, como depressão, a Síndrome de Burnout, onde vítima se insere em um profundo esgotamento físico e mental, ocasionando até mesmo o suicídio do agredido.

Diversas ações por conta do Estado, das empresas e até mesmo dos empregados podem mudar esse cenário e buscar um ambiente de trabalho saudável, campanhas, cursos, palestras e políticas de gestão possuem uma considerável relevância para combater tais agressões, visando agregar conhecimento, por intermédio de instrução, promovendo a educação e fiscalizando de maneira efetiva o a local das atividades de seus empregados.

Sobre esse paradigma, o presente trabalho tem o propósito de abordagem em seu primeiro capítulo os conceitos, características e fundamentos do assédio moral organizacional, bem como suas consequências e danos.

Já no segundo capítulo o propósito do presente trabalho é destacar a proteção à saúde do trabalhador e importância de um meio ambiente de trabalho saudável, bem como a relevância do respeito à dignidade da pessoa humana no ambiente de trabalho, incluindo o respeito a integridade física e psíquica do empregado e suas violações.

Finalmente, o capítulo três, destacando a prevenção e reparação civil do assédio moral organizacional, realçando os fundamentos para prevenção, as medidas educativas, a importância de uma tutela jurisdicional inibitória e finalizando com a responsabilidade civil do empregador diante do assédio moral organizacional.

1. ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

1.1 CONCEITO

O assédio moral apesar de ser constante no cotidiano de muitas pessoas, acaba passando despercebido em algumas situações, por ser manifestado de forma sutil e, inclusive de modo disfarçado, e pela complexa percepção de danos que, além de físico, pode ser emocional e psicológico.

Vindo o tema a ser abordado mais profundamente em 1980, quando o psicólogo alemão Heinz Leymann passou a usar a nomenclatura *mobbing* para se tratar desse comportamento abusivo com o intuito de atingir diretamente um integrante de algum determinado grupo. Optando Leymann em adotar esse nome e não *Bullyng*, entendendo que *mobbing* se trata de um termo mais específico acerca desse assunto, levando em consideração que nem sempre ocorre a violação física, como no *bullyng*.¹

Até que então surge a autora Marie-France Hirigoyen, que nos apresenta o nome “assédio moral” como substituição do termo *mobbing*, justificando que assédio possui uma representatividade na qual melhor se encaixa com a definição realizando diversas pesquisas e publicando em 1998 a primeira edição do livro relacionado ao tema, sendo o termo adotado também no Brasil por intermédio de Margarida Barreto. Nesse aspecto, dispõe Lis Andrea Soboll:

Hirigoyen sugere o termo assédio moral, avaliando-o como mais adequado que *mobbing*, pois o termo “assédio” representa melhor os pequenos ataques ocultos e insidiosos tanto de um indivíduo como de um grupo, contra uma ou várias pessoas, típicos dessas situações. Para a autora, a palavra moral empregada tem duplo sentido: sinaliza as agressões de natureza psicológica e as noções de bem e de mal, definidas culturalmente. No *mobbing*, a referência é de ataques de um grupo contra uma pessoa.²

A pioneira ao tratar sobre o tema no Brasil foi a Doutora Margarida Barreto, que inclusive defendeu sua tese de mestrado em 2000 se baseando nos estudos oriundos de Hirigoyen, destacando a relevância do tema que até então não tinha a visibilidade necessária e abordagem digna no país, abrindo portas para a indagação de diversos outros autores.³

Observa-se, assim, que além do assédio moral individual, que tem como objetivo a exclusão da vítima do mundo do trabalho, discriminando-a perante o grupo, há também o assédio moral denominado organizacional. Este último tem por objetivo a sujeição de um grupo de trabalhadores às agressivas políticas mercantilistas da empresa por meio do estabelecimento abusivo de metas.⁴

Quanto a isso, ensina Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

A moderna organização do trabalho tem como objetivo a instauração do mercado globalizado, através da competitividade e de grandes resultados a baixos custos. A reestruturação e reorganização do trabalho fizeram com que o trabalhador se adequasse a novas características, ou seja:

¹ SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 24.

² SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 27.

³ SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 27

⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). Novidades em direito e processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p. 159.

qualificação, polivalência funcional, visão sistêmica do processo produtivo, autonomia e flexibilização, entre outras. Nessa nova perspectiva filha da globalização, exigem-se do trabalhador maior escolaridade, competência, eficiência, competitividade, criatividade, tudo com o objetivo de produzir mais e com o menor custo possível.⁵

Nesse aspecto, no assédio moral organizacional, o trabalhador fica “submetido a um ambiente laboral com características completamente competitivas, obrigando-os a também se tornarem muito competitivos, sob pena de não se desenvolverem no local de trabalho”.⁶

Desse modo, o assédio moral organizacional é uma espécie de assédio psicológico que se manifesta por cobranças excessivas por obtenção de metas, muitas vezes inatingíveis, pressões psicológicas coletivas ou individuais, ambientes de trabalho sobrecarregados, nos quais trazem diversos transtornos ao empregado.

O assédio moral organizacional compreende, assim,

um conjunto sistemático de práticas reiteradas, provindas dos métodos de gestão empresarial, que tem por finalidade atingir determinados objetivos empresariais relativos ao aumento de produtividade e à diminuição do custo do trabalho, por meio de pressões, humilhações e constrangimentos aos trabalhadores na empresa.⁷

No assédio moral organizacional, portanto, a finalidade é “o aumento da produtividade, a diminuição dos custos e a exclusão de trabalhadores que a empresa não deseja manter em seus quadros”.⁸

1.2 CARACTERÍSTICAS

Conforme visto, o assédio moral organizacional, é aquele no qual a empresa, por intermédio de políticas de gestão totalmente abusivas da sua própria administração, acaba submetendo o empregado ao cumprimento de metas extremamente árduas seguidas de cobranças excessivas, humilhações e repressões.

O assédio moral organizacional, assim, “é o que se verifica contra grupo ou comunidade de trabalhadores na empresa, com vistas ao atingimento de campanhas de produtividade, com penalidades para a não obtenção de metas”.⁹

⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). *Novidades em direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p. 160.

⁶ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). *Novidades em direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p. 160.

⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). *Novidades em direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p. 162.

⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). *Novidades em direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p. 165.

⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício*. São Paulo: LTr, 2013, p. 362.

Vale destacar que o assédio moral não se configura somente pelo autor superior hierarquicamente (vertical descendente), pode ocorrer pelos próprios companheiros de trabalho (horizontal) e também dos empregados sobre algum superior hierarquicamente falando (vertical ascendente).¹⁰

No entanto, a forma mais comum de assédio moral é aquela que parte de um superior hierárquico do empregado assediado, denominada assédio moral vertical.

A esse respeito, destaca Denise de Fátima Stadler

O assédio moral é mais comum em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam relações desumanas de longa duração, de um ou mais chefes, dirigidas a um ou mais subordinados. São atitudes que desestabilizam o ambiente de trabalho, forçando a desistir do emprego.¹¹

Existem alguns requisitos que qualificam o assédio moral organizacional, que são habitualidade, ataques psicológicos, a intenção de prejudicar, afastar ou anular a vítima no ambiente de trabalho e por fim a pessoalidade.¹²

A habitualidade se configura com práticas reiteradas de atitudes violentas, psicologicamente ou fisicamente, por um determinado período. Esse período não é definido precisamente pela doutrina, devendo o caso ser analisado sob a perspectiva do real interesse do assediador de atingir a vítima se caracterizando pelas suas práticas repetidas e pela intensão de lhe causar prejuízos em seu ambiente laboral.¹³

Os ataques psicológicos são aquelas atitudes provenientes do agressor com o intuito de causar constrangimento à vítima, lhe trazendo transtornos com uma considerável intensidade.¹⁴

Já intenção de prejudicar, afastar ou anular a vítima se dá quando o agressor usa como meio as agressões para se chegar na finalidade que é excluir e prejudicar a vítima não só no ambiente de trabalho como a atingindo em seu ambiente social e familiar. Utilizando de ofensas, humilhações e constrangimentos para provocar uma queda de produção, desempenho abaixo do esperado e causando até seu desligamento.¹⁵

¹⁰ DANTAS, Luana Karla de Araújo. Assédio moral organizacional: uma análise das políticas de gestão e do abuso do poder diretivo do empregador. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55837&seo=1>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

¹¹ STADLER, Denise de Fátima. Assédio moral: uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador. São Paulo: LTr, 2008, p. 69.

¹² SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p.31.

¹³ SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p.31.

¹⁴ SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 32.

¹⁵ SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 32.

Por último, temos a personalidade, caracterizada por um alvo específico do agressor, podendo ser uma pessoa ou um grupo selecionado que se destacam dos demais empregados.¹⁶

1.3 OS FUNDAMENTOS DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL: A IMPOSIÇÃO DE METAS E O AUMENTO DA PRODUTIVIDADE

Quando a organização e administração de uma empresa são constituídas no intuito de obtenção de lucro através de uma política agressiva para o funcionário, estamos diante de um assédio organizacional, que possui alguns elementos de gestão que nos permite a visualização dessa política.

Sendo assim, temos a gestão por injúria, que, se consubstancia em humilhações e pressões excessivas sobre o empregado, chegando a lhe ofender a honra, causando constrangimento e depreciando sua imagem, podendo ser em pública ou em particular, podendo ser a vítima uma pessoa ou um determinado grupo.¹⁷

Existe a gestão por estresse que visa a ampliação de lucros da empresa e produtividade dos trabalhadores, sem o dolo de causar a estes qualquer prejuízo, porém, o método empregado é tão cruel e rigoroso que acaba criando um ambiente de trabalho totalmente tenso desgastante a estes, utilizando, por exemplo, de quadros de comparações de metas alcançadas ou não, gráficos de desempenhos, metas inalcançáveis, etc. Acaba submetendo o empregado a um estresse elevado, trazendo transtornos físicos e psíquicos.¹⁸

A gestão por medo se baseia em aceitação de determinadas políticas abusivas das empresas por medo de perder o cargo ou emprego, de não progredir na carreira, não conseguir se encaixar novamente no mercado de trabalho e as empresas se aproveitam disso para impor ao funcionário seu *modus operandi*, sabendo que o mercado de trabalho está extremamente saturado e o país passando por uma crise na qual milhões de pessoas estão desempregadas, se aproveitam destes fatores e acabam instaurando esse tipo de pressão na sua gestão.¹⁹

¹⁶ SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 32.

¹⁷ DANTAS, Luana Karla de Araújo. Assédio moral organizacional: uma análise das políticas de gestão e do abuso do poder diretivo do empregador. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55837&seo=1>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

¹⁸ DANTAS, Luana Karla de Araújo. Assédio moral organizacional: uma análise das políticas de gestão e do abuso do poder diretivo do empregador. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55837&seo=1>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

¹⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O assédio moral laboral como fator de adoecimento no trabalho. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19483&revista_caderno=25>. Acesso em abr 2019

Esses tipos de gestões fazem parte da política das empresas em busca de aumentar sua produtividade, aumentando seus lucros e minimizando seus gastos, já que pode exigir de um só funcionário o serviço que deveria ser dividido por até três, sendo que esse empregado irá se sacrificar para executar o que lhe foi ordenado para garantir seu vínculo empregatício, tentando ser justificado pelos sócios, proprietários e diretores de empresas.

Acerca disso, acentua Lis Andrea Saboll:

De maneira insidiosa, o assédio organizacional é por vezes defendido por diretores, gestores e mesmo pelos trabalhadores como estratégias necessárias na busca de padrões de excelência e de alta competitividade no mercado globalizado. Faz parte da busca de legitimação dessas práticas o processo de banalização do assédio moral.²⁰

1.4 CAUSAS DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL: A BUSCA DESENFREADA PELO LUCRO

O mercado de trabalho está em constante evolução e inovação, exigindo daqueles que o integram uma reestruturação permanente, com isso, as empresas acabam cobrando excessivamente de seus funcionários uma produtividade maior em um curto lapso temporal para se manter competitiva dentro desse mercado, chegando essa exigência de produção a ser abusiva.²¹

Consoante ensina Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

Diante das novas formas de gestão administrativa ou de reestruturação produtiva advindas dos efeitos da globalização na organização produtiva e do trabalho, as empresas precisam se reestruturar para adotarem padrões internacionais de qualidade a fim de enfrentar a competitividade e a lucratividade. Por isso, vivencia-se hodiernamente a era do controle da qualidade total. E o resultado disso é a busca cada vez mais desordenada de obtenção do lucro, que acontece através do estabelecimento de metas, por sua vez, abusivas.²²

Sob tal ótica, quando a política de uma empresa está estruturada em uma base que busca somente a produtividade e obtenção de lucros, acaba deixando o ambiente de trabalho hostil, induzindo os trabalhadores a uma competição interna, vindo os trabalhadores a adotarem uma relação de inimizade e concorrência excessiva entre si.²³

²⁰ SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 81.

²¹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O assédio moral laboral como fator de adoecimento no trabalho. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19483&revista_caderno=25>. Acesso em 20 abr 2019.

²² ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXEIRA, Érica Fernandes (Coords.). Novidades em direito e processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p. 164.

²³ SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 76.

Essa cobrança excessiva sobre o empregado para cumprimento de metas estabelecidas, acabam sendo prejudiciais ao empregado, ao serviço prestado e ao ambiente de trabalho no qual este trabalhador está inserido.

Como meio de exemplificar, segue abaixo uma decisão referente ao tema supracitado:

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO ORGANIZACIONAL. GESTÃO POR ESTRESSE. COBRANÇA EXCESSIVA DE METAS. Extrapola o poder diretivo do empregador a constante e incontestável cobrança aqueles que não alcancem os resultados perseguidos ou criticando severamente o trabalho realizado. Mesmo que não ataque diretamente o empregado, a má conduta patronal configura gestão por estresse a violar os direitos de personalidade, o que permite o detrimento de indenização por danos morais. (TRT-4 – RO: 00205921320165040020, Data de Julgamento 08/02/2018, 6ª Turma)

O assédio moral organizacional é constantemente abordado pelas empresas com a justificativa de serem essas práticas de cobrança, imposição de metas, fiscalização intensa, e exigência excessiva de resultados, como parte de um sistema global existente, sendo primordiais para a evolução e crescimento da empresa acompanhando o ritmo do mercado, visando legitimar a atitude abusiva praticada, ignorando a lesão causada sobre cada trabalhador e a sua dignidade.

Em razão disso, destaca com exatidão Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

Mesmo o empregador tendo o direito de estabelecer metas e estratégias para atingir seus resultados, ele não tem o direito de agir com desrespeito ao empregado em busca exclusiva de lucros e resultados, pois o seu direito de gerir a empresa não lhe dá o direito de lesar a dignidade da pessoa humana.²⁴

Ferem, portanto, a dignidade do trabalhador, as cobranças excessivas e humilhantes impostas pelo empregador, com o intuito de alcançar suas metas e resultados. O poder diretivo limita-se pelo princípio central da ordem jurídica hodierna, fundamento de validade de toda ação e de toda conduta com repercussões jurídicas, que é a dignidade da pessoa humana.²⁵

1.5 CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

A Organização de Mundial da Saúde (OMS) em 2002 publicou o Relatório mundial sobre violência e saúde, na qual versa sobre as consequências que recaem sobre uma pessoa submetida a um poder abusivo e excessivo, veja-se:

²⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). *Novidades em direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p. 155.

²⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). *Novidades em direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p. 55.

O uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.²⁶

Cabe ressaltar que o termo “poder” se refere a uma relação de poder, podendo pontualmente ser exemplificado nas posições de empregado e empregador.

Sendo assim, as consequências como lesão, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação e dificuldade de se socializar, dentre outras, podem ser imediatas ou advirem com o tempo, bem como podem ser transitórias ou de caráter permanente.²⁷

1.5.1 DANOS À SAÚDE FÍSICA E MENTAL DO TRABALHADOR

A empresa deve apresentar um meio ambiente harmônico e agradável, buscando o zelo pela saúde física e psicológica de seus funcionários, evitando qualquer tipo de métodos que coloque em risco sua integridade, haja vista que ao serem violados, os danos causados têm um potencial impacto em sua vida social, laboral e familiar.²⁸

A cobrança exercida do empregador sobre o empregado de maneira reiterada e intensa acaba trazendo consequências terríveis e extremamente prejudiciais à saúde física e mental do trabalhador, podendo afetá-lo de maneira imediata ou lentamente.

De acordo com Tchilla Helena Candido, o assédio moral organizacional acarreta as seguintes consequências à saúde física e psicológica do trabalhador:

Agressividade, irritabilidade, desinteresse, desmotivação, angústia pela autodesvalorização e depressão. O trabalhador com essa síndrome perde a noção de sua rentabilidade profissional e, tal como uma vítima de Assédio Moral, tem uma série de sensações como dores generalizadas, fibromialgias, insônia, dores de cabeça, falta de ar, etc. Quando identificado quadro de Burnout, é hora de reestruturar o ambiente de trabalho, remanejar as atividades, a fim de prevenir o desgaste emocional e priorizar a saúde do trabalhador. Quando uma depressão se manifesta pela Síndrome de Burnout, a mesma não será por motivos relacionados à vida pessoal do trabalhador, e, sim, a situações ligadas diretamente ao trabalho.²⁹

Quando se trata de danos físicos, o empregado, mesmo debilitado, procura evitar que a lesão sofrida seja demonstrada, muitas vezes por medo de perder o cargo ou emprego, ou até mesmo por entender que a cobrança e opressão imposta pelo empregador tenha sua carga majorada. Mas nem sempre é possível esconder esse dano e

²⁶ Krug EG et al., eds. *World report on violence and health*. Geneva, World Health Organization, 2002, p. 5.

²⁷ Krug EG et al., eds. *World report on violence and health*. Geneva, World Health Organization, 2002, p. 5.

²⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *Trabalho decente: direito humano e fundamental*. São Paulo: LTr, 2016, p. 134.

²⁹ CANDIDO, Tchilla Helena. *Assédio moral: acidente laboral*. São Paulo: LTr, 2011, p. 234.

suas consequências, a vítima começa a demonstrar atitudes não comuns, dificuldade de relacionamento e socialização, sua capacidade produtiva é reduzida devido à pressão exercida. Por isso, o empregado pode adoecer em decorrência do tamanho desgaste.

O dano à saúde física do trabalhador, segundo Barbosa Júnior, citando Mauro Moura, pode ter seu reflexo sob diversas maneiras:

Os primeiros sintomas são os problemas clínicos devido ao estresse. O funcionário começa a dormir mal, a ter tremores, palpitações, pressão alta, problemas de pele, aumenta ou diminui de peso abruptamente. Uma pessoa que não possui diabetes pode desenvolver a doença, e quem possui pode descompensar o sintoma. Em alguns casos, distúrbios hormonais também são verificados. Nas mulheres, alterações na menstruação. Nos homens, impotência.³⁰

Sendo alguns destes de caráter perpétuo, trazendo prejuízo à vida do trabalhador de maneira a prejudicá-lo não somente em seu ambiente de trabalho como também na sua vida social e familiar, criando barreiras que impeçam seu ingresso no mercado de trabalho novamente, pois o medo de ser vítima de um novo assédio permanece em seu subconsciente, e temendo não ter mais forças para suportar uma nova agressão, a vítima acaba evitando uma nova atividade laboral.

Os danos psicológicos causados ao empregado devido ao abuso patronal, diferentemente dos danos físicos, exigem uma análise mais aprofundada para ser constatado, haja visto que não deixa lesões aparentes, via de regra, podendo a vítima sofrer tais danos sem que a própria ainda não tenha o identificado.

Esses danos psicológicos acarretam em um desgaste considerável ao empregado, vindo a vítima a adquirir diversas doenças, afetando diretamente seu desempenho profissional, atingindo sua produtividade, seu relacionamento com os colegas de trabalho, podendo se estender a vida profissional e social. Sendo que algumas dessas doenças requer um processo complexo para reverter o quadro de enfermidade, e o pior, dependendo do grau de agressividade da atitude recaída sobre o trabalhador e a periodicidade, pode levar até ao suicídio.

Observa-se, assim, portanto, que:

Dentre os danos supracitados da parte física, encontramos os danos causados na forma psíquica, podendo serem identificados como pressão alta, depressão, síndrome do pânico, em alguns homens, disfunção erétil, dores diversas (dores no corpo, dores de cabeça, dentre outras) e, conforme acima mencionado, o suicídio.³¹

³⁰ BARBOSA JÚNIOR, Floriano. *Direito à intimidade: direito fundamental e humano na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008, p. 33.

³¹ RHPortal. Disponível em <<https://www.rhportal.com.br/artigos-rh/os-impactos-do-assedio-moral-para-as-organizaes-e-suas-ferramentas-de-controle/>>. Acesso em 16/04/2019

Contudo, cabe ressaltar que essas consequências e danos não se limitam ao ambiente laboral, acabam afetando a vítima em seu ambiente social e familiar, podendo gerar reflexos em seu cônjuge, filhos, pais, parentes, pois o transtorno psicológico e físico altera o humor e determinadas percepções do indivíduo, o fazendo ficar desconexo da realidade, desatento, oprimido e impulsionando um medo desproporcional. Tamanho são os efeitos que a intensidade do assédio passa a transformar a vítima em uma pessoa totalmente diferente, suas atitudes mudam, seu humor altera e conseqüentemente seu contato com as demais pessoas próximas se torna diferenciado, cabendo a estas, a identificação primária dos danos e consequências oriundos da relação de trabalho abusiva.

Vale ressaltar que se deve atentar ao nexos causal desses danos, haja vista que o ambiente de trabalho e o estresse impetrado sobre o empregado é de extrema relevância para que ocorra o assédio e suas consequências, como também fatores externos podem contribuir para a enfermidade psíquica e física da vítima.

Nesse contexto, em 1998 o Conselho Federal de Medicina elaborou um relatório no qual guia o médico atuante à identificação do nexos causal entre o transtorno de saúde até sua atividade laboral, indo além do exame clínico, passando por exames complementários e necessários. Sendo assim, o médico deve considerar, segundo a Resolução Nº 1.488/98, os seguintes fatores:

- I - a história clínica e ocupacional, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação de nexos causal;
- II - o estudo do local de trabalho;
- III - o estudo da organização do trabalho;
- IV - os dados epidemiológicos;
- V - a literatura atualizada;
- VI - a ocorrência de quadro clínico ou subclínico em trabalhador exposto a condições agressivas;
- VII - a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros;
- VIII - o depoimento e a experiência dos trabalhadores;
- IX - os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área da saúde³²

Logo, a participação da empresa é primordial para evitar o assédio e garantir a integridade física e psicológica do empregado, devendo se adequar e cumprir as normas de prevenção e precavendo seus funcionários de qualquer dano. Para isso, a Consolidação das Leis Trabalhistas versa em seu Capítulo V, Da Segurança e da Medicina do Trabalho, no art. 157 sobre o dever da empresa em zelar pelo bem à vida e saúde de seus empregados:

Art. 157. Cabe às empresas:

- I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

³² Revista Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2008-jun-29/lesao_assedio_moral_caracteriza_doenca_trabalho> Acesso em: 16 de abr. 2019

- II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Nessa perspectiva, o artigo 225 da Constituição de 1988 apresenta a necessidade de o empregador manter o meio ambiente de trabalho em condições ecologicamente equilibradas, prezando pela sadia qualidade de vida do trabalhador, *verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Diante disso, Rúbia Zanotelli de Alvarenga expõe que:

todo empregador possui a obrigação de zelar pela saúde física e psíquica ou psicológica do trabalhador, bem como de manter o ambiente de trabalho moralmente sadio, conforme disposição prevista nos arts. 200, VIII e 225 da CF/88. Caso não cumpra com suas obrigações patronais, deverá ele responder de forma objetiva por meio da satisfação de danos morais e materiais pela conduta abusiva decorrente do assédio moral laboral.³³

Verifica-se, assim, portanto, que a “a responsabilidade do empregador vai além de pagar o salário para o trabalhador. O empregador possui a responsabilidade de absorver os riscos inerentes ao seu negócio e de zelar pela integridade física, psíquica e moral do trabalhador, assegurando-lhe um ambiente hígido, seguro e saudável”.³⁴

Diante das considerações expendidas, resta evidente a responsabilidade legal e moral da empresa em preservar o ambiente de trabalho, assim como a integridade física e psíquica do trabalhador, tendo o dever de, quando inevitáveis, reduzir todos os danos que podem recair sobre seus funcionários.

1.5.1.1 SÍNDROME DE BURNOUT

A Síndrome de *Burnout* está diretamente ligada ao profundo esgotamento físico e mental do trabalhador, oriundos de um ambiente de trabalho não saudável, de intensas cobranças, pressões e sobrecarga de trabalho. E acaba sendo muito presente na vida laboral de muitos trabalhadores, mesmo que eles não consigam identificar.

³³ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O assédio moral laboral como fator de adoecimento no trabalho. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19483&revista_caderno=25>. Acesso em 20 abr 2019.

³⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O assédio moral laboral como fator de adoecimento no trabalho. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19483&revista_caderno=25>. Acesso em 20 abr 2019.

Por se tratar de uma doença que se apresenta tanto na forma física e psicológica, requer uma demasiada atenção sobre a segunda questão, haja vista que muitas vezes não é tão fácil sua percepção, pois, dependendo do caso, não apresentam lesões aparentes.

De acordo com o portal do Ministério da Saúde, os sintomas da Síndrome de *Burnout* podem se manifestar por um cansaço excessivo, físico e mental, dor de cabeça frequente, alterações no apetite, insônia, dificuldades de concentração, sentimentos de fracasso e insegurança, negatividade constante, sentimentos de derrota e desesperança, sentimentos de incompetência, alterações repentinas de humor, isolamento, fadiga, pressão alta, dores musculares, problemas gastrointestinais, alteração nos batimentos cardíacos, dentre outros.³⁵

Conforme acima exposto, uma alimentação adequada, ambiente de trabalho saudável, atividades físicas e momentos de lazer, aumentam a qualidade de vida e colabora para o tratamento, assim como contribuem para a prevenção da Síndrome *Burnout*, consequentemente, para aqueles que não a tem. Além dessas formas de prevenção, podemos ressaltar também outros métodos como, definir pequenos objetivos na vida profissional e pessoal, evitar pessoas negativas, conversar com alguém de confiança sobre o que se está sentindo, evitar consumo de bebidas alcoólicas, tabaco ou outras drogas, e evitar a automedicação.³⁶

É preciso sempre se atentar, pois a Síndrome *Burnout* está presente de forma considerável nos dias atuais, devido ao grande índice de competitividade no ambiente de trabalho, bem como a busca descomunal por obtenção de metas, resultados e produtividade.

Sob tal perspectiva, Rúbia Zanotelli de Alvarenga assinala que uma das moléstias que afetam o trabalhador como resultado desse assédio moral organizacional, que se dá através da exigência desequilibrada de metas no ambiente de trabalho é a Síndrome de *Burnout*. Por meio do assédio moral organizacional, cria-se um terror psicológico capaz de gerar um esgotamento físico e mental ao empregado, influenciando, ainda, no aparecimento de outras enfermidades que poderão se cronificar.³⁷

Logo, “a Síndrome de *Burnout* compreende uma espécie de exaustão emocional ou estresse, que pode ser considerada como doença do trabalho, capaz de acarretar a incapacidade temporária ou definitiva para a prestação de serviços”.³⁸

³⁵ BRASIL, Ministério da Saúde. Disponível em <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental/sindrome-de-burnout>> Acesso em: 16 de abril de 2019

³⁶ BRASIL, Ministério da Saúde. Disponível em <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental/sindrome-de-burnout>> Acesso em: 16 de abril de 2019

³⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). Novidades em direito e processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p. 167.

³⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). Novidades em direito e processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p. 167.

Insta destacar que, a Síndrome de *Burnout*, após a 11ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças, foi considerada como doença, caracterizada por um fenômeno ocupacional.³⁹

2. A PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR E AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SAUDÁVEL E EQUILIBRADO

2.1 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SAUDÁVEL E EQUILIBRADO: CONCEITO

A Lei 6.938/81, ao inaugurar a política nacional do meio ambiente, define no seu art. 3º, inciso I, que meio ambiente em si é o conjunto de condições, leis, influências, alterações e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Segundo Raimundo Simão Mello, essa definição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente é ampla, devendo-se observar que o legislador optou por trazer um conceito jurídico aberto, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma legal, o qual está em plena harmonia com a Constituição Federal de 1988 que, no caput do art. 225, buscou tutelar todos os aspectos do meio ambiente, quais sejam: natural artificial, cultural e do trabalho.⁴⁰

Reza, assim, o art. 225 da Constituição Federal de 1988:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O bem ambiental, assim, constitui o objeto do direito ambiental. Quer no aspecto material quer no imaterial, diz respeito ao valor maior do ser humano, que é a vida. Por isso, estabelece a Constituição Federal de 1988, no seu art. 225, *caput*, que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida do ser humano,

³⁹ BRASIL, Paho. Disponível em < https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5949:cid-burnout-e-um-fenomeno-ocupacional&Itemid=875 >

Acesso em: 18 de junho de 2019

⁴⁰ MELO, Raimundo Simão. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 25.

impondo ao Poder Público e à sociedade organizada o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações. É o bem ambiental, portanto, um direito de todos e de cada um ao mesmo tempo, sendo que, uma vez violado, a agressão atinge toda a sociedade.⁴¹

No direito do trabalho, em especial, o bem ambiental envolve a vida do trabalhador como pessoa e integrante da sociedade, devendo ser preservado por meio da implementação de adequadas condições de trabalho, higiene e medicina do trabalho. Raimundo Simão de Melo esclarece brilhantemente:

Cabe ao empregador, primeiramente, a obrigação de preservar e proteger o meio ambiente laboral e, ao Estado e à sociedade, fazer valer a incolumidade desse bem. Nesse sentido, estabelece a Constituição Federal de 1988 (arts. 1º e 170), como fundamentos do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica os valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana e o respeito ao meio ambiente. Desrespeitado esse bem, fixa a Carta Maior a obrigação de reparação em todos os seus aspectos administrativos, penais e civis, além dos de índole estritamente trabalhista, como previstos em outros dispositivos constitucionais e legais. Essa responsabilidade, como estabelecem os arts. 225, § 3º da Constituição e 14, § 1º da Lei n. 6.938/81 (Lei de política nacional do meio ambiente), é de natureza objetiva.⁴²

Desse modo, dois são os objetos de tutela ambiental constantes da definição legal do art. 225 da Constituição Federal de 1988. O primeiro é imediato, pois se refere à qualidade do meio ambiente em todos os seus aspectos. O segundo é mediato, por ser concernente à saúde, segurança e bem-estar do cidadão, expresso nos conceitos vida em todas as suas formas (Lei n. 6.938/81, art. 3º, inciso I) e qualidade de vida (CF, art. 225, *caput*).⁴³

O meio ambiente constitui um sistema uno, que traz consigo suas especificidades particulares e seus aspectos como, natural, artificial e cultural. Em idêntica perspectiva, elucida Rúbia Zanotelli de Alvarenga que o meio ambiente é composto por diversos aspectos, que englobam o natural, artificial, cultural e do trabalho. Sendo assim,

Meio ambiente natural ou físico é aquele formado por elementos integrantes da natureza, como a água, o solo, o ar atmosférico, a flora e a fauna além de todos os demais elementos naturais responsáveis pelo equilíbrio dinâmico entre os seres vivos. Meio ambiente cultural é composto pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico e científico. Meio ambiente artificial, por sua vez, é o constituído pelo conjunto de edificações, equipamentos públicos, ruas, praças, rodovias e demais elementos que formam o espaço urbano construído.⁴⁴

⁴¹ MELO, Raimundo Simão. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 30.

⁴² MELO, Raimundo Simão. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 30.

⁴³ MELO, Raimundo Simão. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 25

⁴⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *Trabalho decente: direito humano e fundamental*. São Paulo: LTr, 2016, p. 133.

O meio ambiente do trabalho, nessa linha, pode ser conceituado da seguinte forma:

É o local onde as pessoas desempenham suas atividades, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc).⁴⁵

No tocante ao meio ambiente do trabalho, aquele no qual o empregado exerce suas atividades laborais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, aborda acerca dos direitos que devem ser obedecidos, visando à melhoria da condição social do empregado, dentre estes, destaca-se o inciso XXII, que preceitua sobre a obrigatoriedade do empregador em garantir ao empregado um meio ambiente de trabalho seguro, reduzindo os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas da saúde e higiene.

Ratificando a proteção jurídica ao trabalhador referente ao ambiente saudável e equilibrado, no qual deve ser exposto, a Constituição Federal de 1988, conforme versa em seu artigo 200, inciso VIII, ainda atribuiu ao Sistema Único de Saúde a competência de colaborar na proteção do meio ambiente, incluindo-se nesse contexto o do trabalho.

Seguindo o mesmo sentido, cumpre registrar o entendimento da Norma Regulamentadora 17, em seu item 6.1, do Ministério do Trabalho e Emprego, na qual aborda sobre a adaptação da organização do trabalho para com o empregado, lhe propiciando uma capacitação com o intuito para adquirir conhecimento sobre as formas de adoecimento relacionadas à sua atividade, suas causas, efeitos sobre a saúde e medidas de prevenção.⁴⁶

Sobre esse aspecto, fica nítida a prioridade de se preservar a saúde do trabalhador como um ser humano e não como um objeto ou equipamento produtor de bens e serviços, tendo em vista que o trabalho não é mercadoria. Porém, essa proteção vai além da prevenção de doenças e enfermidades, incluindo o bem-estar do trabalhador, no qual engloba a saúde mental, física e social, conforme expõe a Organização Mundial da Saúde (OMS), em sua 8ª Conferência, listando um conceito de saúde incluindo a alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, emprego, etc. Compreendendo assim que, o meio ambiente do trabalho deve ser sadio, respeitando os direitos fundamentais do empregado, o direito a saúde e o direito basilar da dignidade da pessoa humana.⁴⁷

Sob tal ótica, cumpre registrar alguns direitos inerentes ao trabalhador, mesmo fora de seu ambiente de trabalho, visando à melhoria de sua qualidade de vida social, física e psicológica, evitando uma sobrecarga e consequências oriundas de um ambiente

⁴⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 17 ed. São Paulo: Saraivajur, 2017, p. 21.

⁴⁶ BARUKI, Luciana Veloso. Risco psicossociais e saúde mental do trabalhador: por um regime jurídico preventivo. São Paulo: LTr, 2018, p. 114.

⁴⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Trabalho decente: direito humano e fundamental. São Paulo: LTr, 2016, p. 134.

de trabalho não sadio, sendo estes, o direito ao lazer, o direito à desconexão do trabalho e o direito ao projeto de vida e à vida de relações.

O direito ao lazer permite ao trabalhador que desfrute do seu tempo livre para praticar atividades desvinculadas ao seu trabalho, devendo o próprio trabalhador definir quais sejam estas, podendo optar pelo descanso, entretenimento, exercícios, práticas religiosas, culturais, intelectuais de modo que supra o desgaste físico e mental ocasionado pela prática laboral.

Diante disso, Rúbia Zanotelli de Alvarenga expõe que:

Constata – se, pois, o lazer como um bem essencial do ser humano, com o objetivo de lhe proporcionar a recuperação da energia física e mental gasta no trabalho, visando ao atingimento do completo bem-estar do trabalhador e ao indispensável equilíbrio de sua saúde física, mental e social.”⁴⁸

Vinculado ao direito ao lazer está o direito à desconexão do trabalho, que busca assegurar ao trabalhador que ao final de seu expediente de trabalho, fica este desvinculado temporariamente à atividade laboral, podendo, a partir de então, se programar e usufruir do seu tempo livre fora do ambiente de trabalho para executar diversas outras atividades ao seu bem entender, inclusive o lazer, incluindo nesse contexto os altos empregados.

Como declara Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

A premissa básica do Direito do Trabalho é garantir a proteção à saúde física, mental e social do trabalhador. Nesse enleio, o não estabelecimento do tempo de trabalho ou da limitação efetiva da jornada de trabalho dos altos empregados, como também ao direito à desconexão de suas atividades laborais, ainda promove a possibilidade de dano existencial. Isso se dá a medida em que o trabalhador fica impedido de desenvolver projetos pessoais e de usufruir o direito ao lazer, além de ficar afastado do convívio social e familiar diante do labor prestado de formar extenuante e exaustiva.⁴⁹

Sobre o direito ao projeto de vida e à vida de relações, estes têm por objetivo resguardar o empregado de práticas abusivas do empregador no sentido de uma sobrecarga de trabalho, resultando em ocupação quase integral de seu tempo, privando de gozar de seu intervalo interjornada, como também de seu descanso remunerado, trazendo-lhe prejuízo em sua relação social e até mesmo familiar, se caracterizando em um dano existencial ou à existência digna.

Diante disso, estatuem Rúbia Zanotelli Alvarenga e Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho:

⁴⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Trabalho decente: direito humano e fundamental. São Paulo: LTr, 2016, p. 157.

⁴⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Trabalho decente: direito humano e fundamental. São Paulo: LTr, 2016, p. 154.

Como visto, a submissão de determinado trabalhador a exaustivo regime de trabalho, culmina na formação do dano ao projeto de vida e à sua existência, pois priva-lhe de tempo para o lazer, para a família e para o seu próprio desenvolvimento pessoal, cultural, artístico e intelectual, afetivo, entre outros. Pode também resultar em prejuízo para a saúde do trabalhador, motivo pelo qual deverá ser duplamente combatido.⁵⁰

Conforme acima exposto pelos exímios doutrinadores, o dano existencial causado ao trabalhador não prejudica somente às relações sociais e familiares do empregado, pode envolver também sua saúde física, psíquica e social.

2.2 A VIOLAÇÃO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SAUDÁVEL E EQUILIBRADO PELO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL.

Convicto do entendimento no qual um ambiente de trabalho saudável e equilibrado é de suma importância para a saúde física, psíquica e social do trabalhador, como também para toda a coletividade, cumpre ressaltar que a violação desse meio ambiente laboral é extremamente prejudicial a todos, inclusive ao próprio empregador, haja vista que os reflexos de uma qualidade de vida não sadia no local de trabalho podem refletir na produtividade dessas pessoas e no nível de insatisfação profissional da classe trabalhadora.

Entende-se por violação ao meio ambiente de trabalho sadio aquela atitude do empregador que acaba incluindo o empregado em uma política extremamente exaustiva para a sua saúde física, psíquica e social, implantando metas abusivas e até imbatíveis, práticas contínuas de hostilidades, humilhações, particulares ou públicas, pressão psicológica exagerada, cobrança ostensiva e tantas outras atitudes que são executadas de maneira proposital para causar-lhe prejuízo, ocasionando diversas consequências em seu ambiente de trabalho, vida social e perante a família deste, oriundos dessa violência gerada no trabalho.

A excelência dos resultados se tornou uma obsessão, buscada sem tréguas no meio empresarial. Exigências desmesuradas e até mesmo castigos humilhantes já se tornam comuns, desprezando-se completamente o comportamento ético exigido nas relações contratuais, como se o empregado fosse um objeto, cujo único papel é correr atrás e corresponder, custe o que custar, às expectativas do empregador, mesmo que isso custe, inclusive sua saúde, sua família, seu decoro, seu prestígio profissional e sua vida.⁵¹

De acordo com Paula Cristina Hott Emerick:

⁵⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Dano existencial e o direito do trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXEIRA, Érica Fernandes. Novidades em direito e processo do trabalho. São Paulo: LTr, p. 184.

⁵¹ EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 95.

Nos tempos atuais de forte competitividade, a predominância da idéia de lucro e a prevalência de interesses econômicos criaram ambiente propício para a disseminação da estratégia empresarial de busca agressiva por resultados, não sendo tão raras as situações em que o empregador pressiona desmedidamente o empregado para alcançar as metas estabelecidas, em evidente extrapolação dos limites do poder diretivo.⁵²

Ressaltando ainda os dizeres de Liz Andrea Soboll:

A violência se concretiza em decorrência das relações sociais, que é caracterizada pela imposição, realizada por um indivíduo ou grupo social a um outro (indivíduo ou grupo), contra sua vontade ou natureza, com concentração de poder e o intuito de preservar interesses específicos, impondo um ambiente de não questionamento da realidade.⁵³

Acerca disso, adverte Paula Cristina Emerick que muitas estratégias têm procurado racionalizar o trabalho o máximo possível, notadamente o trabalho em equipe e a imposição de metas de produção, verdadeiras obsessões do capitalismo moderno, de modo a extrair do trabalhador até a última gota de sua dedicação. Desse modo, fórmulas eficazes de pressionar o empregado a buscar incessantemente resultados crescentes fazem parte da cartilha de qualquer grande empresa. E o mercado dita padrões de comportamento cada vez mais regulares, pois a competitividade acirrada determina adaptações constantes para evitar a queda dos lucros.⁵⁴

É de suma importância frisar, conforme Paula Cristina Hott Emerick que “o lucro vem ocupando o lugar central dentro das grandes organizações empresariais, em detrimento das pessoas que ali trabalham e que com elas cooperam, tornando-se cada vez mais frequentes as ofensas aos direitos fundamentais do trabalhador”.⁵⁵

Dependendo dos aspectos de como essa violação foi causada, como o período do assédio, a periodicidade e intensidade, as consequências adquiridas pelo empregado podem ir além de um mero afastamento, uma queda de produtividade ou desligamento definitivo para com a empresa, chegando ao desenvolvimento de depressão e ocasionar até mesmo o suicídio da vítima.

Como observa Lis Andréa Pereira Soboll:

O desligamento do trabalhador do seu posto de trabalho sinaliza o êxito do processo de assédio moral, seja por demissão voluntária, dispensa, licença de saúde, aposentadoria parcial ou antecipada ou ainda de formas

⁵² EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p . 90.

⁵³ SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p.129

⁵⁴ EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p . 90.

⁵⁵ EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p . 87.

extremas, como suicídio ou comportamentos insistentes de vingança, como o homicídio. Na medida em que as condições de trabalho não são resolvidas, é frequente que o trabalhador agredido abandone o trabalho bem antes do período natural de aposentadoria.⁵⁶

No tocante ao ambiente de trabalho no Poder Judiciário brasileiro, convém ressaltar que existia um terrível cenário para os que trabalhavam nessa seara, sem uma estrutura básica para exercerem suas funções de maneira sadia, destituídos de equipamentos, sem climatização decente, ausência de material de consumo diário da própria atividade, ambiente insalubre totalmente nocivo aos trabalhadores, sendo violado esse ambiente e prejudicando a todos aqueles que trabalhavam nesses locais, em especial em juízos de 1º instância. Passando então o Conselho Nacional de Justiça e alguns presidentes de Tribunais a tomarem atitudes e modificarem esse cenário, propiciando aos profissionais que ali laboram, uma qualidade de vida digna em seu ambiente de trabalho.⁵⁷

2.3 A VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

A proteção e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana estão diretamente conectada com os direitos fundamentais, o incorporando e integrando o que existe de essencial em qualquer sociedade, sendo seu valor e fundamento primário, tipificado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.⁵⁸

Preceitua, assim, o art. 1, inciso III, da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...]
III - a dignidade da pessoa humana; [...]

Passando por essa perspectiva temos o trabalho, que dignifica, enobrece e engrandece o ser humano, o ajudando na construção de um caráter idôneo e íntegro, motivo pelo qual deve ser considerado de suma importância perante a sociedade, sem mesmo abordar o quesito econômico e sua importância para o desenvolvimento de um país, por intermédio de sua produção, distribuição e circulação de bens e serviços essenciais à população.⁵⁹

⁵⁶ SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 42

⁵⁷ FARAH, Bruno. Assédio moral organizacional: novas modulações do sofrimento psíquico nas empresas contemporâneas. São Paulo: LTr, 2016, p. 63.

⁵⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Trabalho decente: direito humano e fundamental. São Paulo: LTr, 2016, p. 89.

⁵⁹ CARVALHO, Nordson Gonçalves. Assédio moral: na relação de trabalho. São Paulo: Rideel, 2009, p. 27.

Paula Cristina Hott Emerick assevera elucidativa que “o princípio da dignidade da pessoa humana quer significar que o ser humano é o centro e o fim do Direito, que deve assegurar que todo ser humano seja respeitado como pessoa, impedindo sua degradação ou redução a condição inferior à relativa à sua própria essência”.⁶⁰

Para a autora em tela:

Espraindo-se como princípio central e norteador por toda a ordem jurídica e por todas as relações sociais, a dignidade da pessoa humana erige-se como substancial limite à atuação do empregador ao exercer sua prerrogativa de direção, simbolizando verdadeira “trégua” ao embate capital x trabalho, impedindo que a mais-valia expropriada do trabalhador vá além do necessário para o capital reproduzir-se.⁶¹

Emerick conclui:

Em uma palavra, ao princípio da dignidade da pessoa humana apraz impedir que o capital invada completamente a vida do empregado, tomando-lhe de assalto desejos, mente e coração, extraíndo-lhe todas as suas forças, muito além do admissível, esgotando sua possibilidade de auto-identificação fora do trabalho, causando efeitos danosos ao seu equilíbrio emocional e ferindo sua auto-estima.⁶²

Sendo assim, o ambiente de trabalho no qual o empregado está inserido deve lhe proporcionar totais condições de exercer sua atividade laboral de maneira sadia, equilibrada e digna, cabendo esta ao empregador, preservando sua saúde física e mental e social.

Sob essa perspectiva, ressalta Juan Carlos Zurita Pohlmann:

Pontua-se que o assédio moral organizacional degrada o meio ambiente de trabalho; promove a desordem econômica; impede o desenvolvimento pessoal do trabalhador; prejudica a saúde; e acaba por impor significado do conceito de trabalho de maneira prejudicial aos trabalhadores. Baseado nessa afirmação, evidencia-se a violação aos seguintes direitos fundamentais: direito ao trabalho; direito à higidez do meio ambiente de trabalho; direito ao desenvolvimento; direito à saúde.⁶³

De acordo com o que foi abordado até então, fica evidente que o grande acúmulo de trabalho, cobranças excessivas, meio ambiente de trabalho não saudável, pressões psicológicas descomunais, humilhações e outras atitudes do empregador, atinge a moral e integridade física e psíquica do empregado, lhe causando diversos transtornos mentais, sendo alguns irreversíveis.

⁶⁰ EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 91.

⁶¹ EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 91.

⁶² EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 91.

⁶³ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 73.

Em tal contexto, argumenta Paula Cristina Emerick: “a exploração passa a ser aceita como algo natural, pois em nome do bem maior, o lucro das empresas, é inevitável que se percam algumas vidas humanas”.⁶⁴

Emerick complementa:

Não resta dúvida de que o ser humano está no centro da exploração capitalista, parecendo impossível ao capital reproduzir-se lucrativamente sem diminuir o custo da mão-de-obra. Por trás da base da construção das teorias empresariais da produção enxuta e da qualidade total, encontra-se o objetivo primordial: o lucro. O trabalho humano é apenas um elemento, de que o capitalismo não pode prescindir, mas pode aniquilar. E assim esmagam-se tantas e tantas vidas humanas nas engrenagens desse sistema que não pode parar.⁶⁵

Dentre isso, vale ressaltar que o medo do desemprego, acrescenta ao empregado um vínculo com o empregador assediante, causando-lhe uma submissão, permitindo assim que essas práticas indignas e abusivas no ambiente de trabalho o atinjam constantemente, violando diretamente a sua dignidade, refletindo sobre sua vida social e familiar.

É preciso destacar que a dignidade da pessoa humana é essencial e imprescindível na própria condição humana, devendo ser protegida e tutelada, seja no ambiente social como também no local de trabalho, tendo maior relevância que qualquer relação econômica.⁶⁶

Resta evidente, desse modo, conforme Paula Cristina Hott Emerick:

Haverá, assim, desvio do poder empregatício e abuso de direito por parte de empregador sempre que se impingirem ao empregado pressões extremas que firam sua dignidade, comprometendo sua integridade moral e psíquica. A relação de emprego não é de suserania, mas de igualdade e respeito. Ao celebrar o contrato de trabalho, o trabalhador não se separa de sua personalidade, sendo intoleráveis as agressões aos seus direitos fundamentais a pretexto do exercício do poder diretivo.⁶⁷

Sendo assim, expor o empregado a situações degradantes e violando diretamente a sua dignidade, o empregador polui o próprio ambiente de trabalho, haja vista que o empregado não exercerá o seu melhor diante de suas atividades, não contribuindo para o contratante com toda sua capacidade criativa e funcional na qual se almejava, além dos diversos danos para a coletividade na qual ele está inserido.

⁶⁴ EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 92.

⁶⁵ EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 94.

⁶⁶ FARAH, Bruno. Assédio moral organizacional: novas modulações do sofrimento psíquico nas empresas contemporâneas. São Paulo: LTr, 2016, p. 57.

⁶⁷ EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 92.

Vale ressaltar que algumas áreas como a saúde, segurança pública e outras demais, são compreensíveis que haja uma cobrança maior devido à responsabilidade no qual estão encarregados os trabalhadores, porém, existe um limite no qual deve ser respeitado e tolerado, cobranças excessivas e até mesmo feitas de maneira errônea em um ambiente de trabalho já integrado de tamanha tensão e responsabilidade, acaba majorando o estresse e atingindo a saúde física e psíquica daquelas que ali trabalham.

Trazendo o pensamento do Nordson Gonçalves Carvalho: “Portanto, o meio ambiente do trabalho deve ser sadio e equilibrado, tendo em vista abranger a força de trabalho humano, a fim de preservar e garantir a vida, a saúde e a dignidade do trabalhador.”⁶⁸

Como argumenta Paula Cristina Hott Emerick:

Ferem, portanto, a dignidade do trabalhador, as cobranças excessivas e humilhantes impostas pelo empregador para a persecução incansável de metas. Contudo, o poder diretivo limita-se pelo princípio central da ordem jurídica hodierna, fundamento de validade de toda ação e de toda conduta com repercussões jurídicas, a dignidade da pessoa humana.⁶⁹

Entendendo assim a real importância de um meio ambiente de trabalho saudável, da consciência do empregador para com o empregado e total respeito, devendo se considerar que se trata de um ser humano, e, portanto, levado em conta todos os seus limites físicos e psicológicos, compreendendo suas necessidades e respeitando sua dignidade.

Em conformidade com os ensinamentos de Paula Cristina Hott Emerick:

é preciso valorizar o ser humano, conferir efetividade ao princípio central de nossa ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana, reconhecer o valor que possui o ser humano em sua singeleza, e também recordar quantas barbáries a humanidade já cometeu sempre que depreciou este valor central.⁷⁰

2.4 O DEVER DO EMPREGADOR DE RESPEITAR A INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DO EMPREGADO NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Na Revolução Industrial eram comuns os acidentes de trabalho, por não estarem devidamente equipados, instruídos e fiscalizados, fazendo com que os funcionários interpretarem como um infortúnio, levados pela falta de conhecimento de que esses poderiam ser evitados. Advindo posteriormente normas que regulamentaram, protegiam

⁶⁸ CARVALHO, Nordson Gonçalves. *Assédio moral na relação de trabalho*. São Paulo: Rideel, 2009, p. 36.

⁶⁹ EMERICK, Paula Cristina Hott. *Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento*: São Paulo: LTr, 2009, p. 91.

⁷⁰ EMERICK, Paula Cristina Hott. *Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento*: São Paulo: LTr, 2009, p. 106.

e resguardavam esses trabalhadores, e diante dessa evolução normativa específica sobre as relações de trabalho, podemos observar nos dias atuais o dever jurídico do empregador em zelar e prevenir a integridade física e psicológica do empregado em meio ao ambiente de trabalho.⁷¹

Fica a encargo do empregador a necessidade de disponibilizar ao empregado um meio ambiente agradável, sadio e seguro, cedendo a este materiais, equipamentos e instruções para que possa executar o serviço com dignidade e segurança, de acordo com a Norma regulamentadora 1, em seu item 1.7.

Complementando o que foi acima exposto, consta ressaltar que a responsabilidade do empregador não consiste somente dentro de seu ambiente de trabalho, haja vista a Síndrome de *Burnout* que afeta o convívio social e familiar da vítima, oriundos de um ambiente de trabalho não saudável ao ponto de gerar tal transtorno.

Cabe registrar, assim, que o empregador tem o dever de zelar pela integridade física e psicológica de seus empregados, devendo ter o máximo de cuidado em suas relações trabalhistas, tanto individuais quanto coletivas, tendo em vista que todos são seres humanos passíveis de problemas particulares que podem ser majorados pela prática abusiva em seu local de trabalho.

Ressalte-se, em consonância com o escólio de Paula Cristina Hott Emerick:

Os exageros empresariais na cobrança por resultados, aviltando o trabalhador em sua dignidade, em manifesta desproporção com o razoável, devem ser combatidos com rigor pelo Direito, uma vez que tais condutas representam alto risco de laceração da integridade moral e psíquica do empregado, violando seu valor como pessoa e afrontando direitos que a própria Constituição elegeu como fundamentais.⁷²

Devido à longa jornada laboral desses funcionários, eles acabam passando mais tempo no local de trabalho que com suas famílias, podendo o próprio empregador ter certa sensibilidade de identificar comportamentos anormais ou possíveis sintomas que uma sobrecarga de trabalho ou o estresse cotidiano venham a gerar.

Enfatiza com exatidão Paula Cristina Hott Emerick:

Retira-se do trabalhador não só a sua proteção, mas também a sua possibilidade de resistir. A preocupante precarização de todas as formas de trabalho típicas do novo paradigma produtivo evidencia o flagrante desprezo do capital pela força humana de trabalho. Nunca antes se viram tantas agressões à dignidade do trabalhador. As novas formas de exploração podem soar ainda mais perversas se se considerar que pretendem dissimular uma preocupação social, disfarçando a cruza de suas intenções.⁷³

⁷¹ BARUKI, Luciana Veloso. Risco psicossociais e saúde mental do trabalhador: por um regime jurídico preventivo. São Paulo: LTr, 2018, p. 109.

⁷² EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 94.

⁷³ EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 94.

Impende ressaltar que estudos realizados no Japão relataram mortes súbitas relacionadas ao elevado estresse advindo do excesso de trabalho e um curto tempo de repouso, nascendo assim a nomenclatura *Karoshi*.⁷⁴

É impactante saber que além de todos os sintomas até então mencionados, existe a possibilidade de empregados terem suas vidas ceifadas pelo excesso de estresse causados pelo trabalho.

Apesar desse estudo ter se iniciado no Japão, no Brasil existem casos de óbitos relacionados ao excesso de trabalho e curto período de descanso, como o ocorrido na siderúrgica de Betim-MG, no qual o auditor fiscal do trabalho da SRTE/MG, DRT-MG à época, expos no processo em análise os sintomas que levaram o trabalhador ao óbito, relatando causas semelhantes às do *Karoshi*. Sendo o caso objeto de uma Ação Civil Pública número 00648-2006-028-03-00-9, impetrada em 18 de setembro de 2006, pelo Ministério Público do Trabalho da Terceira Região, sendo julgada procedente em primeira instância, posteriormente.⁷⁵

Por todo o exposto, evidencia a relevância de um meio ambiente de trabalho saudável imposto pelo empregador, com condições dignas para que seus funcionários possam executar suas atividades laborais da melhor maneira possível, sem que sua integridade física e psicológica sejam violadas.

Deve, pois, o empregador conduzir-se de modo ponderado, prudente, sem excessos, procurando bem gerir seus interesses econômicos sem colocar o lucro acima do empregado, em sua condição humana. Em se tratando de relações assimétricas, como o são por excelência as relações laborais, a dignidade da pessoa humana é a baliza principal para se avaliar a proporcionalidade e a razoabilidade dos comportamentos.⁷⁶

Assim como também o relacionamento entre o empregador e seus funcionários deve ser sadio e respeitoso, sem humilhações e exposições desnecessárias, prevalecendo um diálogo benigno, sem a imposição de submissão se valendo de sua hierarquia.

Garantindo uma qualidade de vida no trabalho decente, colabora o empregador para um ambiente de trabalho agradável, respeitando e protegendo o funcionário e seus direitos fundamentais.

Sob tal ótica, versa a doutrinadora Rúbia Zanotelli de Alverenga:

Por assim ser, a proteção aos direitos de personalidade no Direito do Trabalho tem como finalidade primordial resguardar as qualidades e os atributos essenciais do trabalhador, de forma que lhe seja assegurada a preservação da sua integridade física, psíquica ou mental, intelectual,

⁷⁴ BARUKI, Luciana Veloso. Risco psicossociais e saúde mental do trabalhador: por um regime jurídico preventivo. São Paulo: LTr, 2018, p. 79.

⁷⁵ BARUKI, Luciana Veloso. Risco psicossociais e saúde mental do trabalhador: por um regime jurídico preventivo. São Paulo: LTr, 2018, p. 82.

⁷⁶ EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 95.

moral e social (acesso ao direito à integração social). Violados quaisquer direitos da personalidade do trabalhador, estará sendo violada a sua dignidade.⁷⁷

Cabendo assim ao empregador o dever de prevenir todo e qualquer mal que possa ocorrer ao funcionário no exercício de suas funções, protegendo seus direitos da personalidade e, conseqüentemente, resguardando seu direito Constitucional à dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, com extrema exatidão, cabe enfatizar:

Somente uma gestão democrática da mão-de-obra, preocupada com a valorização da dignidade da pessoa humana e atenta ao valor social do trabalho poderá utilizar as metas com a razoabilidade adequada e desejável, fazendo com que representem efetivo incentivo, e não firam os bens jurídicos mais caros do trabalhador.⁷⁸

3. PREVENÇÃO E REPARAÇÃO CIVIL DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

3.1 FUNDAMENTOS PARA PREVENÇÃO DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL: A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO

O trabalho tem uma representatividade relevante na vida do cidadão, trazendo dignidade, inclusão social, cultura, dentre diversos outros benefícios. Para que o trabalhador possa adquirir e absorver todos os bônus que uma atividade laboral proporciona, é necessário que o empregador disponibilize um meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado, sem abusos do poder diretivo e cobranças excessivas, conforme até aqui exposto.

Como bem destaca Marie-France Hirigoyen,

ao contrário do que tentam fazer acreditar certos empresários cínicos, as firmas que se preocupam com o bem-estar de seu pessoal conseguem melhores resultados do que aquelas que controlam seus empregados

⁷⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Trabalho decente: direito humano e fundamental. São Paulo: LTr, 2016, p. 72.

⁷⁸ EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 95.

por meio de estresse e medo. O turn-over delas é mais baixo, seus assalariados se sentem mais motivados e a produtividade aumenta. O bom funcionamento de uma empresa não pode ser visto unicamente pelos resultados econômicos, mas também por seu ambiente de trabalho. Se as empresas apenas consideram o lucro que podem extrair dos empregados, elas não devem se espantar ao encontrar dificuldades e ver desaparecer a lealdade e o talento. Inversamente, as companhias que tratam seus empregados corretamente recebem enormes dividendos: nível alto de produtividade e baixo turn-over.⁷⁹

Sendo assim, o empregador deve tomar atitudes que visem precaver e prevenir o empregado de todo e qualquer risco existente no ambiente de trabalho, tanto físico como psicológico, haja vista que “o assédio moral organizacional a um só tempo nega a dignidade do trabalhador, degrada o meio ambiente de trabalho, promove a desordem econômica. Nega, ainda, o direito fundamental ao desenvolvimento, à saúde e ao próprio direito ao trabalho”.⁸⁰

Como observa Juan Carlos Zurita Pohlmann:

O assédio moral organizacional degrada as condições de trabalho pela violação a direitos fundamentais e atinge não apenas o indivíduo que trabalha, mas toda a coletividade. Pode levar o trabalhador exposto às práticas violentas por este legitimados a depressão e distúrbios psicossomáticos, entre outros. Quanto aos danos à sociedade, seus reflexos negativos se configuram em problema de saúde pública, o que causa forte impacto nos sistemas de previdência social, tendo em vista a crescente dos casos de afastamento e aposentaria por transtornos mentais. Também, não se deve esquecer que a ideologia disseminada pelo assédio moral organizacional é violenta e obriga os trabalhadores a ele submetidos como conduta normal no ambiente laboral, também esta terá reflexos na vida do trabalhador fora do local de trabalho.⁸¹

Desse modo, o empregador é responsável por cada funcionário contratado ao exercer suas atividades, portanto, zelar pela integridade física e psíquica desses trabalhadores deve estar acima de qualquer objetivo traçado pela empresa, sendo primordial a valorização da qualidade de vida e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para isso, medidas de prevenção e precaução devem ser adotadas, como instrução, fiscalização e até mesmo uma regulação de política interna rigorosa da empresa, visando uma punibilidade efetiva.

Na lição destacada de Marie-France Hirigoyen “a prevenção do assédio moral deve fazer parte de uma política geral de prevenção de riscos profissionais, pois a saúde no trabalho, inclusive a saúde psíquica, é um direito fundamental dos empregados”.⁸²

79 HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 316.

80 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. *Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva*. São Paulo: LTr, 2014, p. 87.

81 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. *Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva*. São Paulo: LTr, 2014, p. 132.

82 HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo do assédio moral*. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 312.

Por assim ser,

Chefiar os subordinados com respeito pode evitar diversos problemas de mal-estar na empresa, o que permite também melhorar a produtividade. Em vez de acrescentar reciclagens destinadas a tornar as pessoas mais produtivas, por que não ousar reintroduzir o componente humano e levar em conta cada indivíduo, com seus traços de personalidade e fragilidades, sem esquecer o componente afetivo ou emotivo das pessoas? É preciso reforçar o diálogo e a escuta nas relações profissionais. Esta escuta deve ser empática, qualquer que seja o nível hierárquico do outro. Ele tem sempre alguma coisa a nos ensinar, se soubermos escutá-lo. É preciso estar atento às atitudes de bloqueio ou de reticência dos funcionários e adivinhar suas dificuldades em formular uma objeção. É preciso identificar as pessoas em dificuldade ou em crise antes que elas sejam sugadas para dentro de uma espiral negativa.⁸³

A instrução pode ser feita através de palestras, cursos, campanhas, seja pela empresa, órgãos públicos ou organizações não governamentais. Os funcionários, adquirindo conhecimento sobre seus direitos, deveres, limites, saberão identificar e tomar as devidas medidas ao serem vítimas de assédio ou ao presenciarem assédio a colegas de profissão.⁸⁴

A fiscalização poderá ser feita pelo próprio empregador e de maneira efetiva, intervindo diretamente quando identificada alguma atitude indevida, ou algo que possa prejudicar a saúde de seus empregados, haja vista que, conforme ressaltado, estes funcionários estão sobre sua responsabilidade. Caso não seja possível sua fiscalização pessoal, pode o empregador contratar ou destinar uma equipe específica para realizar o ato.⁸⁵

Sobre a regulamentação da empresa, opera sobre uma política interna severa e rigorosa ao abordar o tema, priorizando preservar a vítima e testemunhas de ataques ocorridos e que poderão ocorrer posteriormente a denúncia ou queixa aos seus superiores e uma investigação rígida. Podendo, inclusive, ser levado como pauta em uma negociação coletiva futura.⁸⁶

A empresa tem um papel fundamental nesses casos de precaução e prevenção, podendo diminuir significativamente ou eliminar a ocorrência de assédio através de sua organização, com políticas que valorizem o empregado e seu trabalho, lhe proporcionando um ambiente laboral hábil para seu crescimento pessoal, intelectual, profissional e,

⁸³ HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo do assédio moral*. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 316.

⁸⁴ ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. *As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho*. São Paulo, LTr, 2009, p. 132.

⁸⁵ ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. *As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho*. São Paulo, LTr, 2009, p. 132.

⁸⁶ ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. *As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho*. São Paulo, LTr, 2009, p. 132.

consequentemente, conseguindo este entregar o trabalho ou mão de obra almejada pelo empregador ao contratá-lo. Passando, portanto, a preservar os valores do empregado sem tratar prioritariamente seus valores econômicos.

Neste contexto, assevera Juan Carlos Zurita Pohlmann:

Aponta-se a prevenção e a precaução como as medidas mais eficazes de combate ao assédio moral organizacional, uma vez que é inadmissível a existência de qualquer conduta empresarial que opere em detrimento da dignidade da pessoa humana e enseje grave redução na qualidade de vida em prol de valores meramente econômicos.⁸⁷

Como um meio de colaborar com o empregador que não pode acompanhar diretamente todos os funcionários de sua empresa, existe a Comissão Interna de Prevenção de Acidente (CIPA), constando na Norma Regulamentadora 5, que possui a finalidade de prevenir acidentes de trabalho e outras doenças que possuem alguma relação com a atividade laboral.⁸⁸

De maneira externa, podemos ressaltar a participação dos sindicatos, que possuem competência de inserir cláusulas em acordos e dissídios coletivos, nas quais possibilitam ou exigem a inclusão de um plano de prevenção por parte dos empregadores, amparando e protegendo seus funcionários caso ocorra algum assédio.⁸⁹

O Ministério Público do Trabalho (MPT) também possui um papel fundamental em casos de assédio moral no ambiente de trabalho, intervindo e tomando medidas legais cabíveis contra os responsáveis da prática desse ato, realizando audiências públicas, criando um sistema de denúncia em seu site e realizando campanhas, como por exemplo, maio lilás, representando a liberdade sindical e abril verde, ressaltando a importância de um meio ambiente de trabalho saudável.

O assédio moral no ambiente de trabalho tem um caráter devastador, por atingir não só o trabalhador de maneira individual, como também na forma coletiva, afetando inclusive a sociedade, prejudicando a saúde física e psíquica de inúmeras pessoas. É necessário enaltecer a relevância de seu combate e prevenção, haja vista que o sacrifício da saúde de um empregado em troca de uma mão de obra mais rentável e lucrativa para o empregador não é uma contraprestação digna nem tão pouco justa.⁹⁰

⁸⁷ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 91.

⁸⁸ ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho. São Paulo, LTr, 2009, p. 135.

⁸⁹ TERCIONI, Ana Carolina Godoy. Assédio moral no trabalho: danos causados ao trabalhador e medidas preventivas. São Paulo; LTr, 2013, p. 102.

⁹⁰ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 130.

3.2 MEDIDAS EDUCATIVAS: ÉTICA E RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS EMPRESAS

A educação é um grande mecanismo que pode ser usado como combate ao assédio moral organizacional, podendo ser inserido ao ambiente de trabalho por diversos autores, como o Estado, a empresa e até mesmo seus funcionários.

Segundo Juan Carlos Zurita Pohlmann:

A educação passa a ser a medida preventiva mais eficiente, pois o assédio moral organizacional é aceito pelo desconhecimento da sua potencialidade destrutiva e é mantido pelo retraimento da capacidade de indignação. A educação deve englobar a própria formação profissional, a qual possui grande potencial para reversão da alienação.⁹¹

Ainda de acordo com Juan Carlos Zurita Pohlmann:

A educação e o diálogo no ambiente de trabalho trás uma grande força contra o assedio moral organizacional e incrementar o ambiente para se identificar possíveis situações onde se tornam mais frequentes as práticas do assedio moral organizacional busca a efetivação da norma constitucional de proteger o trabalhador fisicamente, mentalmente e socialmente. Estabelecer programas de mensuração da qualidade da saúde mental dos trabalhadores e identificação de possíveis condutas danosas promovidas busca garantir a efetivação do direito à saúde no trabalho, onde fica a cargo do empregador a responsabilidade do ambiente laboral e a integridade dos trabalhadores.⁹²

Insta destacar que, no âmbito do Ministério Público do Trabalho são realizadas campanhas que buscam agregar conhecimento aos empregadores e empregados, despertando ou realçando uma consciência em cada um que por muitas vezes se manteve inerte.

Nesse aspecto, mostrar as consequências que o assédio moral organizacional pode causar às pessoas, suas famílias e a sociedade pode mudar a forma na qual cada um age em seu local de trabalho. Atitudes abusivas, cobranças desnecessárias, a forma de abordagem para tratar algum assunto, tudo isso de maneira reiterada e com uma considerável potencialidade podem causar danos imensos.

A educação inibe o agressor e capacita a vítima a tomar atitudes corretas para cessar a agressão, servindo como exemplo para os demais colegas de trabalho. Afastando a alegação do agressor de desconhecer as consequências que tais atitudes acarretariam na vida de seus funcionários.

⁹¹ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 92.

⁹² POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 95.

Portanto, é um imprescindível elemento na precaução e prevenção do assédio moral organizacional, devendo ser estimulado cada vez mais, com cursos, palestras, informação ou até mesmo uma política de gerenciamento estratégico.⁹³

No viés dessa temática, ressalta Juan Carlos Zurita Pohlmann:

Prevenção e educação são expressões indissociáveis. Neste sentido, a educação, que abrange tanto a informação quanto a conscientização, leva à prevenção. Como a conduta no assédio moral organizacional é difusa e geralmente tratada como lícita, respaldada no poder diretivo, toda medida preventiva, para ser eficaz, deve iniciar uma estratégia educacional para levar o trabalhador à sua identificação como tal.⁹⁴

A empresa pode ir além, criando um Código de Ética no qual demonstre aos funcionários a importância do respeito com cada colega. Mas este deverá ser útil e efetivo, não apenas mais uma norma interna que é imposta pela empresa, deve-se conseguir uma interação com o funcionário, para que ele leia e entenda a real importância da mensagem que está sendo transmitida, tendo a percepção do quão importante é um relacionamento saudável no ambiente de trabalho entre todos.⁹⁵

Como destaca Adriane Reis de Araújo:

Com o intuito de se esquivarem de condenações frequentes ao pagamento de indenizações às vítimas, as empresas têm buscado soluções internas de prevenção e repressão do problema. Para a prevenção, elas lançam mão de Códigos de Ética, preparação de “pessoas confiáveis” dentro da própria empresa (com a capacitação dos empregados do setor de Recursos Humanos ou CIPA) e a instituição de verdadeiros “observatórios de estresse e assédio”, os quais podem agravar ainda mais o problema, ao instituir uma verdadeira política interna e fomentar um clima de desconfiança geral.⁹⁶

Ainda de acordo com a autora, a regulamentação interna, por meio de um Código de ética e a explicitação do repúdio a essa prática serão suficientes para demonstrar o posicionamento isolado do agressor, o qual posteriormente poderá ser inclusive punido e responsabilizado pelos danos causados à empresa, ressarcindo-a de eventual condenação ao pagamento de indenização por dano moral ou físico.⁹⁷

Infelizmente, grandes partes das empresas não dão a devida atenção ao tema, tanto pelo custo que pode ser atribuído para a inclusão de uma política interna que visa à conscientização e pela responsabilidade que acaba recaindo sobre o poder gerencial

⁹³ TERCIONI, Ana Carolina Godoy. Assédio moral no trabalho: danos causados ao trabalhador e medidas preventivas. São Paulo; LTr, 2013, p. 97.

⁹⁴ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 93.

⁹⁵ TERCIONI, Ana Carolina Godoy. Assédio moral no trabalho: danos causados ao trabalhador e medidas preventivas. São Paulo: LTr, 2013, p.98.

⁹⁶ ARAÚJO, Adriane Reis de. O assédio moral organizacional. São Paulo: LTr, 2012, p. 143.

⁹⁷ ARAÚJO, Adriane Reis de. O assédio moral organizacional. São Paulo: LTr, 2012, p. 144.

e diretivo da empresa, priorizando a tentativa de camuflar o problema, desmotivando e inibindo o funcionário a buscar seus direitos e adquirir o conhecimento necessário, entendendo ser o caminho mais rentável para o tema, haja vista que a percepção dos danos causados ao funcionário é de sensível visibilidade.⁹⁸

3.3 A NECESSIDADE DE UMA TUTELA JURISDICIONAL AO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

A valorização do empregado e a preocupação com sua dignidade e saúde pelo empregador não é uma prioridade, haja vista que a busca principal de uma empresa ainda é o lucro, cometendo sacrifícios e prejudicando diversas vidas.

Esse cenário poderia ser outro se grande parte dessas empresas tivesse um pensamento humanitário, o que não ocorre e, pelo contrário, agem de maneira adversa, inibindo qualquer outra empresa que se disponibilize a agir diferente.

A busca pelo lucro e rentabilidade dessas empresas se sobrepõem a todos os outros valores, e, aquelas empresas que não seguirem esse método, acabam assumindo um risco de serem prejudicadas economicamente, passando, portanto, a ignorar a dignidade dos seus trabalhadores e explorá-los ao máximo, uma concorrência desleal na qual o maior prejudicado é o trabalhador.⁹⁹

Diante desse cenário hostil, o poder Estatal deve ser manifestado de maneira rígida, preservando os direitos fundamentais desses cidadãos que estão lutando em uma batalha totalmente desigual e injusta. Tendo o seu papel destinado a elaboração de Leis nas quais evitem o assédio moral organizacional, bem como normas regulamentadoras protecionistas desses direitos fundamentais de cada trabalhador, acompanhados de uma fiscalização rígida e eficaz.¹⁰⁰

É inegável o descontentamento de empresários devido uma tutela jurisdicional rigorosa quanto ao assédio moral organizacional, principalmente por ir a desencontre com seus interesses, e, quanto maior a empatia destes, mais complexo será sua aplicabilidade, que, por si só, já demanda um certo lapso temporal.

A doutrina classifica as tutelas jurisdicionais em espécies, sendo essas divididas em ações de conhecimento, ações executivas e ações cautelares.¹⁰¹

⁹⁸ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 91.

⁹⁹ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 95.

¹⁰⁰ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 96.

¹⁰¹ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 99.

As ações de conhecimento têm um trâmite de um processo regular, com condenação procedente ou improcedente de acordo com o caso concreto, podendo ser subdivida em três maneiras, na sua forma condenatória, constitutiva ou declaratória.¹⁰²

A tutela condenatória o juiz julgará o mérito e, na sentença decidirá a quem lhe é conferido o devido direito. A tutela constitutiva tem por objeto a modificação, criação ou extinção de uma relação jurídica, sem criar direitos novos, apenas reconhecer direitos já existentes, que passam a ter efetividade após a decisão judicial. Por fim, dentre as medidas englobadas nas ações de conhecimento, a declaratória, que visa reconhecer e validar uma relação jurídica que até então se questionava sobre sua existência.¹⁰³

Pois bem, tratando-se da tutela executiva, a parte na qual a sentença lhe foi favorável, ganha a pretensão de satisfazer seu direito, munido de um título judicial ou extrajudicial.¹⁰⁴

Por fim, a tutela cautelar, que pode não ter caráter definitivo, mas assegura o direito almejado até a solução do mérito da ação principal, em outras palavras, garante e assegura o direito principal almejado, tendo uma finalidade preventiva.¹⁰⁵

3.3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELA PRÁTICA DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

Insta destacar que a responsabilidade civil constitui o dever de reparar alguém devido prejuízos por este praticado.

Assim sendo, a responsabilidade civil pela prática do assédio moral organizacional é objetiva, se configurando na obrigação do empregador de indenizar o empregado mesmo que não se comprove culpa.¹⁰⁶

A responsabilidade civil objetiva decorre da interpretação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que acolhe a teoria do risco no direito pátrio. Pelo simples fato do empregado sujeitar-se ao risco durante o trabalho, ocorrendo o acidente, surge a responsabilidade patronal de reparação do dano.¹⁰⁷

¹⁰² POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 99.

¹⁰³ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 99.

¹⁰⁴ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 99.

¹⁰⁵ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 100.

¹⁰⁶ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 129.

¹⁰⁷ ALVES, André Luiz Aidar. Indenização por acidente de trabalho: caráter pedagógico ou reparatório? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI66504,61044-Indenizacao+por+acidente+de+trabalho+carater+pedagogico+ou+reparatorio>>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

Segundo Juan Carlos Zurita Pohlmann:

A imputação objetiva da responsabilidade civil, além de constituir instrumento de facilitação para a indenização das vítimas, também possui função preventiva, por desincentivar práticas socialmente indesejadas, evitando possíveis prejuízos por elas causados. Esse papel inibitório desempenhado pela responsabilidade civil objetiva, ao suprimir a análise da culpabilidade do infrator de certas condutas ilícitas, impõe o dever de abstenção da prática do ilícito. Portanto, a responsabilidade do empregador pelos danos causados em decorrência do assédio moral organizacional é objetiva.¹⁰⁸

Observa-se, assim, que o Código Civil define a obrigação de indenizar em seu artigo 927, caput e, incluindo também alguns casos específicos em seu parágrafo único, conforme segue:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Sob tal ótica, para que ocorra a responsabilidade do agente a reparação civil, é necessário, portanto, o preenchimento de três requisitos, sendo estes, ação ou omissão voluntária, dano e o nexa causal.¹⁰⁹

O nexa causal é a relação entre a conduta e a ação ou omissão que acabou gerando o dano.¹¹⁰

A culpa é a real intenção do agente na produção dos fatos, seja essa atitude de negligência ou imperícia.¹¹¹

O dano é o efeito causado pela atitude antijurídica, é o resultado da ação provocada pelo agente.¹¹²

Desse modo, a responsabilidade civil no âmbito do trabalho deve ser observada de qual maneira se configura, de maneira objetiva ou subjetiva, dependendo da autoria do assédio. A maneira subjetiva se configura quando o próprio empregador é o autor da

¹⁰⁸ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 125.

¹⁰⁹ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 124.

¹¹⁰ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 125.

¹¹¹ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 125.

¹¹² POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 124.

prática de assédio, ou seja, quando a agressão é direta. Já quando a agressão ocorre de um dos seus prepostos ou funcionários, fica caracterizada a responsabilidade objetiva.¹¹³

Mesmo não sendo o empregador o causador do assédio diretamente, ele acaba respondendo, haja vista que ele é o responsável pela integridade física, moral e psíquica no ambiente de trabalho, devendo zelar e tomar providências no intuito de precaver e prevenir que tais atitudes ocorram, conforme demonstra expresso no artigo 932, inciso III, do Código Civil, que dispõe:

Art. 932: São também responsáveis pela reparação civil: [...] III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

A forma objetiva de se responsabilizar o agente é um método que visa a facilitação de indenização das vítimas, tendo um caráter preventivo, evitando a propagação maior dos danos já causados.¹¹⁴

A finalidade principal deste artigo não é punir o empregador, e sim, reparar a violação do direito da vítima, portanto, não sendo o empregador o autor da agressão, mas um de seus funcionários poderá aquele entrar com uma ação de regresso contra o funcionário assediante, conforme versa o artigo 934 do Código Civil:

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

Sobre o valor da indenização, o artigo 944 do Código Civil, alude que a indenização será em conformidade com a extensão do dano, porém, caberá ao juiz fazer um juízo de valor, levando em consideração alguns requisitos para fixar o valor da reparação civil, que são: a extensão do dano, o poder econômico do agressor e o grau de culpa. No parágrafo único do mesmo artigo supracitado, versa sobre a possibilidade de um pedido indenizatório desproporcional em relação a gravidade e a culpa, podendo o juiz reduzir esse valor.¹¹⁵

É difícil quantificar e valorar uma ofensa à violação de um direito, por ser subjetivo, mas é necessário encontrar um meio termo para se evitar injustiças e enriquecimento ilícito. Em razão disso, não se pode deixar impune um agressor, porém, também não se pode tornar o poder judiciário um balcão de negócios.

Vale lembrar, ainda, que a indenização por dano moral em casos de assédio moral organizacional pode ser complementada com a indenização por perdas e danos, quando

¹¹³ ÁVILA, Rosemari Pedrotti de, *As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho*. São Paulo, LTr, 2009, p. 121.

¹¹⁴ POHLMANN, Juan Carlos Zurita. *Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva*. São Paulo: LTr, 2014, p. 125.

¹¹⁵ TERCOTI, Ana Carolina Godoy. *Assédio moral no trabalho: danos causados ao trabalhador e medidas preventivas*. São Paulo: LTr, 2013, p. 80.

demonstrado o desenvolvimento de doenças psicossomáticas ou psíquicas, as quais podem chegar até a invalidez para o trabalho.¹¹⁶

CONCLUSÃO

Após estudos e pesquisas relacionadas ao assédio moral organizacional, possibilitou uma noção ampla sobre a problemática, permitindo a percepção das agressões, suas consequências e nos guiando de forma a evita-las.

Muitos trabalhadores tiveram sua saúde física e psíquica prejudicada devido ao excesso de trabalho, cobranças e um meio ambiente de trabalho nada saudável, entretanto, por desconhecerem a origem desses sintomas, acabavam sendo diagnosticadas suas doenças de forma correta, mas suas causas eram determinadas de forma errônea.

Sendo inexistente o afastamento do empregado ao meio ambiente de trabalho não saudável e sem a interrupção das agressões advindas do empregador ou seus pressupostos, nenhuma melhora no estado dessas vítimas poderia ser atestada, passando ao aprimoramento desses estudos e identificação do real fator que ocasionava tais doenças.

Para isso, coube entender o que seria um meio ambiente no local de trabalho, passando a compreender como o local no qual o empregado exerce suas atividades laborais, por entender isso, passou o Estado a obrigar o empregador a se responsabilizar por este, através do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso XXII, no qual preceitua sobre a obrigatoriedade do empregador de garantir um meio ambiente de trabalho saudável.

Entendendo assim, que não fosse violado à dignidade da pessoa humana do empregado e respeitando a integridade física e psíquica do empregado na relação de emprego.

Pois bem, mesmo com esse dispositivo normativo, o assédio moral organizacional permanece se configurando dentro de empresas, sendo necessário mecanismos mais eficientes para prevenção e precaução dessas agressões.

Atualmente o Ministério Público do Trabalho (MPT), elabora campanhas e faz fiscalização em determinadas empresas, porém, é impossível um acompanhamento diário para garantir a proteção dos direitos dos empregados, portanto, fica imprescindível a conscientização dos empregadores para implementação de políticas de gestão nas quais pensem no trabalhador como um ser humano, passível de problemas pessoais, erros, limitações e necessidades. Sobrecarregá-los em prol de uma produção maior seria extremamente prejudicial, não somente de forma restritiva à vítima em sua profissional e social, como também a sua família, que acaba sendo prejudicada de forma indireta.

¹¹⁶ ARAÚJO, Adriane Reis de. *O assédio moral organizacional*. São Paulo: LTr, 2012, p. 143.

A educação e instrução dos funcionários é uma forma de inibir o agressor e excluir a justificativa de desconhecimento das consequências de tal ato. Servindo como uma proteção própria e de terceiros, haja vista que ao identificar um assédio a algum colega de trabalho, este interviria ou aconselharia a vítima de forma correta.

Sob a égide de uma tutela jurisdicional, é cabível a responsabilidade civil do empregador, haja visto que este é o responsável por seus funcionários, sendo presumida sua culpa, conforme versa a Súmula 331 do STF.

Podendo ser responsabilizado de forma subjetiva, quando o próprio empregador comete a agressão, ou de forma objetiva, quando algum de seus funcionários ou prepostos comete a agressão. Focar na figura do empregador para responsabilização dentro do ambiente laboral transcende a perspectiva de que este deve garantir um meio ambiente de trabalho saudável e seguro, passando a focar na facilidade de, pelo menos, uma reparação econômica ao agredido.

Com a desvalorização e despreocupação com a saúde psicológica e física do trabalhador, a sociedade em geral acaba sendo atingida, devendo o assunto ser tratado com a relevância necessária, passando a conscientização de cada empregador que, apesar do nível de instabilidade da situação econômica na qual se passa, o sacrificado jamais poderá ser o trabalhador e sua saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXEIRA, Érica Fernandes (Coords.). Novidades em direito e processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2013.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício. São Paulo: LTr, 2013.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O assédio moral laboral como fator de adoecimento no trabalho. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19483&revista_caderno=25>. Acesso em abr 2019

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Trabalho decente: direito humano e fundamental. São Paulo: LTr, 2016.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Dano existencial e o direito do trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXEIRA, Érica Fernandes. Novidades em direito e processo do trabalho. São Paulo: LTr.

ALVES, André Luiz Aidar. Indenização por acidente de trabalho: caráter pedagógico ou reparatório? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI66504,61044-Indenizacao+por+acidente+de+trabalho+carater+pedagogico+ou+reparatorio>>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho. São Paulo, LTr, 2009.

ARAÚJO, Adriane Reis de. O assédio moral organizacional. São Paulo: LTr, 2012.

BARBOSA JÚNIOR, Floriano. Direito à intimidade: direito fundamental e humano na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008.

BARUKI, Luciana Veloso. Risco psicossociais e saúde mental do trabalhador: por um regime jurídico preventivo. São Paulo: LTr, 2018.

BRASIL, Ministério da Saúde. Disponível em <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental/sindrome-de-burnout>> Acesso em: 16 de abril de 2019

CANDIDO, Tchilla Helena. Assédio moral: acidente laboral. São Paulo: LTr, 2011.

CARVALHO, Nordson Gonçalves. Assédio moral: na relação de trabalho. São Paulo: Rideel, 2009.

DANTAS, Luana Karla de Araújo. Assédio moral organizacional: uma análise das políticas de gestão e do abuso do poder diretivo do empregador. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 05 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55837&seo=1>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

EMERICK, Paula Cristina Hott. Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009.

FARAH, Bruno. Assédio moral organizacional: novas modulações do sofrimento psíquico nas empresas contemporâneas. São Paulo: LTr, 2016.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 17 ed. São Paulo: Saraivajur, 2017.

HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

KRUG EG ET AL., eds. World report on violence and health. Geneva, World Health Organization, 2002.

MELO, Raimundo Simão. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008.

POHLMANN, Juan Carlos Zurita. Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014.

SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

STADLER, Denise de Fátima. Assédio moral: uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador. São Paulo: LTr, 2008.

RHPortal. Disponível em <<https://www.rhportal.com.br/artigos-rh/os-impactos-do-assedio-moral-para-as-organizaes-e-suas-ferramentas-de-controle/>>. Acesso em 16/04/2019

Revista Consultor Jurídico. Disponível em <(https://www.conjur.com.br/2008-jun-29/lesao_assedio_moral_caracteriza_doenca_trabalho)> Acesso em: 16 de abr. 2019

TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. Assédio moral no trabalho: danos causados ao trabalhador e medidas preventivas. São Paulo: LTr, 2013.



^
VOLTAR AO
SUMÁRIO

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.650 E A “DEMOCRACIA GUARDIANA” DE ROBERT DAHL

Luis Carlos Martins Alves Jr.¹, Thiago Aguiar de Pádua², Fábio Luiz Bragança Ferreira³

RESUMO

O presente artigo analisa o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.650, que acolheu a tese de que as pessoas jurídicas não devem participar do financiamento das campanhas eleitorais brasileiras, proibindo-se o financiamento empresarial em favor de partidos políticos ou de candidatos. Com base no conceito de “Guardiania”, desenvolvido por Robert Dahl, observamos que a tese vencedora não favorece a Democracia, antes, a enfraquece. Os argumentos de que pessoa jurídica não é cidadã e por esse motivo não pode participar das eleições é frágil e equivocado. Também entendemos inconsistente o argumento de que a participação das empresas, por si só, favorece à corrupção. São meros pretextos para uma decisão autocrática preme de “guardiania” da Democracia. Conclui-se que, a partir dessa decisão do STF, seria mais adequado que se logo reconhecesse que um grupo de “Onze iluminados” acha melhor um tipo de modelo de democracia e despreza qualquer outro tipo de democracia contrário ao seu modelo escolhido.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. STF. ADI 4.650. Financiamento eleitoral. Democracia. Guardiania. Robert Dahl.

¹ Bacharel em Direito, Universidade Federal do Piauí; Doutor em Direito Constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais; Professor de Direito Constitucional, Centro Universitário de Brasília; Procurador da Fazenda Nacional; Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC. Assessor Jurídico da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Advogado.

² Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito. Ex-assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor das Disciplinas Direito Constitucional III (Defesa da Constituição), Direito Civil I (Pessoas e Bens). Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa “ISO-Justiça Processual e Desigualdade” e “Cortes Constitucionais, Democracia e Isomorfismo”. Integrou Grupo de Pesquisa na Presidência do STJ - Superior Tribunal de Justiça sobre a pesquisa e análise do Precedente. Advogado.

³ Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP e Bacharel em Direito pelo UniCEUB. Professor de Processo Civil do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Foi Assessor (CJ-1) da Presidência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). É Advogado atuante no Distrito Federal, inscrito na OAB/DF.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Supremo Tribunal Federal, em 17 de setembro de 2015, encerrou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650⁴, sob a relatoria do ministro Luiz Fux, e proclamou a seguinte decisão:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, julgou procedente em parte o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme, nos termos do voto ora reajustado do Ministro Teori Zavascki. O Tribunal rejeitou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por não ter alcançado o número de votos exigido pelo art. 27 da Lei 9.868/99, e, conseqüentemente, a decisão aplica-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão. Com relação às pessoas físicas, as contribuições ficam reguladas pela lei em vigor.

O acórdão desse julgamento restou publicado em 24 de fevereiro de 2016 e sua analítica ementa está vazada no seguinte teor:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MODELO NORMATIVO VIGENTE DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. LEI DAS ELEIÇÕES, ARTS. 23, §1º, INCISOS I e II, 24 e 81, CAPUT e § 1º. LEI ORGÂNICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS, ARTS. 31, 38, INCISO III, e 39, CAPUT e §5º. CRITÉRIOS DE DOAÇÕES PARA PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS E PARA O USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. PEDIDOS DE DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO (ITENS E.1.e E.2). SENTENÇA DE PERFIL ADITIVO (ITEM E.5). TÉCNICA DE DECISÃO AMPLAMENTE UTILIZADA POR CORTES CONSTITUCIONAIS. ATUAÇÃO NORMATIVA SUBSIDIÁRIA E EXCEPCIONAL DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, SOMENTE SE LEGITIMANDO EM CASO DE INERTIA DELIBERANDI DO CONGRESSO NACIONAL PARA REGULAR A MATÉRIA APÓS O TRANSCURSO DE PRAZO RAZOÁVEL (IN CASU, DE DEZOITO MESES). INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPROCEDÊNCIA. PRETENSÕES QUE VEICULAM ULTRAJE À LEI FUNDAMENTAL POR AÇÃO, E NÃO POR OMISSÃO. MÉRITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE ADI E DE ADI POR OMISSÃO EM UMA ÚNICA DEMANDA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. VIABILIDADE PROCESSUAL. PREMISSAS TEÓRICAS. POSTURA PARTICULARISTA E

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.650. Plenário. Relator ministro Luiz Fux. Julgamento em 17.9.2015. Acórdão publicado em 24.2.2016. Brasília: 2016.

EXPANSIVA DA SUPREMA CORTE NA SALVAGUARDA DOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS. SENSIBILIDADE DA MATÉRIA, AFETA QUE É AO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL. AUTOINTERESSE DOS AGENTES POLÍTICOS. AUSÊNCIA DE MODELO CONSTITUCIONAL CERRADO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS. CONSTITUIÇÃO-MOLDURA. NORMAS FUNDAMENTAIS LIMITADORAS DA DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA. PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NÃO ENCERRA O DEBATE CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLO. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA. MÉRITO. DOAÇÃO POR PESSOAS JURÍDICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES PREVISITOS NA LEGISLAÇÃO (2% DO FATURAMENTO BRUTO DO ANO ANTERIOR À ELEIÇÃO). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CAPTURA DO PROCESSO POLÍTICO PELO PODER ECONÔMICO. “PLUTOCRATIZAÇÃO” DO PRÉLIO ELEITORAL. LIMITES DE DOAÇÃO POR NATURAIS E USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. COMPATIBILIDADE MATERIAL COM OS CÂNONES DEMOCRÁTICO, REPUBLICANO E DA IGUALDADE POLÍTICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. 2. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível, impõe uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas, sobre as escolhas políticas exercidas pelas maiorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria. 3. A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de normas fundamentais (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos. 4. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscênticas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 5. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando

formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 6. A formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas impõe um pronunciamento da Corte destinado a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos (Poder Legislativo, Executivo e entidades da sociedade civil). 7. Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afigura assaz insuficiente a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada “plutocratização” do processo político. 8. O princípio da liberdade de expressão assume, no aspecto político, uma dimensão instrumental ou acessória, no sentido de estimular a ampliação do debate público, de sorte a permitir que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos. 9. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano. 10. O telos subjacente ao art. 24, da Lei das Eleições, que elenca um rol de entidades da sociedade civil que estão proibidas de financiarem campanhas eleitorais, destina-se a bloquear a formação de relações e alianças promíscuas e não republicanas entre aludidas instituições e o Poder Público, de maneira que a não extensão desses mesmos critérios às demais pessoas jurídicas evidencia desequiparação desprovida de qualquer fundamento constitucional idôneo. 11. Os critérios normativos vigentes relativos à doação a campanhas eleitorais feitas por pessoas naturais, bem como o uso próprio de recursos pelos próprios candidatos, não vulneram os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política. 12. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ostenta legitimidade ad causam universal para deflagrar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, ex vi do art. 103, VII, da Constituição da República, prescindindo, assim, da demonstração de pertinência temática para com o conteúdo material do ato normativo impugnado. 13. As disposições normativas adversadas constantes das Leis nº 9.096/95 e nº 9.504/97 revelam-se aptas a figurar como objeto no controle concentrado de constitucionalidade, porquanto primárias, gerais, autônomas e abstratas. 14. A “possibilidade jurídica do pedido”, a despeito das dificuldades teóricas de pertinência técnica (i.e., a natureza de exame que ela envolve se confunde, na maior parte das vezes, com o próprio mérito da pretensão) requer apenas que a pretensão deduzida pelo autor não seja expressamente vedada pela ordem jurídica. Consectariamente, um pedido juridicamente impossível é uma postulação categoricamente vedada pela ordem jurídica. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 394). 15. In casu, a) Os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2”, primeira parte, objetivam apenas e tão somente que o Tribunal se limite a retirar do âmbito de incidência das normas impugnadas a aplicação reputada como inconstitucional, sem, com isso, proceder à alteração de seu programa normativo. b) Trata-se, a toda evidência, de pedido de

declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, cuja existência e possibilidade são reconhecidas pela dogmática constitucional brasileira, pela própria legislação de regência das ações diretas (art. 28, § único, Lei nº 9.868/99) e, ainda, pela praxis deste Supremo Tribunal Federal (ver, por todos, ADI nº 491/AM, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 25.10.1991). c) Destarte, os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2” são comuns e naturais em qualquer processo de controle abstrato de constitucionalidade, razão por que a exordial não veicula qualquer pretensão expressamente vedada pela ordem jurídica. d) O pedido aduzido no item “e.5” não revela qualquer impossibilidade que nos autorize a, de plano, reconhecer sua inviabilidade, máxime porque o Requerente simplesmente postula que a Corte profira uma “sentença aditiva de princípio” ou “sentença-delegação”, técnica de decisão comumente empregada em Cortes Constitucionais algures, notadamente a italiana, de ordem a instar o legislador a disciplinar a matéria, bem assim a delinear, concomitantemente, diretrizes que devem ser por ele observadas quando da elaboração da norma, exurgindo como método decisório necessário em casos em que o debate é travado nos limites do direito posto e do direito a ser criado. 16. Ademais, a atuação normativa do Tribunal Superior Eleitoral seria apenas subsidiária e excepcional, somente se legitimando em caso de inertia deliberandi do Congresso Nacional para regular a matéria após o transcurso de prazo razoável (in casu, de dezoito meses), incapaz, bem por isso, de afastar a prerrogativa de o Parlamento, quando e se quisesse, instituir uma nova disciplina de financiamento de campanhas, em razão de a temática encerrar uma preferência de lei. 17. A preliminar de inadequação da via eleita não merece acolhida, visto que todas as impugnações veiculadas pelo Requerente (i.e., autorização por doações por pessoas jurídicas ou fixação de limites às doações por pessoas naturais) evidenciam que o ultraje à Lei Fundamental é comissivo, e não omissivo. 18. A cumulação simples de pedidos típicos de ADI e de ADI por omissão é processualmente cabível em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade, desde que satisfeitos os requisitos previstos na legislação processual civil (CPC, art. 292). 19. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, e “e jurídicas”, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95.

Cuidar de interpretar a Constituição não constitui tarefa exclusiva dos “Onze Velhinhos do Supremo Tribunal”, conforme a espirituosa provocação de Aliomar Baleeiro (BALEIRO, 1998, p. 91-104). Não se sabe se hoje ele teria a mesma coragem de flexionar o gênero, sob a vigilância do politicamente conveniente (uma vez que consiste em algo tão incorreto), com o risco de enfrentar o “patrulhamento” social contra

quaisquer expressões ou manifestações que não estejam autorizadas no “Index” dos “Inquisidores” desta quadra, onde o reina o medo em se expressar ou pensar fora “da caixinha”. Mas temos como certo que a atualização da metáfora utilizada indicaria que, tal qual “entre o bêbado e o equilibrista”, há uma distância tênue entre a Corte exercer os papéis de “UPP da Constituição” e/ou “Black Block do Ordenamento Jurídico”.⁵

Recordemos a grave advertência de Octaciano Nogueira:

É preciso ir buscar a razão por que a nossa não é uma boa democracia. Não é só porque nela faltem democratas, como escrevi no prefácio do livro A Democracia sem democratas. É por algo pior. A nossa é, e tem sido, quase sempre, não a democracia dos democratas, mas a dos autocratas. Pois é dessa democracia que não gostamos e pela qual não temos apreço. (NOGUEIRA, 2005, P. XIII-XIV).

O presente artigo constitui ensaio que buscará realizar análise sobre o referido julgamento da ADI 4.650, com base no conceito de “Guardiana” (Guardianship) de Robert Dahl, desenvolvido em “A Democracia e Seus Críticos” (DAHL, 1989). Não se trata de retomar o diálogo entre Hans Kelsen (Wer soll der Hüter der Verfassung sein) e Carl Schmitt (Der Hüter der Verfassung) sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, o Föder ou o Tribunal Constitucional (KELSEN, 2007. p. 239-298; SCHMITT, 2007).

Antes, discute-se a questão da “antidemocracia” representativa da tutela guardiã, conforme delineada por Robert Dahl, embora, em algum momento, aqueles dois autores devam ser retomados pelos juristas para o debate temático deste diálogo. Seja quem for o “guardião” da Constituição, e a Constituição de 1988, em tempos de normalidade institucional, já fez sua escolha em termos de custódia (art. 102) com a utilização da expressão “precipualemente”⁶, ou seja, principalmente (mas não utilizou a palavra “exclusivamente”), e essa guarda refere-se ao resguardo do texto, em termos de “preservação das regras do jogo” (MORCHON, 1985, p. 113-128; MORCHON, 2011), e não ao exercício pelos Tribunais dos direitos políticos dos cidadãos, por suposta apostasia ou inércia do poder legislativo, em relação aos representantes eleitos, e nem se refere também à implementação de mudanças das regras democráticas por parte dos Tribunais em razão da descrença nos detentores do poder: o povo.

⁵ A metáfora reside na observação de que existe um caminho estreito para a função política do Tribunal Supremo/Corte Constitucional (que jamais pode ser partidária). Conforme referido pelo mesmo Aliomar Baleeiro, com base na observação da obra de Otto Kirchheimer (Political Justice), para além de eliminar o inimigo político do regime, certa função político-partidária da Justiça Política estaria no trocadilho inglês, de substituir o “ballot” pela “bullet”, ou seja, o voto pela violência. E retirar a discussão sobre a ideia e o exercício da democracia da arena política, transportando-a para uma arena que se pretende não política, cujos resultados são inegavelmente políticos, também pode ser uma violência: à força!

⁶ Nos termos do art. 102 da Constituição, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipualemente, a guarda da Constituição [...]”.

Mencionada ADI 4.650 foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com vistas a obter a interdição da participação de pessoas jurídicas nas eleições, com proibição de influência econômica e de doações para partidos políticos e candidatos, sob o fundamento, entre outros, de que isso favoreceria a corrupção, e seria inconstitucional, além da alegação de que pessoas jurídicas não são cidadãs. Alegou-se ainda que a doação das empresas desequilibraria a disputa eleitoral, e que a essência da democracia brasileira seria a igualdade, que acabaria nivelada pela proibição pretendida.

Algumas questões precisam ser refletidas, e pretendemos aprofundar de maneira densa, em razão da limitação deste ensaio, apenas a última contida na lista abaixo, embora a referência às demais seja uma semente, semeada para colheita futura:

1) se as pessoas jurídicas não podem influir economicamente nas eleições, pois supostamente desequilibrariam o pleito, não seria então o caso de se declarar a inconstitucionalidade por arrastamento, com base na causa de pedir aberta, da Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, que permitiu a reeleição para os cargos de chefe do poder executivo, uma vez que os ocupantes do cargo, postulando a reeleição, utilizando-se das estruturas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, também se aproveitam de desequilíbrio no pleito?⁷

2) Se o dinheiro das empresas, em doações eleitorais, traz desequilíbrio ao pleito, uma vez que a suposta “essência da democracia brasileira seria a igualdade”, não seria então o caso de se proibir, também por arrastamento, e com base na causa de pedir aberta, que candidatos famosos, e.g. por sua atuação no meio artístico e esportivo, com exposição sistemática e notória no rádio, na internet e na televisão, sejam impedidos de participar das disputas, das quais as eleições de 2014 também são exemplo claro, uma vez que a disputa supostamente também seria desigual?⁸ E, de certa maneira, todos os candidatos já exercentes de cargos políticos também deveriam ser proibidos de concorrer, pois estariam em vantagem competitiva em relação aos não ocupantes de cargos políticos.

⁷ Quem mais se aproximou desta reflexão foi o Ministro Gilmar Mendes, no aparte que fez quando o Ministro Dias Toffoli estava a proferir seu voto na ADI 4650, no sentido de que a “propaganda institucional” realizada por aquele político que está poder causa desequilíbrio no pleito, e que qualquer discussão sobre financiamento de campanhas não pode estar dissociada de uma análise completa do sistema.

⁸ Não se concorda com isso, pois a democracia brasileira também é representativa, mas é uma reflexão. Podemos observar, apenas no pleito de 2014, alguns exemplos, como as eleições de Celso Russomano (com o enriquecimento simbólico dos programas “Aqui Agora” e “Patrulha do Consumidor”), Tiririca (com o enriquecimento simbólico de extensivas participações em programas de humor nas maiores redes de TV aberta), Romário (com o enriquecimento simbólico de ter sido protagonista de vitórias expressivas no esporte que é paixão nacional, tanto no clube de maior torcida, quanto na seleção do país), Sérgio Reis (com o enriquecimento simbólico de sua grande exposição na mídia como cantor sertanejo e ator), Leci Brandão (com o enriquecimento simbólico de sua exposição enquanto cantora), Andres Sanches (com o enriquecimento simbólico de sua exposição enquanto ex-presidente de um dos 5 maiores clubes de São Paulo),

3) Se há a presunção de que a doação de pessoas jurídicas conflui para a corrupção, então a própria OAB necessita realizar uma autocrítica, pois essa instituição tem sofrido severas censuras pelos gastos estratosféricos que os postulantes as presidências das seccionais realizam nas respectivas campanhas, e pelo fato de que os advogados inscritos na Ordem não põem eleger diretamente o Presidente do seu próprio Conselho Federal?⁹

4) Se as pessoas jurídicas não são cidadãos, e não podem participar das eleições, é de se reconhecer que elas não possuem alguma liberdade de expressão¹⁰, segundo

Jean Wyllys (reeleito, após uma primeira eleição com o enriquecimento simbólico de sua exposição enquanto participante do programa Big Brother Brasil), Bebeto (com o enriquecimento simbólico de ter sido protagonista de vitórias expressivas no esporte que é paixão nacional, tanto no clube de maior torcida, quanto na seleção do país), Lasier Martins (com o enriquecimento simbólico de sua exposição como jornalista e exposição em redes sociais), Jardel (com o enriquecimento simbólico de ter sido protagonista de vitórias expressivas no esporte que é paixão nacional), João Derly (esportista que lutando judô obteve o enriquecimento simbólico de ter participado de campeonatos mundiais, pan-americanos e olimpíadas transmitidos ostensivamente para todo Brasil) e Danrlei (com o enriquecimento simbólico de ter sido protagonista de vitórias expressivas no esporte que é paixão nacional).

⁹ Em novembro de 2014, noticiou-se que a OAB, por meio de seu Conselho Federal, teria aprovado “mudanças no sistema eleitoral da entidade”, com vistas a deixar suas eleições “mais transparentes”, entre outras medidas, com estabelecimento de limitação de gastos de campanha, limitação de doações individuais e “vedação de doações de empresas e sociedades de advogados”, mas não valerão para as eleições de 2015, segundo informação do site da entidade, pois “o sistema de controle, capacitado para analisar as contas das chapas que concorrem às quase mil seccionais e subseções, será implantado por decisão posterior do plenário, sendo efetivado para o pleito de 2018”. Tais mudanças, alega-se, constarão de uma “nova Resolução da OAB Nacional alterando o Regulamento Geral, além da substituição do Provimento nº 146”. As alterações, referentes ao financiamento das campanhas, constam do artigo 8º-A do Provimento nº 146/2011, inserido pelo Provimento nº 161/2014, com a seguinte redação: “Desde o pedido de registro da chapa, poderá ser efetuada doação para campanha por advogados, inclusive candidatos, sendo vedada a doação por pessoas físicas que não sejam advogados e por qualquer empresa ou pessoa jurídica, sob pena de indeferimento de registro ou cassação do mandato”. Não é difícil imaginar que os Escritórios ou Pessoas Jurídicas doarão para advogados (pessoas físicas), que por sua vez doarão nas eleições. A bem da verdade, não há proibição para doação por parte de escritórios de advocacia, mormente se considerarmos que não há proibição para pessoas físicas que sejam advogadas. Também não se proíbe o empréstimo (mútuo), e não há ainda a estipulação dos tais limites para doações por parte de pessoas físicas que sejam advogados. CONSELHO Pleno aprova mudanças no sistema eleitoral da OAB. Disponível em: <www.oab.org.br/noticia/27781/conselho-pleno-aprova-mudancas-no-sistema-eleitoral-da-oab>. Acesso em 08 jan. 2015.

¹⁰ Seria um enorme contrassenso, afirmar-se que as pessoas jurídicas não possuem liberdade de expressão. Como referido no item nº 6, abaixo, as ideias de Reforma Política contidas na ADI 4650 remontam a estudos de Luis Roberto Barroso, em 2006, financiados por uma pessoa jurídica: O Instituto Ideias, o que não é necessariamente uma coisa ruim, pois como dizem, “o dinheiro nunca dorme” (Money Never Sleeps), e ele não é “essencialmente ruim”. Logo, uma pessoa jurídica financiou uma atividade que poderá influir nas eleições. Quase como um financiamento de partido, ou candidato. Ademais, a questão de as pessoas jurídicas eventualmente financiarem candidatos opostos, não significa incoerência no exercício da liberdade de expressão, uma vez que há a substituição da velha regra de “um homem, um voto, um representante, por uma pessoa, muitos interesses, muitas vozes, votos múltiplos, representantes múltiplos”, que é “o novo princípio da democracia monitória”. Em: KEANE, 2010. p. 621.

a qual poderiam influir no pleito com base em legítimos interesses constitucionais, e dos quais as empresas de jornalismo seriam as destinatárias mais óbvias, que teriam interesse em financiar candidatos comprometidos com a liberdade de imprensa, em detrimento de candidatos que busquem propor limitações nesse mesmo campo?

5) E, por fim, o argumento central deste ensaio: se esses temas (de 1 a 4) possuem uma densidade e complexidade reconhecidos, seria a “guardiania” (guardianship) a maneira constitucionalmente adequada de regulação, e o locus para regulamentação de tais questões seria o Supremo Tribunal Federal, por meio de 11 magistrados não eleitos, e que pretendem influir na maneira como a democracia é exercida por meio de algumas poucas laudas de seus votos, num país com mais de 200 milhões de habitantes, que adota constitucionalmente um modelo de liberalismo político de democracia representativa e em alguns casos a democracia direta? Mais especificamente: o provimento da ADI 4650, enfraquece ou fortalece a democracia brasileira?

Analisaremos os principais argumentos esgrimidos pelos “participantes processuais” do feito, bem como as manifestações dos ministros do STF. Mas a nossa premissa consiste no fato de que cabe à população (eleitorado), via regulamentação dos seus legítimos representantes, que estão no Congresso Nacional, normatizar o que lhes parecer melhor. Interessa-nos a análise crítica, sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade, sob o crivo crítico da guardiania.

2. O FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS POLÍTICO-ELEITORAIS

O tema da doação eleitoral, por parte das pessoas jurídicas, está em voga tanto na América Latina quanto nos Estados Unidos e na Europa. Observa-se que, no Chile, para citar apenas um país latino-americano, sua Câmara dos Deputados aprovou, entre outras reformas, a proibição de “aportes de empresas a campañas”, embora tenha permitido doações anônimas realizadas por pessoas físicas, limitadas a 240 mil pesos. A proposta seguiu para o senado, em setembro de 2014, e ainda não foi finalizada.¹¹

Nos Estados Unidos da América, pode-se citar o caso julgado pela Suprema Corte em 2010, “Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S 310 (2010)”, no qual esse mesmo tema foi objeto de apreciação judicial, no qual se pleiteava a limitação de doações eleitorais por parte de pessoas jurídicas, e que foi decidido com

¹¹ Informação constante do Jornal LATERCERA, no caderno “Política”, de 29 de agosto de 2014, em reportagem de Ferraro y Wilson. FERRARO, L.; WILSON, J. M. Puzzle de la reforma electoral se traslada al senado. Latercera, Jan. 26 ago. 2004. Disponível em: <papeldigital.info/lt/2014/08/29/01/paginas/012.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2015.

base na liberdade de expressão em favor das pessoas jurídicas (free speech), com importantes argumentos constantes do voto vencedor, representativo da opinião da Corte (Anthony Kennedy), bem como dos votos concorrentes (justice John Roberts, Samuel Alito, Antonin Scalia e Clarence Thomas) e vencidos (John Paul Stevens, Ruth Ginsburg, Stephen Breyer e Sonia Sotomayor).

Em termos de “discussão” no Brasil sobre o financiamento das campanhas eleitorais, além da ADI 4.650, no STF, há em tramitação no Congresso Nacional de várias proposições legislativas.¹² A tramitação legislativa mais recente, no Senado, refere-se à aprovação do substitutivo oferecido ao PLS 60/2012, pela CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, alterando o artigo 24 da Lei Federal 9.504/1997, para que o inciso VII traga a previsão de que partidos políticos e candidatos fiquem proibidos de receber, direta ou indiretamente, doação em dinheiro ou estimável em dinheiro de pessoa jurídica de qualquer natureza ou finalidade. Aprovada em 2014, aguarda inclusão na ordem do dia para deliberação do plenário. Já na Câmara dos Deputados, a PEC 352/2013 (a PEC da Reforma Eleitoral)¹³ já recebeu parecer na CCJ, tendente a permitir o financiamento privado das campanhas.

Necessário ressaltar que, segundo o regramento ora vigente, as pessoas jurídicas não possuem liberdade total e ilimitada para doar. Há o limite de 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição (artigo 81, da Lei Federal 9.504/1997). Não obstante, embora já exista limitação, não se consegue minimamente fiscalizar e nem punir todas as empresas que eventualmente violem o limite; além disso, as empresas punidas recebem reprimendas que geralmente são abrandadas nas instâncias Superiores da Justiça Eleitoral.

Como num passe de mágica, postula-se, agora, a proibição total, que, na prática, representa a revogação de possibilidade de doação de 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição, ou seja, um esforço de 2% em sentido negativo. Se as autoridades

¹² PEC 352/2013, o PL 6316/2013 e o PL 1538/2007, o PLS 264/2013, o PLS 60/2012, o PLS 140/2012, o PLS 146/2011, o PLS 268/2011, o PLS 659/2011, o PLS 45/2010, o PLS 199/2010, o PLS 153/2009, o PLS 57/2006, o PLS 74/2005, o PLS 275/2005, o PLS 278/2005, o PLS 284/2005 e o PLS 353/1999.

¹³ Conforme consta dos documentos constantes do site da Câmara dos Deputados, a PEC 352/2013 trata, entre outros, dos seguintes assuntos, e tem as seguintes pretensões: a) tornar o voto facultativo, b) alterar prazos de filiação partidária, c) proibir a reeleição para o período imediatamente posterior, no executivo, d) condicionar as coligações partidárias com estabelecimento de vinculação parlamentar até o fim da legislatura, e) alterar as regras para criação de partidos, f) estabelecimento de critérios para acesso ao fundo partidário, vinculado ao número de votos obtidos nas eleições para a Câmara, g) instituição de cláusula de barreira de pelo menos 5% dos votos em cada uma das casas legislativas, h) estabelecimento de financiamento das campanhas, de recursos privados, públicos ou da combinação deles, a ser estabelecido pelo “órgão partidário competente”, i) fixação de diretrizes para doações de pessoas jurídicas para as campanhas etc. BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 352, de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600023>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

não conseguem fazer valer esse texto normativo, é intrigante que alimentem a ilusão de fazer valer uma segunda limitação referente ao mesmo tema. Mais intrigante ainda são os fundamentos utilizados pelo STF para sustentar uma suposta “inconstitucionalidade” das doações.

Conforme observado por um dos autores deste artigo, alimenta-se uma crença na “força mágica ou mística das normas jurídicas”, vale dizer, antes de atacar as raízes sociais, culturais, econômicas e científicas dos problemas, são criados estatutos normativos (ALVES JR, 2014, p. 28-43). Em certo ponto, trata-se também de “legislação simbólica” do tipo “legislação-álibi”, cuja finalidade seria incentivar a confiança nos sistemas jurídico e político, sem que haja condições de efetivação das referidas normas, e segundo as quais o legislador busca livrar-se de pressões políticas, servindo ainda como “mecanismo de exposição simbólica das instituições” (NEVES, 2007, p. 36).

O fato de o Congresso Nacional buscar, mais uma vez, na arena política e legitimada para tanto, a proibição (constitucionalmente discutível) das doações por parte de pessoas jurídicas, consiste em uma realidade simbólica (de legislação simbólica). A novidade passa a ser, a toda vista, que o STF busque cada vez mais identificação com o mesmo mito mágico da simbologia, numa verdadeira “decisão-álibi”, com pretensão de mágica normativa, ou como disse o ministro Teori Zavaski, de “messianismo judicial”, embora um dos representantes da ADI 4.650, Daniel Sarmento, não concorde, mas o faça de maneira contraditória, equivocada e incoerente.¹⁴

¹⁴ A referência de Daniel Sarmento, contra a expressão “Messianismo Judicial”, utilizada pelo Ministro Teori Zavaski em seu solitário voto vencido na ADI 4650, baseia-se na alegação de que a decisão da Corte não seria contramajoritária, antes, o contrário, pois estaria em consonância, supostamente, com os anseios da população, num quadro em que aqueles que deveriam se pautar pelos anseios do povo, o Parlamento, vivenciaria quadro de disfunção, tudo, de resto, com base em fragmento teórico oriundo da jurista norte-americana Corinna Barrett Lain, em seu artigo “upside-down judicial review”. Alega ainda que a decisão de se proibir as doações eleitorais por pessoas jurídicas não seria “messianismo judicial”, pois estariam em jogo a utilização de “princípios constitucionais para proteger a igualdade, a democracia e a moralidade pública”, muito embora na sequência mencione concordar que “uma decisão judicial que vede doações por empresas, por si só, não será panaceia para os males da nossa política representativa. A eficácia social da decisão dependerá, em boa parte, da atuação de instituições como o Ministério Público e Justiça Eleitoral, para que haja fiscalização e punição dos que burlarem a vedação, valendo-se do caixa dois. [...]”. Ou seja, olvida-se que já existem limitações (as doações somente podem se dar no montante de 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição). Olvida-se ainda de que não existem pesquisas empíricas que comprovem, com a extensão pretendida, a ampla rejeição popular sobre as doações, e mais importante, olvida-se que numa democracia que deve primar pelo pluralismo, a população votante não pode ser “homogeneizada”, “estandardizada”, em termos de tudo ou nada. Ademais, não se aplica a referida teoria do “Upside-Down Judicial Review” ao Brasil, primeiro porque o processo de escolha e confirmação dos Justices da Suprema Corte Americana e dos Ministros da Suprema Corte Brasileira são em tudo diferentes, e esse é um dos fundamentos pelos quais se constrói a teoria do “Upside-Down Judicial Review”. Em segundo plano, a mesma autora afirma que seriam três os motivos para a Suprema Corte estar com a opinião pública como à luz e o guia de seus passos, vale dizer, 1) assegurar que as decisões sejam implementadas, 2) proteger a si mesma contra retaliações que limitem a Corte, e, 3) preservação de sua legitimidade institucio-

Mas a questão de maior relevo, para além do que se mencionou, constitui a arena em que essa discussão (e essa “reforma” simbólica) está (ão) sendo disputada(s): o Supremo Tribunal Federal, e não perante as duas Casas do Congresso: a “Câmara Alta” e a “Câmara Baixa”. Num sentido provocativo, cuja finalidade é exclusivamente reflexiva, poderíamos afirmar que se trata de uma “Câmara do Serpentário”, em alusão a respeitosa deferência que se fez recentemente às grandes disputas e polêmicas intelectuais do Brasil nos anos de 1850 a 1950 (BUENO, ERMANOKOFF, 2005).

Os maiores erros da história são cometidos, via de regra, não por pessoas maldosas, inescrupulosas ou estúpidas. Na verdade, como podemos observar, muitas das piores decisões da história foram tomadas por pessoas bem intencionadas, algumas até brilhantes e mesmo inteligentes, que simplesmente tomaram decisões equivocadas, impelidas por juízos equivocados e por erros de avaliação. Não obstante, independentemente disso, os resultados foram tenebrosos e avassaladores (WEIR, 2014).¹⁵ Observa-se que o resultado da ADI 4.650 pode vir a ser um desses casos, e figurar entre “As Piores Decisões da História”.

Quis o destino, auxiliado pelos “obstinados” autores da petição inicial, que coubesse a presente composição do Supremo Tribunal Federal a tarefa de julgar a ação que poderá mudar (apenas textualmente) a forma como se pratica a democracia no Brasil, embora não da maneira como se pensa¹⁶, transitando de um modelo pautado normativamente na liberdade (como praticado nas democracias ocidentais) para um modelo pautado na suposta igualdade¹⁷ (tal qual praticado pelas antigas ditaduras do

nal. Ou seja, tudo que torne eficaz uma espécie de “covardia constitucional”, que faça ridicularizar a noção de “independência judicial”, com ares de justiça política partidária. Não se pode esquecer, como argumento final, que a vedação ao financiamento das campanhas eleitorais pelas pessoas jurídicas é apoiada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e por muitos outros partidos políticos, pelo qual a atual chefe do Executivo, Dilma Rousseff se reelegeu em cargo majoritário, ou seja, o caso da ADI 4650 assemelha-se mais com predileção partidária do que com exercício de papel majoritário. Ver, respectivamente: LAIN, 2012, p. 113-183; PERETTI, 2014, p. 843-866, 2014; PÁDUA; 2014a; PÁDUA, 2014b; SARMENTO, 2014.

¹⁵ WEIR, Stephen. As piores decisões da história e as pessoas que as tomaram. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.

¹⁶ Não terá os efeitos de acabar com a doação das pessoas jurídicas, e muito menos com a corrupção, mas será utilizada, como decisão do STF, nos mais diferentes contextos por outros juristas, membros do MP, da Defensoria Pública, da Advocacia Pública e Privada e por membros do próprio Judiciário de todos os graus e instâncias para estabelecer que a democracia brasileira é pautada na igualdade e não na liberdade, alterando, de outra forma, a maneira pela qual se passará a enxergar a democracia, o que é chocante num contexto em que acaba-se de sair, não fazem 30 anos, de um ditadura, e presumia-se que o espírito da liberdade fosse desejado e conhecido.

¹⁷ A afirmação de que a democracia brasileira seria baseada essencialmente na igualdade, e não na liberdade, consta do voto do Ministro Roberto Barroso, na referida ADI 4650: “A ideia essencial por trás da democracia é a ideia de igualdade, é a ideia de uma pessoa, um voto, é a ideia de que todos merecem igual respeito e consideração. E, portanto, se o peso do dinheiro é capaz de desequilibrar as pessoas, eu acho que este modelo apresenta um problema.” (Sem os destaques no original). O Ministro Roberto

leste europeu), ou do tipo de “doutrina soviética da democracia” (KELSEN, 2000, p. 147)¹⁸.

E apenas textualmente, num primeiro momento, porque o imaginário jurídico, político e social brasileiro acredita que a realidade pode ser mudada pela simples promulgação de leis (acabar com a corrupção), como num passe de mágica, conforme observado por um dos autores deste artigo, que tem investido contra “o imaginário social e coletivo que a positivação de desejos e interesses nos textos normativos será suficiente para lhes tornar realidade” (ALVES JR., 2014, p. 28-43).

Com efeito, segundo Hans Kelsen, um dos juristas mais citados no plenário do STF¹⁹, o princípio da maioria absoluta está mais próximo da ideia de liberdade, e assim o princípio majoritário dela pode ser deduzido, e não da igualdade, como se costuma fazer (KELSEN, 2000, p. 31). Além disso, não há antinomia entre liberdade e igualdade, e a síntese desses dois princípios “é justamente a característica da democracia” (KELSEN, 2000, p. 27). Conforme observa o mesmo Hans Kelsen, o princípio da “ideia de igualdade” pressupõe a igualdade das vontades das pessoas, mas esta constitui uma imagem apenas, que não representa “efetiva mensurabilidade” e “adicionabilidade das vontades”, uma vez que não se poderia justificar o postulado majoritário com base na opinião de que a maior quantidade de votos é mais poderosa do que alguns poucos, e ainda, “da pressuposição puramente negativa de que uma pessoa não vale mais que outra, não se pode deduzir, positivamente, que a vontade da maioria é a que deve prevalecer” (KELSEN, 2000, p. 31).

Vale dizer, ainda, com base nas observações de Kelsen, que se procurarmos deduzir o princípio da maioria exclusivamente tomando-se por base a ideia de igualdade,

Barroso não menciona o chamado “dilema tocquevilleano”, e nem toca nos debates históricos e nas consequências de uma democracia baseada mais na igualdade que na liberdade, pretendendo mudar a democracia brasileira através de 14 páginas nas quais é construído o seu voto. Um exemplo claro de guardiania, da forma como desenhada por Robert Dahl e Ward Elliot, abaixo referidos no item 2.1.

¹⁸ Das observações de Hans Kelsen acerca da “Doutrina Soviética da Democracia”, o ponto chave está na luta de classes que opõe ricos e pobres, num contexto em que “a ditadura do proletariado não é o último passo no desenvolvimento da democracia socialista. ‘Democracia significa igualdade’, mas a democracia burguesa significa apenas igualdade ‘formal’, ao passo que a democracia socialista ‘vai além da igualdade formal, em busca da verdadeira igualdade, ou seja, em busca da aplicação da norma: de cada um conforme sua capacidade, a cada um conforme suas necessidades”. Em: KELSEN, Hans. A Democracia. Trad. Ivone Castilho et al., 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 147. Significativo ainda, conforme Hans Kelsen, o fato de que, enquanto os ideólogos do partido nacional-socialista não se atreveram a voltar-se franca e abertamente contra a democracia, se valeram dos mesmos experientes dos ideólogos do comunismo soviético, denegrindo o sistema político democrático da Alemanha, denominando-o de uma “plutocracia” e de democracia que seria “apenas formal”, que permitiria a uma minoria rica o governo sobre a maioria pobre. Nesse aspecto, o discurso se repete.

¹⁹ A observação de que “Hans Kelsen é um dos nomes mais citados no Supremo Tribunal Federal” no qual, desde 2001 (até 2011), “37 julgamentos tiveram como fundamento teorias desenvolvidas por ele”, advém de entrevista que o jornalista Juliano Basile, do jornal Valor Econômico, realizou com os ministros do STF em 2011, divulgada pelo site jurídico Migalhas. BASILE. 2011.

tal princípio será puramente mecânico, e mesmo absurdo, criticado pelos inimigos da democracia. E conclui:

afirmar que os mais numerosos são os mais fortes seria transformar em máxima defeituosa um dado da experiência, e a fórmula 'a força supera o direito' só seria superada se fosse elevada ao estado de regra de direito. Há apenas uma ideia que leva, por um caminho racional, ao princípio majoritário: a ideia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles (KELSEN, 2000, p. 32).

Só assim, certamente, tal raciocínio pressupõe a igualdade como postulado fundamental da democracia: "de fato está claro que se procura assegurar a liberdade não deste ou daquele indivíduo porque este vale mais que aquele, mas do maior número possível de indivíduos" (KELSEN, 2000, p. 32). Como observado por Márcio Moreira Alves, em seu discurso no plenário do Congresso Nacional, um dia antes da outorga do Ato Institucional n 5, em 13 de dezembro de 1968:

o nome dos barões que, nas pradarias de Windsor, fizeram o Rei João Sem Terra assinar a Magna Carta, perdeu-se nas brumas do tempo. Mas o julgamento por jurados, o direito dos cidadãos de um país livremente atravessaram as suas fronteiras, a necessidade de lei penal anterior e de testemunhas idôneas para determinar uma prisão, continuam a ser um imorredouro monumento àqueles homens e a todos os homens. Esqueceram as gerações modernas as violências de Henrique VII da Inglaterra, porém todas as nações do Ocidente incorporaram às suas tradições jurídicas a medida legal que durante seu reinado e contra ele firmou-se o habeas corpus. Até mesmo as decisões iníquas podem ser fonte de liberdade. Ninguém sabe ao certo onde jazem os restos do escravo Dred Scott, contudo, a decisão da Corte Suprema Americana que o manteve escravo foi o estopim da libertação de todos os negros da América do Norte." (Discurso do Deputado Márcio Moreira Alves antes do AI n 5) (ALVES, 2000, p. 87-88).

O nome dos partidos políticos, dos deputados e senadores que parecem habitar as mentes dos que enxergam corrupção em todas as práticas empresariais que eventualmente financiam os partidos e candidatos perder-se-ão nas brumas do tempo, mas os nomes dos que participaram desse julgamento serão sempre recordados.

Passemos a refletir sobre a Guardiania, preponderantemente com base em Robert Dahl, com vistas a uma análise crítica do julgamento da ADI 4650.

3. A GUARDIANIA DO STF E A ADI 4.650

Embora já tenham sido realizadas algumas referências pontuais sobre a ADI 4.650, parece-nos adequado realizar breve sumário de seu desenvolvimento, para posteriormente ingressarmos na análise crítica sob o prisma da Guardiania, em Robert Dahl.

A ADI 4650, ajuizada em 2011 pela OAB, decorrente de representação dirigida à Presidência do Conselho Federal da OAB pelo Conselheiro Federal Cláudio Pereira de Souza Neto e pelo então Procurador Regional da República Daniel Sarmiento, com a menção de que as “razões constantes da representação” são adotadas na petição inicial, com os acréscimos veiculados nos pareceres de Daniela Teixeira e Eduardo Mendonça. Foram realizadas audiência públicas, nos dias 17 e 24 de julho de 2013.

Posicionando-se pela improcedência do pedido da OAB, a Câmara dos Deputados, em manifestação escrita, afirmou: “Pode-se até argumentar que permitir doações de grandes corporações a candidatos e partidos em campanha não é boa política. Mas o fato de existir política melhor não equivale a dizer que a atual é inconstitucional. Se assim fosse, a vida soçobreria no direito constitucional”. (BRASIL, 2015a)

O Senado Federal, por sua vez, manifestou-se no sentido que a OAB bateu nas portas erradas, pois o local de alteração e discussão desse tipo de matéria seria no seio do Poder Legislativo, e que “por mais que a OAB queira ver aplicada sua solução ao problema, laborou em equívoco a instituição ao se dirigir ao Poder Judiciário e não ao Poder Legislativo, este sim o verdadeiro local para a definição que se quer realizar” (BRASIL, 2015g).

A Presidência da República, em Parecer do Advogado-Geral da União, que adotou integralmente as razões expendidas pelo Consultor Geral da União, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, manifestou-se pela improcedência do pedido da OAB, no sentido de que não há qualquer inconstitucionalidade no financiamento eleitoral da forma como concebido, citando que casos de corrupção existem também em países que adotam modelo de financiamento público das campanhas (BRASIL, 2015d).

A seu turno, a Procuradoria-Geral da República apresentou dois pareceres, um antes (BRASIL, 2015f), e outro após (BRASIL, 2015e) a audiência pública, ambas as manifestações em sentido favorável a procedência do pedido elaborado pela OAB.

O Julgamento, propriamente dito, teve início na 35ª sessão ordinária do Supremo Tribunal Federal, em 11 de dezembro de 2013, inicialmente presidida pelo Ministro Joaquim Barbosa. O relator, Ministro Luiz Fux, realizou a leitura do relatório, com sumário dos pontos que entendeu relevantes, e após sua leitura, proferiram sustentação oral o então presidente do Conselho Federal da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coelho, o Advogado Geral da União, Luis Inácio Lucena Adams²⁰, entre outros advogados que

falaram pelos amici curiae, e o Procurador-Geral da República.

Na sequência, proferiram seus votos, o relator, Ministro Luiz Fux, no sentido da procedência da ADI, para declarar a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, acolhendo os pedidos “E3” e “E4”, da petição inicial do CFOAB, no sentido da incompatibilidade constitucional com o art. 23, § 1º, incisos I e II, da Lei 9.504/97, e do artigo 39, § 5º, da Lei 9.096/95, com exceção da expressão “e jurídica”, concedendo-se ainda, validade máxima, dos aludidos preceitos, de 24 meses, com a recomendação para que o Congresso Nacional elabore nova legislação sobre financiamento de campanha, no prazo de 24 meses, mencionando-se:

acolho os pedidos constantes E5, para recomendar ao congresso nacional a edição de um novo marco normativo de financiamento de campanhas, dando prazo razoável de 24 meses, tomando os seguintes parâmetros: 1) O limite a ser fixado para doações a campanha eleitoral para partidos políticos por pessoa natural deve ser uniforme, e em patamares que não comprometam a igualdade de oportunidade entre os candidatos nas eleições; 2) Idêntica orientação deve nortear a atividade legiferante, na regulamentação do uso de recursos próprios pelos candidatos; e finalmente, 3) Em caso de não elaboração da norma pelo congresso nacional no prazo de 18 meses, voto por outorgar ao TSE, a competência para regular, em bases excepcionais, a matéria.

O Ministro Joaquim Barbosa observou que recebeu a informação de que o ministro Teori Zavascki teria a intenção de pedir vista, não obstante, adiantou seu voto, no sentido de acolher o pedido da inicial, adotando a conclusão do relator, mas no entanto sem acolher a modulação dos efeitos proposta. O Ministro Dias Toffoli também adiantou seu voto, na sessão do dia seguinte, dizendo que vota pela procedência da ação, acompanhando o ministro Luiz Fux, e se resguardando para, em tempo oportuno, analisar a questão referente a modulação.

O próximo a proferir seu voto foi o Ministro Roberto Barroso, que iniciou elogiando o voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, e a manifestação do Ministro Dias Toffoli, com um subsequente elogio ao papel exercido pela OAB ao ajuizar a ação, com igual elogio aos juristas que formularam a representação que deu origem a ADI 4650, Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, que teriam construído “uma tese ousada, e importante, que permitiu a discussão desse tema, dois juristas que ousaram pensar fora da caixa”, registrando ainda “participação valiosa da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ”, e concluiu seu voto afirmando que acompanha o voto do Ministro Luiz Fux “sem no entanto, fechar as portas para reavaliar qualquer

²⁰ Destaque-se que durante a sustentação de Luis Inácio Adams, pela AGU, que defendia a norma impugnada, o Ministro Joaquim Barbosa interrompeu, com a seguinte indagação: “Me desculpe, mas eu gostaria de fazer uma indagação. Parece que Vossa Excelência se encaminha na direção de sustentar que deve haver uma diferenciação natural, inata, entre categorias, de cidadãos, quando se trata do exercício dos direitos políticos. Que é disso que nós estamos tratando aqui. Me esclareça por favor”.

dos” seus “pontos de vista à luz do debate que sobrevier, especialmente após o voto do eminente e estimado Teori Zavascki”.

Com o pedido de vista, o Ministro Teori Zavascki apresentou seu voto-vista em abril de 2014, abrindo dissenso, votando em sentido contrário ao postulado na petição inicial da ADI 4650, mencionando que a Constituição não faz a ligação entre “habilitação para votar e a capacidade para contribuir”, e que cabe ao poder judiciário zelar pelas normas existentes. O Ministro Marco Aurélio, na sequência, também antecipou seu voto, acompanhando o Ministro Relator, julgando improcedente com relação as pessoas naturais, mas adotando o posicionamento que proíbe o financiamento eleitoral por parte das pessoas jurídicas, sendo seguido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que também adiantou seu voto, acompanhando o voto do relator. Com o pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, o julgamento foi suspenso de março de abril de 2014 à setembro de 2015, quando o referido ministro apresentou seu voto vista.

Sobre a duração e a polêmica envolvendo o pedido de vista, que não foi o maior, mas certamente um dos mais polêmicos, disse o ministro Gilmar:

“Acredito que, na história deste Tribunal, não houve um caso de pedido de vista tão polêmico, tão discutido, com palpitações de toda índole. E, interessante, Senhor Presidente, que o reclame e a reclamação não vieram do requerente, mas, talvez, do autor oculto da ação, de quem tinha interesse nesse tipo de desfecho: Blogs, desses assassinos da moral das pessoas, esses twitters automáticos, todos dedicados a esse tipo de ataque.

Interessante que não se pronunciava sobre isso a OAB, autora da ação, mas manifestava-se o PSOL, manifestava-se o PT, que tem, em seu programa, a ideia não só do financiamento proibido de pessoas jurídicas, mas até o financiamento público. O que conta um pouco, talvez, uma história dessa própria ação”.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes revisita a óbvia questão constitucional da não existência de vedação expressa no texto da Constituição Federal, de doação por pessoa jurídica, asseverando, como conclusões de seu raciocínio, que “a vedação das contribuições de empresas privadas asfixiaria os partidos que não se beneficiaram do esquema criminoso revelado pela Operação Lava Jato, tornando virtualmente impossível a alternância de poder”, pois a vedação equivale a “criminalizar o processo político-eleitoral, além de ser um convite à prática reiterada de crimes de lavagem de dinheiro”, além, de “os pedidos não encontram guarida em quaisquer dispositivos constitucionais, consoante demonstrou à saciedade o voto do ministro Teori Zavascki. O que se pretende é manipular a Suprema Corte para aplicar um golpe no processo democrático-eleitoral brasileiro, à revelia do Congresso Nacional, que tem resistido a tais investidas”.

O tom duro, utilizado pelo ministro Gilmar Mendes, passou a impressão de

que a tese presente na inicial do controle abstrato de normas teria sido urdida pelo ministro Roberto Barroso, que ao fim do julgamento pediu a palavra para apresentar um esclarecimento sobre a questão, observando, naquela oportunidade, que “eu não tive nenhuma participação, nenhuma, zero. Simplesmente não corresponde aos fatos a suposição de que eu tenha sido o mentor de uma tese com a qual sequer concordo integralmente.”

O fato de ter proximidade com os autores da representação perante o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e mesmo assim ter participado do julgamento, além da aparente rusga causada, fez com que em casos posteriores o ministro Roberto Barroso deixasse de participar de determinados julgamentos, como no caso da ADPF 402, que discute alguns aspectos referentes a linha sucessória do cargo de presidente da república, na qual se declarou impossibilitado de participar porque “a ação foi apresentada pelo escritório onde ele trabalhava antes de ser ministro.”

A maioria do Tribunal, vencidos os ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, entendeu pela impossibilidade de que pessoas jurídicas fizessem doações eleitorais. Todo esse julgamento, considerando-se todas as boas intenções que o permeiam, está permeado por uma “guardiania”, da forma como concebida por Robert Dahl, e tal questão será discutida na sequência, observando-se as implicações, e realizando análise crítica.

4. A “GUERRYMANDERING BRASILEIRA”: WARD ELLIOT E ROBERT DAHL.

Antes de abordar o conceito de “guardiania” (guardianship) em Robert Dahl, tratado no livro “Democracy and It’s Critics” (1989), de 1989, traduzido no Brasil como “A Democracia e seus críticos” (2012), lembremos brevemente de Ward Elliot e de seu “The Rise of Guardian Democracy: The Supreme Court’s Role in Voting Rights Dispute”, de 1974.

Em breves linhas, observamos que a tese de Ward Elliot de que existe nos Estados Unidos um grupo que ele denomina de “Guardiões”, que seria composto por cientistas políticos liberais (cujo sentido de liberalismo difere do Brasil), essencialmente (embora não exclusivamente) elitistas, que teriam influído em certo intervencionismo da Suprema Corte, em especial durante os anos da Corte Warren, em casos de alteração estrutural das regras da democracia, com resultados desastrosos, pois faria com que a população se acostumasse a uma espécie de “democracia guiada” (guided democracy) (WARD, 1974).

Chama-se de “Ética Guardiã” (Guardian Ethic) uma das maiores influências às modernas reformas, representativa dos burocratas de determinada elite ideológica de intelectuais da era moderna, cuja maioria pensa estar além da ideologia, uma vez que a maioria dos intelectuais e pessoas bem-educadas acreditam, embora sem pensar de fato sobre isso, que qualquer coisa nova deve ser melhor que a velha, que a ação deve ser melhor que a inação, que o expert deve ser melhor que o amador, o padronizado melhor do que o excepcional (WARD, 1974, p. 1-33).

A Ética Guardiã tende a ser igualitária na forma, embora degradante em sua substância. Busca garantir a igualdade em instituições representativas, em certo sentido, mas trata as instituições como se elas fossem incapazes de decidir suas próprias questões (WARD, 1974, p. 1-33).

Alega-se que, nos Estados Unidos, as reformas ocorridas antes de 1937 eram precipuamente (embora não exclusivamente), motivadas por esperanças de vantagem partidária, e que parece que as reformas oriundas a partir de 1937, enquanto menos partidárias em termos de inspiração, também eram menos democráticas, pois eram tipicamente “impostas de cima para baixo”, em vez de serem realizadas desde baixo com base em representantes. As velhas reformas eram vencidas ou perdidas por agentes de dentro, devotados à consulta e agregação de interesses políticos, como partidos, legislaturas e congresso, dos quais dependia sua vitória ou derrota (WARD, 1974, p. 1-33).

Já as chamadas “reformas modernas” têm sido realizadas por agentes de fora, como executivo e judiciário, ambos devotados à promulgação, interpretação e implementação das normas, e seu sucesso ou derrota encontra-se atrelado a abstratos princípios de justiça, e soam a administração. As velhas reformas não eram propriamente democráticas em inspiração, mas eram democráticas na origem e no efeito, enquanto as reformas modernas parecem ser altamente democráticas em inspiração, mas extremamente não democráticas na origem e nem sempre democrática nos efeitos (WARD, 1974, p. 1-33).

Menciona-se que as alterações perpetradas pelos guardiões seriam formais (BETH, 1978, p. 674-676), e que os ministros da Suprema Corte teriam sido sábios o bastante para ficarem de fora da chamada “gerrymandering question”, ou seja, da maneira como são divididos os distritos de votação de modo a permitir a vantagem de determinado grupo, e cuja etimologia remonta ao ano de 1812, embora seja prática mais antiga (CLARK, 2004), para descrever a ação do então governador de Massachusetts, Elbridge Gerry, de realizar uma redistribuição dos distritos eleitorais, em especial sobre os contornos de um distrito em particular, concedendo vantagens eleitorais a um grupo específico e cuja aparência do desenho no mapa fazia lembrar uma salamandra (ALEXANDER, PRAKASH, 2008).

Segundo a enciclopédia britânica, “guerrimandering” significa o desenho dos

limites dos distritos eleitorais de tal maneira que conceda a alguém, ou a um partido vantagem injusta sobre seus adversários (GUERRYMANDERING, 2015). De igual forma, segundo o famoso “Dicionário do voto”, de Walter Costa Porto, se observa que com a manobra de redesenho, o partido de Guerry, com 50.164 votos conseguiu 29 cadeiras, enquanto o outro partido, com 52.766, conseguiu somente 11 cadeiras (PORTO, 2000, p. 222).

Podemos observar que a tese vencedora participa da formação de uma espécie de “gerrymandering” à brasileira, ao permitir que algumas pessoas jurídicas possam influir nas eleições (pessoas político-jurídicas de direito público interno: União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e ao mesmo tempo mantendo a exclusão de outras (pessoas jurídicas de direito privado). No norte foi com redesenho dos distritos (*ratione loci*), e no Brasil a aparente preferência por algumas pessoas (*ratione personae*).

Provoca-se desequilíbrio no pleito, em favor de quem postula a reeleição, que pode ser inclusive partidário e se estender por muitos e muitos anos, uma vez que aquele governante que estiver em segundo mandato apoiará e quererá eleger seu sucessor. E isso porque aqueles governantes que estiverem postulando a reeleição, com notório uso da infraestrutura da máquina administrativa da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, farão o uso explícito de vantagens oferecidas pelas pessoas jurídicas de direito público interno que comandam, na qualidade de chefes do executivo.

Evidentemente existem outros fatores que influenciam a decisão do eleitor, mas não se pode desprezar a força potencializada de quem comanda a máquina pública em uma reeleição ou na feitura de sua sucessão, devendo servir de exemplo os paradigmáticos casos do Governo do Estado de São Paulo, praticamente governado (contando apenas de 1999 em diante, em razão da emenda da reeleição) há mais de 16 anos pelo PSDB, e a União Federal, Governada há mais de 12 anos pelo Partido dos Trabalhadores.

Se houver incremento desse desequilíbrio, no qual as pessoas jurídicas de direito privado não possam influir nas eleições, mas as pessoas jurídicas de direito público interno sim, corre-se o risco de se instituir dinastias de governo de 50 anos, até que sejam tolhidas pelos ventos de revoluções e primaveras tropicais, mormente num país como o Brasil, de frágil democracia, acostumado a governos não democráticos. Vale recordar a reflexão de Octaciano Nogueira, em “A Constituinte de 1946: Getúlio, o Sujeito Oculto”:

O Brasil, do descobrimento à independência, viveu trezentos e vinte e dois anos sem democracia, sem voto e sem parlamento, embora não lhe faltassem muitos e variados governos. Depois de 1822, passamos a ter voto, Parlamento e governo, mas não chegamos a ter democracia, tal qual a conhecemos hoje, pelo menos até 1934. Somados, são quatrocentos e trinta e quatro de nossos mal celebrados quinhentos anos. Um sinal de como é nova e precária a democracia entre nós.

Nesses sessenta e sete anos, mal começamos a construí-la, e ainda não acabamos de aprimorá-la. Nem todos foram anos de democracia: vinte e oito deles foram de ditaduras, civil, de 1937 a 1945, e militar, de 1964 a 1984. O Congresso foi dissolvido duas vezes, em 1930 e em 1937, e fechado temporariamente em três ocasiões: 1966 (Ato Complementar 23, 1968-69 (Ato Complementar 38) e 1977 (Ato Complementar 102). A dissolução dos partidos ocorreu três vezes, em 1930, 1937 e 1965. Dos vinte e dois presidentes que ocuparam a presidência, de 1926 até hoje (2003), só três, com exceção dos generais da ditadura, concluíram seus mandatos: Dutra, Juscelino e Fernando Henrique Cardoso, que será o primeiro, em todo esse período, a receber a faixa de seu antecessor escolhido por eleição direta e passa-la a um sucessor investido das mesmas condições. Entre esses vinte e dois governadores, houve um suicídio e duas renúncias. Quatro foram depostos, um morto durante o mandato e outro, antes da posse. Tivemos uma revolução, quatro golpes de estado, quatro tentativas de golpe e três rebeliões. Entre os generais da ditadura militar, nenhum exerceu um mandato com a mesma duração dos demais. Costa e Silva permaneceu no poder dois anos, Castelo, três, Médici, quatro, Geisel, cinco e Figueiredo, seis. Não tivemos caudilho militar (NOGUEIRA, 2005, p. xiv).

O citado autor reflete, indagativamente sobre o que diferenciaria os variados tipos de regimes não democráticos que experimentamos, daqueles governos em que passamos a viver e a que denominamos de democráticos? Observa, com base em Przeworski, que a última das invenções da democracia seria o voto, que seria um senhor velho com mais de dois séculos, muito embora não seja sinônimo de democracia, vale dizer, para que um regime seja democrático, a eleição deveria cumprir ao menos dois papéis: primeiro, seja livre e competitiva, no sentido de que será livre, sem restrições ao direito do voto (universal, secreto e com publicidade de apuração). E, para que haja competitividade, torna-se indispensável a liberdade de organização e atuação partidária, com o asseguramento do “pluralismo político” (NOGUEIRA, 2005, p. xiv). Parece claro que se estimula a alternância no poder, entre candidatos e partidos.

Traçando um paralelo no Brasil, e mais especificamente no STF, com o “Gerrimandering”, mudando-se o que deve ser mudado (*mutatis mutandis*), teríamos uma espécie de “Supremandering”, ou, como não temos um voto da Corte (*per curiam decisions*) e sim votos fragmentados e isolados de cada ministro (*seriatin decisions*), poderíamos falar então de 1) “Fuxmandering”, 2) “Barrosomandering” etc. Seus votos, embora bem intencionados e bem construídos retoricamente, desenham um desequilíbrio em favor de quem postula a reeleição. É um fato. Agem impregnados da Ética Guardiã, da qual nos fala Ward Elliot. Mas há ainda a guardiania, da qual nos fala Robert Dahl.

O Governo dos chamados “guardiões” constitui uma alternativa perene à democracia, e segundo tal concepção, seria um absurdo imaginar que as pessoas comuns (*ordinary people*) entendam seus próprios interesses, e possam eles mesmos

defende-los, vale dizer, “o governo deve ser confiado a uma minoria de pessoas especialmente qualificadas para governar em razão de seu conhecimento e de sua virtude superiores” (DAHL, 2012, p. 77).

Radica a ideia na República, de Platão, com atração bastante poderosa ao longo da história humana, devendo-se destacar que a hierarquia é mais antiga que a democracia, na história escrita, a primeira sendo a regra, e a segunda, exceção, e conforme observado por Robert Dahl, “a hierarquia é o rival mais temível da democracia” e enquanto a guardiania é uma espécie de justificativa para o governo baseado na hierarquia, “o rival mais temível da democracia, como ideia, é a guardiania” (DAHL, 2012, p. 78).

Parte sensível da discussão da ADI 4.650 pode ser localizada num diálogo entre um aristocrata e um democrata, na obra de Robert Dahl. Em certo momento, de maneira difusa, e mais especialmente por uma argumentação contida nas razões do voto do Ministro Roberto Barroso, mas que está impregnada nos votos parcialmente vencedores, alega-se que o atual modelo de financiamento eleitoral estaria impedindo que as novas e verdadeiras vocações chegassem ao cenário político, em razão da necessidade de muito dinheiro.

Interessante notar que nessa alegação não está apenas a crítica ao cidadão que não chega ao poder por ausência de condições financeiras, mas também ao tipo de parlamentar que chega, que não seria o melhor e nem o mais vocacionado. No diálogo de Robert Dahl, o Democrata menciona que “a perícia é tão importante que nossos sistemas de governo às vezes são classificados como uma mistura de democracia e meritocracia” (DAHL, 2012, p. 85).

Na sequência, o Aristocrata diz: “O que defino como guardiania não é apenas democracia acrescida da meritocracia. Talvez se possam evitar confusões se você me permitir fazer uma distinção entre o que quero dizer com guardiania e o que você acaba de chamar de meritocracia”. E prossegue afirmando que a meritocracia constitui um termo bastante recente, que se refere geralmente a um “corpo de funcionários selecionados exclusivamente por mérito e competição, mas que são pelo menos nominalmente subordinados a outros, diferentemente do que se pode entender por guardiania, pois esta não seria uma “simples modificação de um regime democrático”, pois ela seria “uma alternativa à democracia”, um tipo diferente, fundamentalmente (DAHL, 2012, p. 86).

Para ele, guardiania seria um regime em que o Estado é governado por líderes meritórios que consistiriam em uma minoria formada por adultos, que não seriam submetidos ao processo democrático, razão pela qual se prefere utilizar a expressão “guardiães”, como o termo platônico (DAHL, 2012, p. 86). Ou seja, podemos observar uma dupla presença do ideário da guardiania, conforme esboçada por Robert Dahl. Primeiro, o Supremo Tribunal Federal entende que a população brasileira e o congresso

não conseguem governar a si próprios, e o próprio Tribunal estende suas luzes para iluminar o caminho que entende ser o correto, tal qual desenhado na ADI 4650, ajuizado por um outro guardião: a Ordem dos Advogados do Brasil.

Em segundo plano, entende-se que o Congresso, da maneira como desenhado pelo poder constituinte, não é bom o suficiente, e nem adequado para a realização das reformas constitucionais que entender pertinentes, e nem o povo tem condições de agir em defesa de seus próprios interesses, devendo haver a reforma da ADI 4.650 para que os verdadeiramente “bons” e “vocacionados” sejam eleitos.

Conforme observado, por mais grandiosa que possa parecer a guardianship, ela impõe exigências extraordinárias no nível de conhecimento e às virtudes dos próprios guardiões que seriam, na prática, impossíveis de satisfazer, e acredita-se que ela “não possa ser racionalmente defendida como algo superior à democracia, nem como ideal e nem como um sistema viável na prática” (DAHL, 2012, p. 101). As razões pelas quais a guardianship não pode pretender substituir a democracia está resumida e sintetizada na seguinte passagem: Em sua melhor forma, somente a visão democrática pode fazer algo que para a guardianship é impossível: oferecer a esperança de que, ao engajar-se no governo, todas as pessoas, e não apenas algumas, possam aprender a agir como seres humanos moralmente responsáveis (DAHL, 2012, p. 101).

Nesse sentido parece haver alguns equívocos na ADI 4.650. Primeiro, não deveria haver comportamento de guardianship por parte do Supremo Tribunal Federal. Segundo, o desenho que se vislumbra é de um verdadeiro desequilíbrio no cenário político, conforme já referido acima, em que há uma verdadeira “guerrymandering à brasileira”. Tudo seria evitado se o Tribunal Supremo tivesse compreendido verdadeiramente a natureza, a dimensão e a extensão de seu papel e de sua função política, que é de guardião da constituição, mas não de tutela e exercício da cidadania em lugar dos eleitores (BELEIRO, 1998, p. 91-104). Um sinal de que temos Democracia sem democratas, e muitas vezes, Democracia dos Autocratas, como observado na citada advertência de Octaciano Nogueira.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de todos conhecida uma foto histórica de Ulysses Guimarães enfrentando, com altivez, alguns policiais militares e os seus fiéis cães. Essa imagem de grande simbologia merece ser resgatada. Nos anos de chumbo do regime autoritário brasileiro, houve lideranças políticas que não se acovardaram diante da truculência e da força bruta. Após a reconquista da democracia, as lideranças políticas não podem se deixar intimidar pelas decisões judiciais arbitrárias, ainda que bem intencionadas e

bem construídas retoricamente. O Parlamento deve trazer para si a representação dos anseios populares, tanto os das maiorias quanto os das minorias. No Parlamento estão os legítimos representantes do povo (eleitor). A repressão judicial deve ocorrer sempre que o Parlamento descumprir de modo direto e flagrante o texto da Constituição. Não era o caso dessa questão do financiamento empresarial de campanhas político-eleitorais.

Um passo relevante na direção do fortalecimento do Parlamento consiste na mudança do art. 97 da Constituição Federal. Sugerimos a seguinte redação:

Art. 97. Somente pelo voto de dois terços de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.
Parágrafo único. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal, por maioria simples de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Com essa medida corrige-se uma aberração processual constitucional: a decretação de inconstitucionalidade, que é o fato grave, requer apenas a maioria absoluta; mas a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que é o fato leve, requer a maioria qualificada de dois terços. Ora, a decretação de inconstitucionalidade é grave e, portanto, merece ser aprovada pela maioria qualificada de dois terços e não apenas pela maioria absoluta.

Mas, para traçar um paralelo, a linha vencedora dos ministros do STF, favoráveis ao provimento dos pedidos contidos na ADI 4.650, incidem na “falácia de Palpatine”, quando na alegoria de George Lucas, pluralismo e liberdade deveriam ser evitados, por serem ameaças à ordem, à paz e a garantia da segurança, como uma espécie de crime de perigo abstrato e putativo, cuja tipificação somente existe na cabeça do julgador, em um “tipo” tanto aberto, quanto imaginário, e que a cada dia pode vir a se tornar uma coisa diferente, a depender do humor e da verve iconoclasta do guardião (no sentido de Dahl e Ward), que a cada dia “dá asas à sua própria Constituição”.

Seria preferível, inclusive, que a Suprema Corte reconhecesse que se trata de pretensão de tutela, de guardiania, mencionando que prefere-se o modelo X, ao modelo Y, pois a composição específica da Corte, numa maioria eventual, decidiu assim.

Ao fim e ao cabo, como observado por Daniel Schugurensky, ressaltando a experiência e a advertência de John Dewey, a cura para os problemas da democracia é ainda mais democracia, e não menos (SCHUGURENSKY, 2006, p. x-xv). Guardiania e Autocracia são práticas de um suicídio lento, assistido e sem brilho, que em nada auxiliam a democracia brasileira, exceto como brevíário sortido que servirá de um antecipado epitáfio: aqui jaz uma, embora autocrática e guardiã, “democracia”

“salamandra”, com pitadas de nossa “guerrymandering à brasileira”. A democracia brasileira sai enfraquecida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Larry; PRAKASH, Saikrishna B. Tempest in an empty pot: why the constitution does not regulate gerrymandering. *William & Mary Law Review*, v. 50, n. 1, p. 1. oct. 2008.

ALVES JR., Luis Carlos Martins. O “coronelismo” e a democracia brasileira: um breve ensaio reflexivo sobre a lei da “ficha limpa” e sobre o financiamento das campanhas eleitorais, sob as luzes do magistério doutrinário de Victor Nunes Leal. In: _____. *Constituição, política e retórica*. Brasília: UniCEUB, 2014. p. 28-43.

ALVES, Márcio Moreira. [Discurso de Defesa contra o pedido de Cassação do mandato, em 12 de Dezembro de 1968]. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 1º de junho de 2000, p. 87-98. Suplemento.

BALEIRO, Aliomar. A função política do judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 756, p. 91-104, out., 1998.

BARROSO, Luis Roberto. A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/instituto_proposta_introducao_objetivos_e_ideias_centrais.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. *Revista de Direito do Estado*, São Paulo, v. 1, n. 3, p.287-360, jul./set., 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Estado, sociedade e direito: diagnóstico e propostas para o Brasil. In: *CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS*, 22., 2014, Rio de Janeiro. Conferência de Abertura. Rio de Janeiro: Riocentro, 2014. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/10/conferencia-da-OAB_Abertura_20out2014.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Fisiologismo, dinheiro e voto: uma proposta de reforma política para o Brasil. In: VENÂNCIO FILHO, Alberto et al. (Org.). *A Contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 211-248.

BASILE, Juliano. Ministros do STF comentam atualidade das teorias de Hans Kelsen. 29 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,M1140248,101048-Ministros+do+STF+comentam+atualidade+das+teorias+de+Hans+Kelsen>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

BETH, Loren P. Review: the rise of guardian democracy by Ward Elliot. *The American Political Science Review*, Cambridge, v. 72, n. 2, p. 674-676, jun. 1978.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Ofício N.1594/11/SGM/P, de 26 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial>>. Acesso em: 10 ago. 2015a.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 352, de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600023>>. Acesso em: 10 ago. 2015b.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2015c.

BRASIL. Mensagem nº 404, de 26 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-404-08.htm>. Acesso em: 17 ago. 2015d.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 11157-PGR-RG, de 24 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial>>. Acesso em: 10 ago. 2015e.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 7994-PGR-RG, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial>>. Acesso em: 10 ago. 2015f.

BRASIL. Senado Federal. Ofício nº 344/2011-PRESID/ADVFSF, de 29 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1410_ADI_4650_-_Informacoes_Senado_Federal.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2015g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 4650/DF. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, em 11 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23086639/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4650-df-stf>>. Acesso em: 17 ago. 2015h.

BUENO, Alexei; ERMANOKOFF, George (Org). *Duelos no serpentário: uma antologia da polêmica intelectual no Brasil 1850-1950*. Rio de Janeiro: Ermanokoff, 2005.

CLARK, George. Stealing our votes: how politicians conspire to control our elections and how to stop them. Pittsburgh: Dorrance Publishing, 2004.

COGLIANESE, Cary. Political and legal philosophy: book review - democracy and it's critics, by robert dahl. Michigan Law Review, v. 88, p. 1662-1667, may, 1990.

CONSELHO Pleno aprova mudanças no sistema eleitoral da OAB. Disponível em: <www.oab.org.br/noticia/27781/conselho-pleno-aprova-mudancas-no-sistema-eleitoral-da-oab>. Acesso em 08 jan. 2015.

DAHL, Robert A. Democracy and its critics. New Haven: Yale University Press, 1989.

DAHL, Robert A. A democracia e seus críticos. Trad. Patrícia Ribeiro. São Paulo: M. Fontes, 2012.

FERRARO, L.; WILSON, J. M. Puzzle de la reforma electoral se traslada al senado. Lat-ercera, Jan. 26 ago. 2004. Disponível em: <papeldigital.info/lt/2014/08/29/01/paginas/012.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2015.

GUERRYMANDERING. In: ENCICLOPÉDIA Britânica. Atual. 11 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.global.britanica.com/EBchecked/topic/231865/guerrymandering>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

KEANE, John. Vida e morte da democracia. Trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? In: _____. Jurisdição Constitucional. Trad. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 239-298.

KELSEN, Hans. A Democracia. Trad. Ivone Castilho et all., 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000.

LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down judicial review. The Georgetown Law Journal, v. 101, n. 1, p. 113-183, 2012.

MORCHON, Gregorio Robles. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaios sobre a teoria analítica do direito. Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

MORCHON, Gregorio Robles. Tres tipos de reglas en el derecho. Cuadernos de la Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, n. 11, p. 113-128, 1985.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: M. Fontes, 2007.

NOGUEIRA, Octaciano. A constituinte de 1946: Getúlio, o sujeito oculto. São Paulo: M.

Fontes, 2005.

NOGUEIRA, Octaciano; SEVERO, Alípio. Democracia dos autocratas. Brasília: Dédalo, 2003.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. Triângulo da violência argumentativa - cortes superiores, supremas e constitucionais: decisão monitorada em uma democracia monitorada. *Civil Procedure Review*, v. 5, n. 2, p. 73-142, May/Aug. 2014a.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, av. 4, n. 2, p. 135-169, 2014b.

PERETTI, Terri. Democracy-Assisting Judicial Review and the Challenge of Partisan Polarization. *Utah Law Review*, v. 2014, n. 4, p. 843-866, 2014.

PORTO, Walter Costa. Dicionário do voto. Brasília: UnB, 2000.

RORTY, Richard. Ensaio sobre Heidegger e outros. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

SARMENTO, Daniel. O STF não é o centro do constitucionalismo: conversas acadêmicas com Daniel Sarmento. 2014. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

SCHMITT, Carl. O guardião da constituição. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHUGURENSKY, Daniel. The difficult task of learning democratic practices through partisan politics in times of plutocracies. In: YOUNGBLOOD, Janet. *Learning Democratic Practices: Political Parties, Media and American Political Development*. United Kingdom: Cambridge, 2006. p. x-xv.

WARD E. Y., Elliot. The rise of guardian democracy: the Supreme Court's role in the voting rights disputes, 1845-1969. Cambridge: Harvard University Press, 1974.

WEIR, Stephen. As piores decisões da história e as pessoas que as tomaram. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.



VOLTAR AO
SUMÁRIO

AS TUTELAS PROVISÓRIAS COMO GARANTIA DO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO NAS DEMANDAS DE SAÚDE

Walter Rodrigues Ferreira¹, Fernanda Santos Sampaio Santoro²

RESUMO

A presente dissertação aborda aspectos referentes ao resultado útil do processo frente a possibilidade de concessão de tutelas provisórias. As tutelas provisórias são consideradas instrumentos de aceleração processual, uma vez que por meios delas, preenchidos os requisitos, se alcança no início do processo aquilo que seria concedido apenas ao final.

A saúde é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal e por leis infraconstitucionais. Logo, o Estado tem o dever de atender as normas programáticas ali estabelecidas, ainda que sob os limites da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”.

Discute-se também aqui se a razoável duração do processo na Justiça Federal possibilitará o seu resultado útil e quais requisitos autorizam ao Poder Judiciário interferir nas políticas de saúde de modo a não comprometer o sistema como um todo; e também a não banalizar as normas programáticas constitucionais como instrumento gerencial de administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL.

¹ Servidor do Conselho da Justiça Federal. Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (2019). Especialista em Planejamento Estratégico com Ênfase no BSC pela Universidade Católica de Brasília.

² Professora Mestre em direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal-UDF. Pesquisadora do grupo de pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável do UDF - ODS 8. Possui especialização em Direito Público pela Funcesi-MG e em Direito Civil pela PUC-Minas. Possui Curso de Didática de Ensino Superior. Atualmente é professora de Direito Civil, Processo Civil e atua no Núcleo de Práticas Jurídicas do Centro Universitário UDF. É advogada atuante com experiência nas áreas de Direito Civil, Penal e Trabalho, com ênfase em Direito Civil e Processo Civil. Mediadora de processos Cíveis e Família.

ABSTRACT

This dissertation deals with aspects related to the useful outcome of the process in view of the possibility of granting interim relief. Provisional protections are considered instruments of procedural expediency, since, by means of them, fulfilling the requirements, one reaches at the beginning of the process what would only be granted at the end.

Health is a fundamental right guaranteed by the Federal Constitution and by nonconstitutional laws. Therefore, the State has a duty to comply with the programmatic norms established therein, even if it is within the limits of the “reserva do possível” and the “mínimo existencial”.

It is also discussed here whether the reasonable length of the process in Federal Justice will enable its useful outcome and what requirements allow the judiciary to interfere with health policies so as not to compromise the system as a whole; and not to trivialize constitutional programmatic norms as a management tool for public administration.

KEYWORDS: STABILIZATION OF ANTICIPATED TITTLE; SINGLE HEALTH SYSTEM, “MINIMUM EXISTENTIAL”; “RESERVE AS POSSIBLE”.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil – CPC de 2015 estabeleceu algumas mudanças em relação ao antigo, de 1973, e visando celeridade e estabilidade, estabeleceu que as tutelas provisórias agora podem ser fundadas em urgência e evidência. Para Câmara (2017, p. 143), as “Tutelas provisórias são tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária (isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza). Podem fundar-se em urgência ou em evidência (daí por que se falar em tutela de urgência e em tutela da evidência)”. Enquanto as tutelas de urgência são normalmente requeridas em caráter antecedente, as tutelas de evidência são pedidas no decorrer do processo, em caráter incidental. Em ambos os casos visam a proteger ou antecipar um direito que somente seria concedido no final do processo.

A saúde é um direito previsto na Constituição Federal de 1988 como Direito Social, aduz o art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”. Já o art. 194/CF determina que a seguridade social (na qual está inserido o direito relativo à saúde) é competência do poder público, o qual deve ter como objetivo, dentre outros: “I - universalidade da cobertura e do atendimento”. De fato, o art. 196 estabelece que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”.

Muito embora o legislador tenha assegurado todo o arcabouço jurídico para que o Estado cumpra a sua função social relativa à saúde, o fato é que ainda deixa muito a desejar. Frequentemente vemos reportagens jornalísticas as quais mostram que o acesso ao sistema de saúde é precário ou inexistente. Em matéria publicada no dia 7 de abril de 2019, no site do jornal Correio Braziliense³, foi noticiado que “O sofrimento que a família passou é apenas um retrato da situação de muitas outras pessoas que dependem da saúde pública no Distrito Federal, sucateada nas últimas décadas. É um problema histórico que o governo do Distrito Federal tenta resolver. Recorrer ao serviço virou sinônimo de angústia para brasilienses de qualquer faixa etária, sobretudo àqueles que deveriam ser tratados com prioridade: crianças e idosos” -

Frequentemente, os usuários do sistema de saúde buscam no judiciário provimento jurisdicional que obrigue o Estado a atender sua demanda. Assim, forma-se

³<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/04/07/interna_cidadesdf,747938/a-via-crucis-de-criancas-e-idosos-nas-filas-de-hospitais-do-df.shtml> Acesso em 21/04/2019.

outra fila: a de julgamentos das demandas de saúde do Poder Judiciário.

O CPC/2015 trouxe algumas importantes mudanças, que objetivam, em síntese, a celeridade processual. Dessa forma, temos que os artigos 294 e seguintes do CPC tratam especificamente do tema. Importante ressaltar que, na técnica processual atual, a tutela antecipada, até que seja modificada, mantém seus efeitos mesmo que haja suspensão do processo. Por isso mesmo, tais tutelas, podem corrigir injustiças que possam vir a ocorrer em razão da morosidade processual.

A competência para processar e julgar as demandas de saúde é da Justiça Federal, e não há dúvidas de que a União é competente para compor o polo passivo da relação jurídica. Dispõe o art. 109, inc. I da CF/88 que compete aos juízes federais processar e julgar “I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.”

O CPC/2015, nos art. 294 a 311, ao tratar das tutelas provisórias, evidencia que as decisões interlocutórias podem ter sua prolação com base em um exame menos profundo, usando juízo de probabilidade e de certeza precária, dividindo-se assim em urgência e evidência. (CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 157). Com efeito, pode o magistrado antecipar um direito que seria assegurado apenas após o longo processo, desde que presentes requisitos específicos, a saber:

A fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*)

O perigo da demora (*periculum in mora*)

O perigo da demora pode fazer com que o processo não alcance resultado útil. Nos casos de tratamento de saúde ou aquisição de medicamentos, tal demora pode resultar em agravamento da doença, trazendo como consequência, sequelas graves, ou até mesmo a morte do autor da ação.

2. AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE ACORDO COM O NOVO CPC

A decisão do Magistrado deve chegar em tempo razoável, e com as devidas garantias do contraditório e da produção de provas. Nesse sentido, vale lembrar que um processo rápido que não respeite as normas processuais também não produz resultados adequados.

As tutelas provisórias são “tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em

cognição sumária”⁴. Ou seja, são fundamentadas em um exame menos profundo da causa. O CPC/2015 trata das tutelas em um único livro. E diferentemente do código de processo civil revogado, não há mais a existência do processo cautelar autônomo. Assim, temos que o pedido por tais tutelas se dão sempre em processo de conhecimento ou de execução.

A tutela provisória não decide definitivamente sobre a questão, não tendo força de coisa julgada. Ainda que dotada de eficácia imediata, poderá ser modificada em outros momentos processuais, conforme disposto no art. 296/CPC, parte final.

A decisão acerca da tutela provisória necessita ser, por óbvio, fundamentada (art. 298/CPC), cabendo ao juízo o qual proferiu a decisão que defere o pedido, assegurar o cumprimento do comando judicial, tomando de ofício, ou a requerimento da parte, as medidas coercitivas necessárias a sua execução.

2.1 CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

As tutelas provisórias podem ter como fundamento a urgência ou a evidência.

A tutela provisória de urgência requer que estejam presentes os requisitos do artigo 300, caput, do CPC, que são o *fumus bonis juris* e o *periculum in mora*, significando respectivamente, a probabilidade do direito e o risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação em razão da demora processual.

A tutela provisória de evidência poderá ser concedida de acordo com os requisitos do art. 311 do CPC e não se baseia em um perigo. Esse tipo de tutela tem o condão de inverter o ônus da excessiva duração do processo, que em geral, recai sobre o autor da demanda.⁵ Nesse caso, verifica-se um comportamento protelatório do réu, abusando do seu direito de defesa. Ou ainda, comprova-se o alegado por meio de provas documentais as quais a parte contrária não oponha dúvida razoável (inciso IV do art. 300/CPC).

A tutela provisória de urgência poderá ser requerida no início do processo ou momento posterior, de forma incidental. Noutro giro, a tutela de evidência terá sempre caráter incidental e deverá ser dirigida ao juízo onde tramita o feito.⁶

2.1.1 TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela de urgência, em razão do disposto no art. 294/CPC, poderá ser cautelar ou satisfativa.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro - São Paulo: Atlas, 2019. Pag. 159

⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito civil processual esquematizado - São Paulo, 2016. Pag. 351

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro - São Paulo: Atlas, 2019. Pag. 159

Na lição de Alexandre Câmara, a tutela cautelar é aquela que visa assegurar o resultado útil do processo, em que há fundamentada urgência, como no caso do devedor que tenta desfazer-se de seus bens penhoráveis antes de vencida a dívida, de modo a frustrar uma possível execução.

Nesse caso, se faz necessário que mecanismos processuais assegurem o futuro resultado útil do processo. Ressalte-se que não se trata de tutela satisfativa (a qual permite a fruição imediata do direito), mas de tutela “não satisfativa”, que apenas assegura o resultado útil, no caso sentença ser favorável à pretensão autoral.

No mesmo sentido posiciona-se Marcus Vinícius Rios Gonçalves, para que assevera que “o juiz não concede, já, o que só seria deferido no final, mas determina providências de resguardo, proteção e conservação dos direitos em litígio.”.

Com outro objetivo, temos a tutela de urgência satisfativa. Esta sim, se presta a fruição imediata do direito perseguido. Nos casos de demanda de saúde, em particular, dada a urgência que sempre acompanha tais situações, seja nas demandas por tratamento de saúde ou medicamento, esse parece ser o tipo de tutela mais adequado a se pedir.

Não obstante os requisitos autorizadores, temos também um requisito a ser vencido de caráter proibitivo: trata-se do §3º do já citado art. 300/CPC, que inicialmente, não permite a concessão de tutelas provisórias nos casos em que haja a possibilidade de irreversibilidade da decisão prolatada, como por exemplo, no caso da concessão do pedido de demolição de um prédio. Contudo, ressalva Alexandre de Moraes que esta proibição não é absoluta, como nos casos de fixação de alimentos e nas demandas de saúde. Para fundamentar seu raciocínio, o ilustre autor cita o enunciado n. 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC: “Não é absoluta a regra que proíbe a tutela provisória com efeitos irreversíveis.”. Trata-se aqui da necessidade do juiz avaliar a quem deve ser menos oneroso suportar os danos da decisão, pois pode ser que não concessão da tutela requerida também cause danos irreparáveis.

Outro aspecto importante da técnica processual referente às tutelas é o que está disposto no §1º do art. 300/CPC, que trata da caução a ser oferecida pela parte demandante como garantia de acautelar os danos que possam sofrer a parte contrária. A regra é que haja o devido acautelamento. Entretanto, tal exigência encontra limites na hipossuficiência jurídica. Assim, se entender o magistrado, ficará, excepcionalmente, a parte autora dispensada de prestação de contracaução.

A tutela de urgência requerida em caráter antecedente requer procedimentos específicos para sua proposição, conforme se deduz da análise do art. 303/CPC, que se refere aos casos em que a urgência é contemporânea à propositura da ação. Há, no referido artigo, uma mitigação dos requisitos necessários à petição inicial. Isso ocorre em razão da urgência extrema que fundamenta sua proposição. Somente será necessário requerer: a) tutela de urgência pretendida; b) indicação do pedido final; c)

exposição sumária da causa; e, d) o direito que se busca realizar, além da situação de perigo de dano iminente ao direito material ou ao resultado útil do processo.

O Professor Alexandre Câmara⁷, para exemplificar a situação acima, toma como exemplo a demanda por uma internação hospitalar de emergência, recebida por juiz plantonista, em razão da urgência do procedimento. Assinala o referido autor que seria um “absurdo” exigir do demandante, mesmo que representado por seu advogado, a apresentação da peça inicial completa. Concedida a tutela de urgência, a técnica processual determina que o demandante complemente a petição inicial, com que tudo que for necessário, como novos documentos e informações.

2.1.2 TUTELA DE EVIDÊNCIA

No art. 311/CPC encontramos os incisos autorizadores da concessão da tutela de evidência, que são o abuso de defesa por parte da ré e também sua atitude protelatória. Não se trata aqui de um perigo iminente, mas de inverter o ônus da demora processual, mesmo que não haja urgência. A tutela de evidência será sempre incidental, uma vez que seus pressupostos evidenciam uma relação processual completa. Como o processo já está em andamento, o pedido será feitos nos autos principais.

Para exemplificar, Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁸ ilustra uma situação em que o réu, em ação de cobrança, abusa de direito de defesa ou utiliza da técnica processual com intuito protelatório (art. 306, inciso I, do CPC). Em casos, poderá o magistrado autorizar o cumprimento provisório da sentença, bem como determinar o arresto de bens garantidores da futura execução.

A tutela provisória de evidência tem caráter sancionatório, pois sua concessão demonstra que a parte contrária agiu em desacordo com os princípios processuais, em especial o princípio da boa-fé processual. A finalidade protelatória não pode ser tolerada, uma vez que o ônus suportado pelo demandante já é por demais excessivo.

2.2 ESTABILIZAÇÃO

A competência para julgar o pedido provisório será sempre do juiz que irá julgar também o pedido principal, conforme disposto no art. 299 do CPC⁹.

Uma vez deferida a tutela antecipada em momento antecedente, o prazo para o autor completar a inicial será, em regra, de 15 dias, contudo, pode o juiz determinar outro prazo.

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro - São Paulo: Atlas, 2019. Pag. 164

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro - São Paulo: Atlas, 2019. Pag. 370

⁹ Art. 299 do CPC: “A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.”

O processo prosseguirá na forma do art. 296 do CPC¹⁰. Ou seja, até que a decisão concessória de tutela seja modificada (seja pelo magistrado em sede de retratação ou revogação, ou por determinação de decisão recursal), manterá sua eficácia. O processo então irá prosseguir, conforme rito próprio, até que seja pronunciada decisão de mérito. Haverá, por consequência, estabilidade provisória da medida, conforme descrito no art. 304 do CPC, mas que pode ser modificada por pedido das partes.

Em embora o CPC referira-se a ao termo estabilização da tutela no Livro V, trata-se de estabilização de tutela provisória, que poderá ser reformada ou revogada a qualquer tempo. Isso porque se trata de decisão que poderá ser modificada quando da sentença. A sentença sim possui caráter exauriente de cognição do juízo competente.

Não restam dúvidas de que poderá haver concessão de tutela provisória em face da fazenda Pública. Contudo, dada às peculiaridades do Estado enquanto parte numa ação judicial, existem certos limites, de modo a não acarretar prejuízos elevados a coletividade. Isso porque a fazenda pública defende, no geral, interesses públicos e direitos indisponíveis.

Em certos casos, a decisão sumária, ainda que sem força de coisa julgada, poderá decidir definitivamente (por tempo indeterminado) acerca do direito tutelado. Isso ocorrerá nos casos em que ambas as partes concordem com a decisão provisória prolatada em sede de cognição sumária. A decisão provisória irá regular a questão, antes controvertida, até que se alcance a prescrição ou a decadência, ou ainda que haja ação específica para modificar o que foi anteriormente decidido.

Finalmente, não há que se falar em estabilização da tutela de evidência ou da tutela antecedente de caráter cautelar. A tutela cautelar, como visto, visa a proteger direitos materiais para o futuro. Logo não seria coerente estabilizar um direito sem poder usufruir dele.

2.3 ATITUDES DO RÉU E DO AUTOR APÓS A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECEDENTE

O autor e o réu serão chamados a intervir nos autos após a decisão do juízo onde foi protocolado o pedido de tutela provisória. Há a possibilidade de as partes se manterem inertes e a tutela concedida vir a ser estabilizada. Entretanto, para que haja a estabilização da tutela antecedente, é necessário que haja manifestação expressa do autor. A não concessão da tutela requerida implicará em intimação do autor para

¹⁰Art. 296 do CPC: “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”.

Art. 304 do CPC: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.”

ciência e providências, conforme determina o §6º do art. 303¹¹.

Por outro lado, caso haja o deferimento do pedido ao autor, então o réu é que deverá se manifestar. Caso queira combater a decisão proferida, deverá apresentar agravo de instrumento ou outra medida que demonstre inconformismo. Caso tome essa medida, o processo terá prosseguimento pelo procedimento ordinário, o que levará a cognição completa da situação. Noutra sentida, caso o réu entenda ser favorável não se insurgir contra a decisão do magistrado, haverá extinção do processo, nos termos ao art. Art. 304, caput, do CPC. A tutela conservará seus efeitos, conforme disposto no §3º do referido artigo.

3. O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

O direito à saúde, no campo da Constituição Federal de 1988, como direito social, consta do art. 6º da CF88¹². Os direitos sociais são voltados para a proteção do povo brasileiro e nesse sentido são direito fundamentais de 2ª dimensão. Os direitos sociais, como o próprio nome diz, são em prol da coletividade, o que invariavelmente as associará a ideia de solidariedade.

O acesso à saúde pública e à assistência social se faz de forma “não contributiva”, ou seja, os serviços são prestados de forma gratuita, com recursos advindos da prestação de tributos¹³, conforme definido no art. 3º do Código Tributário Nacional.

A prestação de serviços de seguridade social norteia-se por princípios, cuja maioria está listada no rol do art. 194 da CF/88. Vamos tratar aqui, daqueles que mais interessam à prestação da saúde pública.

Universalidade da cobertura e do atendimento (Inciso I, do Art. 194/CF88): a assistência social e a saúde pública são gratuitas e são prestadas de forma solidária. Ou seja, não pagamento de forma direta pelo beneficiário.

Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. (Inciso III, do Art. 194/CF88): a seletividade diz respeito à eficiência no uso dos recursos disponíveis. Como já foi visto, os recursos não são suficientes para o atendimento

¹¹ Art. 303, §6º: “Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.”

¹² “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

¹³ O conceito de tributo está definido no art. 3º do Código Tributário Nacional: “Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

de todas as demandas, de modo que o administrador público deve selecionar riscos sociais relevantes para serem atendidos.

Solidariedade (Inciso I do Art. 3º da CF88): a prestação de serviços de saúde pública independe de pagamento por parte do beneficiário, seja no momento da oferta dos serviços, seja como contribuinte ao sistema de saúde.

Em termos infraconstitucionais, a Lei 8.080/90 dispõe sobre as condições gerais para funcionamento do SUS, reafirmando mais uma vez, que a saúde é um direito fundamental (artigo 2º) e que é dever do Estado garantir a saúde (§1º do artigo 2º). Ainda, em seu artigo 7º reafirma os princípios da universalidade, integralidade e igualdade do sistema.

3.1 NORMAS PROGRAMÁTICAS CONSTITUCIONAIS

A constituição brasileira é um bom exemplo de constituição programática. Isso por que o conteúdo de nossa constituição está permeado de normas com conteúdo fortemente social. Normas programáticas correspondem à metas a serem atingidas pelo Estado.¹⁴ As normas programáticas, para que não se transformem apenas em objetivos, precisam ser executadas, sob pena de serem apenas declarações de boa vontade.

O direito subjetivo à atuação do Estado demanda que os órgãos públicos tomem providências no sentido de se alcançar os programas definidos pela Constituição. Obviamente que toda ação estatal requer disponibilidade orçamentária e financeira. Mas a simples alegação de falta de recursos não obsta a realização do “mínimo existencial”.

A Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental ADPF-45¹⁵ foi um dos julgados mais importantes acerca do tema ao definir a garantia de recursos financeiros mínimos a serem aplicados na prestação de serviços de saúde. Sabe-se que a Suprema Corte não tem atribuição para a formulação de políticas públicas, no entanto, de forma indireta, o faz quando determina o cumprimento de normas constitucionais que representam a eficácia dos direitos constitucionais.

Em que pese a realidade de contingenciamento de gastos, não pode o Estado permanecer inerte frente à argumentação de falta de orçamento, uma vez que toda a administração pública está vinculada aos direitos sociais. Nesse sentido, não pode o princípio da dignidade humana, ao ser confrontado com o princípio da eficiência, ser totalmente mitigado. Ao contrário, deve haver ponderação de modo a nenhum deles sucumbir.

¹⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. Ed. Saraiva. São Paulo. 2012

¹⁵ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381> - visitado em 05/09/2019

3.2 A “RESERVA DO POSSÍVEL” E O “MÍNIMO EXISTENCIAL”

O orçamento dos entes federados não é capaz de atender a todas as demandas sociais, muito embora haja a garantia constitucional de acesso universal à saúde¹⁶ (inciso I do Art. 194/CF), tal universalidade de atendimento encontra-se limitada pelo orçamento disponível.

Ingo Sarlet¹⁷ considera que a crescente judicialização das demandas de saúde cobra uma atuação arrojada dos operadores do direito, em especial do Juiz, que com frequência é obrigado a manifestar-se acerca de alocação de recursos públicos. Tal intervenção é questionada, uma vez o processo de elaboração do orçamento não passa pela esfera judicial.

O fato é que as normas constitucionais são imperativas e, nesse sentido, sua inobservância tem consequências punitivas. Não pode a Constituição tornar-se refém do momento político ou econômico. Normas programáticas não são meras conjecturas morais. Pelo contrário, tais normas vinculam o legislador, revogam conteúdo normativo contrário às suas disposições e são fonte interpretativa para o Poder Judiciário. O não cumprimento de tais ditames equivaleria a uma subversão da hierarquia das normas, uma vez que não pode a lei maior deixar de ser cumprida, frente a uma não atuação legislativa ou executiva.

3.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Conforme disposto no art. 198 na CF, os serviços públicos de saúde são integrados por uma rede regionalizada e se constituem em um sistema único. Assim, o Sistema Único de Saúde configura-se com uma política pública prevista na própria Constituição Federal. O sistema tem como uma de suas diretrizes a descentralização. Ou seja, estados e municípios devem prestar serviços de saúde, o que também está disposto no art. 23, II da CF¹⁸. No âmbito infraconstitucional, a Lei 8.080/1990 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, enquanto que a Lei. 8.142 do mesmo ano dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências de recursos financeiros.

¹⁶ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

¹⁷ Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações(1) http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html - visitado em 06/09/2019

¹⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: ... II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Os decretos, portarias e resoluções, pela facilidade de serem criados e alterados, são ferramentas para aprimoramento e ajustes do sistema. Nesse sentido, a Portaria 3.916/1998 instituiu a Política Nacional de Medicamentos - PNM e adotou a revisão permanente da Relação de Medicamentos Essenciais (Rename). Ou seja, o Rename é parâmetro para a definição da lista de medicamentos a serem fornecidos pelo governo, enquanto que a PNM define em que consiste a assistência farmacêutica¹⁹.

Não se pode afirmar que todas as necessidades referentes aos serviços de saúde possam ser consideradas como direito subjetivo, uma vez que existem relações de medicamentos e procedimentos autorizados pelo Ministério da Saúde, e também vedações expressas na lei, como por exemplo, as vedações contidas no art. 19-T da Lei 8.080/90.

4. AS TUTELAS PROVISÓRIAS COMO GARANTIA DO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO

O CPC/2015 estabelece no art. 4º que todos têm direito de obter a solução da demanda judicial em prazo razoável. Porém não basta o comando inserido no CPC para que isso se torne uma realidade. “O processo civil brasileiro é um procedimento em contraditório, que desenvolve de forma isonômica perante o juiz natural...²⁰”. Isso significa que ocorre um “devido processo legal” que deve ser respeitado, sob pena de nulidade. O modelo insculpido na Constituição Federal aborda com clareza os princípios do contraditório e da ampla defesa como garantias do processo.

Para Alexandre Câmara, nosso processo civil é comprometido com a razoável duração do processo sem uma busca desenfreada pela celeridade processual. É necessário, para o autor, que se respeite as garantias fundamentais, mesmo que isso leve algum tempo a mais.

Outro princípio que merece destaque é o de que as partes devem cooperar. Conforme art. 6º do CPC todos devem cooperar para que se obtenha o resultado do processo em tempo razoável. Nesse sentido, não são admitidas atitudes meramente protelatórias, uma vez que tais comportamentos atentam contra a boa-fé processual.

¹⁹ Assistência Farmacêutica - Grupo de atividades relacionadas com o medicamento, destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia Terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro - São Paulo: Atlas, 2019. Pag. 14

No que diz respeito às demandas de saúde, parece óbvio que a urgência estará sempre presente, uma vez que a demora na prestação jurisdicional poderá acarretar danos irreversíveis ao paciente. Como exemplo, citamos a Doença de Fabry²¹, doença rara que atinge o coração, rins, cérebro e leva à morte do paciente. O custo para o tratamento gira em torno de duzentos mil dólares (US\$200.000) por ano.

Para Marcus Vinicius Rios Gonçalves²², a demora no julgamento dos processos representa um dos entraves mais problemáticos ao funcionamento da justiça. Desse modo, os juízes devem zelar pela agilidade processual, buscando uma rápida solução para o litígio. Afirma ainda o autor, que entre as numerosas medidas que foram tomadas como forma de tornar o processo mais eficiente, estão as tutelas de urgência.

4.1 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A União, defendida por sua Advocacia-Geral da União – AGU sustentava que a presença da União no polo passivo da relação jurídica violaria os artigos 2º e 198/CF. Pleiteava a AGU que a obrigação de fornecer medicamentos fosse exclusiva dos órgãos locais referentes ao local de residência do autor da ação. Mas entendeu de forma diversa o STF e assentou a tese de que como os entes federados possuem competência comum para cuidar da saúde (art. 23, inciso II/CF), também são solidários nas demandas na área de saúde.

Considerando que a saúde é um direito de todos, não se pode dizer que o art. 196/CF, por ser um direito social, materializa-se apenas em norma programática sem efetividade e incapaz de produzir efeitos. O entendimento é de que o direito a saúde é um direito subjetivo assegurado. Ou seja, o cidadão tem uma relação com o Estado, assim, caso não haja a prestação espontânea pela Administração Pública, encontra-se legítima a atuação do Poder Judiciário.

O Conselho Nacional Justiça – CNJ, no uso de suas atribuições elabora desde 2005, estatísticas de todo o Poder Judiciário nacional por meio do anuário “Justiça em Números”²³. Conforme o referido relatório, um processo de conhecimento na Justiça Federal comum, demora em média, 3 anos para ser julgado no primeiro grau e 2 anos e 5 meses no segundo grau. Desconsiderando eventuais recursos para os tribunais

²¹ Doença de Fabry, doença de Anderson-Fabry ou deficiência de alfa-galactosidase A é uma doença genética rara associada ao cromossomo X. É causada pela deficiência de uma enzima lisossômica chamada alfa-galactosidase A e afeta entre 1 e 3 de cada 100.000 nascidos vivos. A Doença de Fabry é hereditária e está ligada ao cromossomo X. Ela se dá quando ocorre uma mutação no gene GLA (Xq22.1.) que é responsável pela produção de uma enzima presente nos lisossomos conhecida como Alfa-Galactosidase A (α-Gal A), gerando sua total ausência ou deficiência. Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Doen%C3%A7a_de_Fabry (visitado em 12/09/1969)

²² GONCALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. Pag. 95

²³ Justiça em Números 2019. Conselho Nacional de Justiça.

superiores, temos um tempo médio de tramitação de 5 anos e 5 meses.

Comparativamente, temos que o tempo de tramitação médio na justiça estadual é de 3 anos e 3 meses e na justiça do trabalho o tempo médio é de apenas 1 ano e 1 mês.

Quanto à conciliação, o referido relatório informa que o índice de conciliação na Justiça Federal comum é de apenas 9%.

4.2 A UNIÃO NO POLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL

Quando uma ação é proposta em face da União, caberá ao Procurador da Advocacia-Geral da União defender os interesses do Estado. Ocorrendo a citação válida, abrir-se-á o prazo (em dobro, conforme art. 183/CPC) para a AGU se manifestar em defesa do réu (União). Os procuradores possuem independência funcional e não podem ser penalizados administrativamente pelo juiz, que, caso assim entenda, deverá oficiar o órgão competente para tanto, conforme disposto no §6º do art. 77/CPC²⁴.

Feitas essas considerações, adentramos nos aspectos combatidos quando surge a demanda por medicamentos ou tratamento de saúde em face da União. Para tanto, foram observados os pareceres referenciais n. 00008/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU²⁵ e 00008/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU²⁶, que tratam de temas relativos ao fornecimento de medicamentos pelo SUS.

Inicialmente, a defesa técnica inicia sua fundamentação alegando a falta de interesse de agir quando o medicamento já é disponibilizado pelo SUS, ou seja, caso o princípio ativo do remédio vindicado conste da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Renome entende-se que não há pretensão resistida, pois o remédio, cumpridas as exigências médicas e protocolares, poderá ser dispensado ao requerente.

Um dos pontos mais combatidos pela AGU é que a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde existentes, determinando entrega de medicamentos não recepcionados pelo SUS, não poderia ser concedida judicialmente, pois se não constam em protocolo clínico do SUS, não são políticas públicas. Para tanto, invocam o AgRg STA 175/CE²⁷, que em decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, observa

²⁴ CPC, art. 77, § 6º: Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

²⁵ <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/abril/24/PARECER-REFERENCIAL-n.%2000008-2019-CONJUR-MS-CGU-AGU.pdf> – Visitado em 30/09/2019.

²⁶ <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/abril/24/PARECER-REFERENCIAL-n.%2000008-2019-CONJUR-MS-CGU-AGU.pdf> – Visitado em 30/09/2019.

²⁷ Trata-se do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, formulado pela União, e do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 178, formulado pelo Município de Fortaleza, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE (2006.81.00.003148-1), que deferiu a antecipação de tutela recursal para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza, o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (Miglustat), em favor de CLARICE ABREU DE CASTRO NEVES...

ser necessário política estatal que fundamente o pleito.

Defende a Procuradoria da AGU, ainda, que de acordo com o REsp n. 1657156/RJ, devem ser cumpridos requisitos cumulativos para que o Poder Judiciário defira pedidos de medicamentos não incorporados pelos SUS, como por exemplo: necessidade comprovada por laudo médico circunstanciado e também, comprovar a ineficácia dos fármacos utilizados pelo SUS.

Outro ponto relevante para a AGU é o escopo da integralidade do atendimento do Sistema Único de Saúde: entende que o Poder Judiciário interpreta conceitos vagos de forma extensiva, o que não se coaduna com o art. 19-M da Lei 8.080/90, inciso I e II, que estabelecem que a dispensação de medicamentos de saúde deve ser feita em conformidade com diretrizes terapêuticas definidas pelo protocolo clínico, e a oferta de procedimentos devem se restringir à tabelas elaboradas pelo SUS.

Como terceiro argumento, surge a necessidade de perícia judicial prévia, que é para a AGU o único instrumento hábil capaz de atestar a necessidade e adequabilidade do medicamento ao caso concreto, não sendo o laudo do perito possível de ser suprido pelo laudo médico, uma vez que cabe ao autor comprovar seu direito, nos termos do art. 373, inc. I, do CPC de 2015. Fundamenta seu entendimento, no AgRg no AREsp 39.368/RS, que teve como relator o Rel. Ministro Mauro Campbell Marques²⁸ e nos enunciados das Jornadas de Direito da Saúde, promovidas pelo CNJ, que contaram com a participação da magistrados, advogados público e particulares, acadêmicos e profissionais da saúde.

A hipossuficiência do requerente também é requisito para concessão de fármaco na visão da Procuradoria, uma vez que o fornecimento é medida excepcional, que se justifica quando o autor da ação não possui meios para custear o tratamento sem o sacrifício de seu sustento e de sua família. REsp 1.657.156/RJ²⁹.

Por último, argumenta a AGU que caso seus argumentos sejam vencido, serão necessárias contracautelas para a concessão do medicamento, como por exemplo, nunca entregar medicamento ou dinheiro diretamente ao paciente.

(STF - STA: 175 CE, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 16/06/2009, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 24/06/2009 PUBLIC 25/06/2009)

²⁸ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA. NECESSIDADE DE PERÍCIA ACERCA DA IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. O recorrente sustenta que a Corte de origem violou os artigos 130 e 420, parágrafo único, ambos do CPC ao não conceder impor ao recorrido, em sede de antecipação da tutela, a obrigação de fornecer os medicamentos pleiteados na inicial. 2. Contudo, foi com base nas especificidades do caso concreto que o Tribunal a quo asseverou que, antes de impor ao Estado a obrigação de fornecer os fármacos pedidos pelo recorrente, é necessária a realização de um laudo pericial indicando a necessidade do medicamento indicado por médico particular.

²⁹ São critérios para a concessão de medicamentos a comprovação por meio de laudo, a incapacidade financeira do autor e a existência de registro na ANVISA.

Em 22 de maio de 2019, o STF, no julgamento RE 657718³⁰, desobrigou o Estado a fornecer medicamentos que não possuam registro na ANVISA. Decidiu aquele plenário que, salvo em situações excepcionais, o medicamento experimental não é devido pelo Estado como política de saúde. Ressaltou o Ministro Marco Aurélio que “Para cada liminar concedida, os valores são retirados do planejamento das políticas públicas destinadas a toda coletividade” e argumentou ainda que isso coloca em risco a própria capacidade de universalidade do atendimento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As tutelas provisórias asseguram o resultado útil do processo.

As tutelas requeridas em caráter antecedente não tem o objetivo de apresentar solução definitiva para a questão debatida. Porém, a solução dada pelo magistrado poderá se perpetuar ante a estabilização, ou no mínimo, produzir efeitos enquanto não for modificada, seja em sede de recurso, seja em sede de retratação.

O pedido provisório será julgado no mesmo processo do pedido principal. Nesse sentido, pode o autor da ação limitar-se ao pedido provisório, ou seja, após o deferimento da tutela antecipada, pode manifestar seu desinteresse no prosseguimento da ação. Nesse caso, se o réu mantiver-se inerte, o processo será arquivado. Por óbvio, não se admite a estabilização da tutela antecipada cautelar ou da tutela de evidência.

Caso o juiz indefira o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, não ocorrerá a estabilização, porém o autor poderá valer-se de recurso próprio para tentar modificar a decisão e após eventual reversão, poderá ocorrer a estabilização.

O réu sempre poderá, caso não se conforme com a decisão que deferiu tutela antecipada, impugnar o pedido por recurso, contestação, reclamação, ou outros meios capazes de reverter a decisão. Nesse caso também não haverá estabilização.

O pedido estabilizado poderá ser revisto por ação própria, conforme art. 304,

³⁰ A tese vencedora foi: “Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019.”

§6º do CPC.

Nos casos de demandas relativas a tratamento e medicamentos de saúde, embora seja garantido o acesso universal pelo SUS, o magistrado deverá observar alguns requisitos para concessão do tratamento ou medicamento, além de verificar a presença da fumaça do bom direito e do perigo ao resultado útil do processo. Isso por que o Estado deve observar a reserva do possível e o mínimo existencial em suas ações programáticas. Contudo, não pode o Estado manter-se inerte, devendo promover arrecadação suficiente para suas ações. Não pode também o Estado, com o intuito de atender demanda individual, colocar em risco a universalidade do atendimento. Assim, deve a parte autora comprovar hipossuficiência, ou seja, ser pobre nos termos da lei. Deve comprovar ainda, que o tratamento oferecido pelo SUS não é adequado ao seu caso.

No caso de indeferimento de tutela antecipada de urgência em caráter satisfativo, o autor deverá arcar com o ônus da demora processual, salvo se for evidenciado comportamento protelatório por parte do réu, o que poderá ensejar pedido de tutela de evidência, de modo a equilibrar o ônus da excessiva duração do processo.

Está reconhecida, em sede de repercussão geral, a competência da Justiça Federal para decidir sobre esses pedidos, e também resta reconhecida a competência da União para constar no polo passivo da demanda.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro - São Paulo: Atlas, 2019

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito civil processual esquematizado - São Paulo, 2016

CARDOSO, Luiz Eduardo Galvão Machado, Estabilização da Tutela Antecipada. Dissertação (Mestrado em Direito). UFBA. Salvador. 2017

AMADO, Frederico. Direito Previdenciário, Ed. JusPoduim. Salvador. 2017, Pag. 23

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. Ed. Saraiva. São Paulo. 2012

BUCCI, Maria Paula Dallari e DUARTE, Clarice Seixas (coordenadoras). Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo. Ed. Saraiva Jur. São Paulo. 2017

Justiça em Números 2019. Conselho Nacional de Justiça

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. [Código (2015)]. Código de Processo Civil de 2015. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. [Lei (1990)]. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 23 set. 2019.



^
VOLTAR AO
SUMÁRIO

SPIRIT OF JUSTICE

DOSIMETRIA DA PENA: CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A DESPROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

Rony Roberto José Martins

RESUMO

A dosimetria da pena é um ato discricionário do julgador. Porém, é necessário apego a critérios ideais para a fixação da pena-base e provisória, já que o legislador não trouxe um quantum definido para estas duas primeiras etapas do sistema dosimétrico. Por isso mesmo, é necessário o estudo desses critérios que a doutrina e a jurisprudência vêm ao logo do tempo aprimorando-os, fazendo uma análise crítica que contribua para o desenvolvimento da matéria. Para tanto, é necessário, ainda, demonstrar distorções na aplicação de tais critérios em cotejo com os princípios da individualização da pena, da hierarquia das fases e da proporcionalidade.

Palavras-chave: Dosimetria da pena. Pena-base. Critérios ideais. Princípios da dosimetria da pena. Pena provisória. Desproporcionalidades. Discricionariedade do julgador.

ABSTRACT

The dosimetry of the penalty is a discretionary act of the judge. However, it is necessary to adhere to ideal criteria for setting the base and provisional penalty, since the legislator did not bring a definite quantum to these first two steps of the dosimetric system. For this reason, it is necessary to study these criteria as doctrine and jurisprudence have been improving them over time, making a critical analysis that contributes to the development of the subject. To this end, it is also necessary to demonstrate distortions in the application of such criteria in comparison with the principles of the individualization of the sentence, the hierarchy of the phases and proportionality.

Keywords: Dosimetry of the feather. Base penalty. Ideal criteria. Principles of feather dosimetry. Provisional penalty. Disproportionate. Judge's discretion.

1. INTRODUÇÃO

Para a correta fixação da pena, o julgador precisa fazer uso de critérios que o orientam a aplicar a pena em um determinado quantum. Não são critérios rígidos, mas têm grande aplicabilidade para a maioria dos casos em concreto.

No entanto, a utilização errônea desses critérios pode criar distorções para o sistema trifásico frente aos princípios basilares que regem a dosimetria da pena. Por isso, o presente artigo objetiva a investigação de critérios ideais para a fixação da pena-base e seus possíveis reflexos para a fixação da pena intermediária ou provisória quando há elementos que podem incidir em fases distintas, como ocorre, por exemplo, com a reincidência e os antecedentes criminais.

Nesses casos, o julgador deve ter o cuidado de não desvirtuar a hierarquia das fases e, por conseguinte, o sistema trifásico, criando distorções que resultam em aplicação de pena maior para um réu com maus antecedentes do que para o réu reincidente, ou até mesmo quando multirreincidente.

Por isso mesmo, é relevante o estudo desses critérios que os tribunais e a doutrina vêm desenvolvendo para, em seguida, ser analisada uma hipótese de violação ao sistema trifásico e quais as possíveis soluções a jurisprudência adota para superar a questão.

No primeiro tópico será abordado o ponto de partida para a fixação da pena-base em que a doutrina e a jurisprudência, desde os tempos da codificação penal, discutem como iniciar o cálculo dosimétrico.

No segundo tópico será abordado o dever de motivação e da explicitação do raciocínio lógico percorrido pelo julgador para a fixação da pena-base, pois uma motivação obscura pode ocasionar dificuldade na interpretação para as partes e ao próprio Tribunal, em caso de reanálise da matéria.

No terceiro tópico serão estudados os critérios ideais propostos pela doutrina para a fixação da pena-base e adotados pelos Tribunais em seus julgados, confrontando com a discricionariedade regrada do julgador na aplicação da pena.

No quarto tópico, será analisada a possibilidade de ocorrência de concurso entre circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis e o posicionamento dos Tribunais.

Ao final, no último tópico, será analisada a aplicação de um dos métodos para a fixação da pena-base e provisória e qual possível distorção ocorre com a utilização desses critérios para a fixação da pena definitiva, apontando possíveis soluções encontradas pela doutrina e a jurisprudência.

2. DO PONTO DE PARTIDA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE

Segundo o raciocínio lógico do art. 68 do Código Penal - CP, a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59¹ deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

O consagrado método trifásico de aplicação da pena tem por objetivo viabilizar o exercício do direito de defesa, explicando para o réu os parâmetros que conduziram o juiz na determinação da reprimenda².

Desde logo, percebe-se que o Código Penal não trouxe regras matemáticas e tampouco absolutas quanto a fixação da pena-base. Longe disso, o estatuto repressivo apenas expôs regras simples que orientam a atividade jurisdicional no bojo da dosimetria da pena, conferindo ao julgador uma discricionariedade que, por sua vez, revela-se regrada para o seu cálculo³.

A doutrina mais tradicional, forte nas lições de Nelson Hungria, entendia que, para o cálculo da pena-base, o julgador deveria partir do termo médio que é obtido por meio da aritmética entre a pena mínima e a máxima abstratamente cominada ao tipo penal incriminador⁴. Com isso, se a maioria das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP fossem favoráveis ao réu, a pena-base deveria ser fixada próximo ao mínimo legal. Caso contrário, se a maioria das circunstâncias judiciais fossem desfavoráveis, a pena-base seria fixada próximo à pena máxima em abstrato. Conclusão idêntica também chegou Roberto Lyra⁵.

Contrariando o pensamento de tais autores, Gilberto Ferreira se opõe ao modelo de fixação da pena-base a partir de um termo médio, pois, segundo o autor, cada vez que houver um equilíbrio entre as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis, a pena-base será sempre aquela que seria escolhida como parâmetro inicial, seja o termo médio, seja a pena mínima⁶.

¹ Código Penal, art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

² CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4ª. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 413.

³ Costa Machado, 2015, p. 118.

⁴ Apud FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 64.

⁵ Apud FERREIRA, 1998, p. 64.

⁶ Ibidem, 1998, p. 64.

Com isso, o referido autor quis demonstrar que a depender do modelo adotado pelo julgador como ponto de partida para a fixação da pena, seja a pena mínima, seja o termo médio, a pena-base seria sempre fixada no quantum inicialmente escolhido, caso houvesse um equilíbrio entre as circunstâncias favoráveis e as desfavoráveis. Nesse sentido, o autor conclui que a utilização do termo médio como ponto de partida, conforme a proposta da doutrina tradicional, causaria prejuízo ao réu, posto que a pena-base inevitavelmente seria fixada naquele ponto inicial escolhido pelo julgador, caso ocorresse um equilíbrio entre circunstâncias favoráveis e circunstâncias desfavoráveis ao réu. O mesmo ocorreria caso o julgador adotasse a pena mínima como ponto de partida, porém este último seria, segundo o autor, o modelo mais benéfico ao réu, pois a pena-base não seria afastada do seu mínimo⁷.

Entretanto, deve-se ponderar que o referido autor utilizou o método de compensação entre quatro circunstâncias favoráveis e quatro circunstâncias desfavoráveis para assim chegar a referida conclusão.

Sídio Rosa de Mesquita Júnior, negando a possibilidade de um concurso entre as circunstâncias judiciais (favoráveis e desfavoráveis), assevera que o julgador não está compelido a iniciar o cálculo da pena-base pela pena mínima em abstrato e tampouco pelo termo médio. Também não haveria óbice caso o julgador preferir iniciar o cálculo pela pena máxima em abstrato e ir reduzindo-a na medida em as circunstâncias fossem consideradas favoráveis, pois, para o autor, independentemente de onde se inicie o cálculo, obter-se-á o mesmo resultado⁸.

Ricardo Augusto Schmitt, por outro lado, entende que o critério do termo médio é absolutamente descabido por estar a margem de qualquer fundamento legal. Isso porque a pena-base, segundo o autor, deverá ser fixada a partir da pena mínima abstratamente prevista para o tipo penal incriminador e somente poderá ser exasperada em caso de reconhecimento de circunstância judicial valorada pelo julgador como desfavorável (ou negativa) para o agente⁹.

Avançando-se nesse dilema doutrinário, a jurisprudência, tanto dos Tribunais Superiores quanto a do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), consolidaram o entendimento no mesmo sentido da doutrina mais moderna. Isto porque, a fixação da pena-base acima do mínimo legal requer fundamentação idônea, não sendo razoável a utilização de parâmetros que impliquem no recrudescimento da pena sem que haja motivação adequada para tanto. Veja-se os seguintes julgados:

[...] 2. A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média

⁷ Ibidem, 1998, p. 65.

⁸ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Execução Criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos*. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 295.

⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*. 13ª. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 178.

dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal; quando superior, deve ser fundamentada à luz das circunstâncias judiciais previstas no caput do art. 59 do Código Penal, de exame obrigatório. Precedentes. 3. Habeas-corpus deferido em parte para anular o acórdão impugnado e, em consequência, a sentença da Juíza Presidente do Tribunal do Júri, somente na parte em que fixaram a pena, e determinar que outra sentença seja prolatada nesta parte, devidamente fundamentada, mantida a decisão do Conselho de Sentença.

(STF - HC: 76196 GO, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 29/09/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 15-12-2000 PP-00062 EMENT VOL-02016-03 PP-00448);

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA. NULIDADE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. INOBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. PRECEDENTES. 1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, e inobservando o critério trifásico, de forma desordenada e em fases aleatórias. Precedentes desta Corte Superior. [...]

(HC 96.395/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 14/04/2008);

ESTUPRO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS - PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - REDUÇÃO DA PENA - IMPOSSIBILIDADE - CULPABILIDADE - PERSONALIDADE DO AGENTE - CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - CORRETA VALORAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA. 1) - Correta a sentença que exaspera a pena-base em decorrência de 03 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado. (...) 5) - Recurso conhecido e desprovido.

(Acórdão n.448524, 20030510012433APR, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Revisor: LEILA ARLANCH, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 16/09/2010, Publicado no DJE: 15/10/2010. Pág.: 214). (Grifou-se)

Logo, vê-se que, para a jurisprudência, importa muito por onde é iniciado o cálculo da pena-base, seja porque poderia o julgador chegar a um quantum diverso,

a depender do ponto de partida ou do parâmetro adotado, seja porque é necessária motivação idônea para que a pena-base seja afastada da pena mínima legalmente prevista.

Nesse contexto da doutrina mais moderna e da jurisprudência, se todas as circunstâncias judiciais operadoras do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base deve ficar no mínimo previsto. Caso contrário, se algumas circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se do mínimo. Portanto, o cálculo da pena deve iniciar a partir do limite mínimo e só, excepcionalmente, quando as circunstâncias judiciais revelarem especial gravidade, se justificaria a fixação da pena-base além do mínimo legal¹⁰.

Nessa perspectiva, para a doutrina majoritária e também para a jurisprudência, apresenta-se, pois, desacertada a criação de qualquer parâmetro inicial de aplicação da pena, a não ser aquele em que se inicia a partir do mínimo legal, sobretudo quando cotejado no aspecto da estrita legalidade¹¹.

3. DO DEVER DE MOTIVAÇÃO E DA EXPLICITAÇÃO DO RACIOCÍNIO LÓGICO PERCORRIDO PELO JULGADOR PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE

A atividade jurisdicional, principalmente no que tange a aplicação da pena, deve estar sempre pautada no primado da legalidade. Impõe-se, com isso, que a discricionariedade do magistrado seja sempre fundamentada e motivada para que seja atendida a dupla finalidade da sanção penal em concomitância ao seu caráter ressocializador¹².

Gilberto Ferreira ensina que não basta que o magistrado pronuncie quais as circunstâncias que o levaram a fixar a pena-base. É necessário, ainda, que o magistrado diga qual a exata valoração que cada circunstância judicial valorada incidiu para a exasperação da pena-base, não só para obedecer ao disposto no art. 93, inciso IX, da CF/88, mas, sobretudo, para demonstrar ao réu e também ao Tribunal, em caso de reapreciação da matéria, qual a exata quantidade de pena atribuída a cada circunstância judicial¹³.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1705.

¹¹ JORGE, Mário Helton. *Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

¹² MARCRON, Bruno; MARCÃO, Renato Flávio, acesso em 06 de setembro de 2019, <<http://revistajustitia.com.br/artigos/c199x5.pdf>>, p. 08.

¹³ FERREIRA, 1998, p. 66.

Ocorre que a praxe forense contraria o que se vem buscando através da doutrina, na medida em que há omissão do patamar de aumento atribuído para cada circunstância judicial negativa, ou seja, a quantificação de cada uma delas de forma individualizada¹⁴. Toma-se, como exemplo, o seguinte trecho de sentença penal¹⁵:

[...] A culpabilidade, aqui entendida pelo grau de reprovabilidade da conduta do agente, é inerente ao tipo. O réu possui três condenações definitivas por fatos anteriores (fls. 28, 30, 32). Utilizo a condenação de fl. 28 para valorar os maus antecedentes; e as demais na fase seguinte. Não há, nos autos, elementos negativos em relação a sua conduta social e personalidade. O motivo do delito é inerente ao tipo. As circunstâncias do crime não apresentaram peculiaridades além daquelas esperadas para o tipo. O crime gerou as consequências ordinárias à espécie delictiva. A circunstância relativa ao comportamento da vítima é neutra e não pode ser computada em seu favor porque se trata do Estado. Em atenção à disposição contida no art. 42 da Lei nº 11.343/06, observo que a quantidade da droga apreendida (mais de 2kg de maconha) fundamenta a exasperação da pena-base. Assim sendo, considerando os antecedentes e a circunstância judicial acima desfavoráveis, fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão, além de 700 (setecentos) dias-multa. [...] (Grifou-se)

Mesmo que se afirme que o raciocínio lógico percorrido pelo julgador esteja correto e que ao final a pena-base foi devidamente fixada naquele quantitativo, a d. sentença carece de fundamentação em relação ao quantum de aumento dado para cada uma das circunstâncias judiciais valoradas negativamente. Mais grave se torna o fato se observado que a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) possui rito próprio e estabelece, no seu art. 42, que na dosimetria da pena a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente preponderam sobre as demais circunstâncias previstas no art. 59 do CP¹⁶.

Ora, se o julgador, na hipótese supracitada, valorou os antecedentes e a quantidade da substância apreendida, sendo que esta última prepondera sobre as demais circunstâncias presentes, ou seja, sobre os antecedentes, e ao final a pena-base foi exasperada em dois anos além da pena mínima prevista para o tipo, perfazendo o total de sete anos, qual é a exata fração de aumento dada para cada circunstância valorada?

No entanto, ainda que não haja impedimento legal para tanto, a doutrina mais moderna tende a não permitir que o julgador exponha de maneira concreta o patamar

¹⁴ Cabe esclarecer que na pena-base o quantum de aumento é obtido por meio do patamar de elevação da pena-base e pela forma de incidência (se sobre a pena mínima ou se sobre o intervalo da pena em abstrato). Tais fatores serão devidamente detalhados em tópico próprio.

¹⁵ Processo nº 2018.01.1.023403-3, 4ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, disponibilizado no DJE em 7 de maio de 2019, pág. 1.084.

¹⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Legislação Penal Especial. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 321.

de aumento por ele adotado, tampouco admite que exponha onde seria aplicada esta fração, se sobre a pena mínima ou se sobre o intervalo da pena abstratamente cominada. Schmitt, por exemplo, aponta que na fixação da pena-base o juiz não deve fazer constar no seu julgado o patamar de valoração e a forma de incidência. Isto porque, diversamente do que ocorre na terceira etapa de dosimetria da pena, inexistem nas duas primeiras fases valores fracionários previamente definidos em lei e, portanto, o julgador não poderia fazê-lo constar na fundamentação para fixação da pena-base por ausência de previsão legal nesse sentido. Para Schmitt, a revelação do patamar de valoração eleito e a forma de sua aplicação se dará naturalmente ao destinatário da sanção penal na fixação da pena-base¹⁷.

Entretanto, é possível verificar que em determinados casos é impossível avaliar qual o parâmetro adotado pelo julgador, principalmente quando há circunstâncias judiciais preponderantes previstas na legislação extravagante ou, ainda, quando o julgador adota um modelo diferente daqueles em que a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais majoritariamente adotam ou, ainda, nos casos em que o julgador não veja necessidade de aplicar a pena próximo ao patamar tido como ideal.

Nesse contexto, em caso de reapreciação da matéria, tanto as partes quanto os Tribunais não enxergariam o norte escolhido pelo julgador e, inevitavelmente, estes comparariam o resultado encontrado pelo julgador de piso com os parâmetros que são majoritariamente utilizados. Com isso, a decisão anterior poderá sofrer modificações tão somente por não ter sido possível enxergar o parâmetro escolhido pelo Juízo a quo. É o que ocorre, por exemplo, com a sentença penal supra colacionada.

Mesquita Júnior, na mesma linha, sustenta que o juiz deve motivar a consideração de uma circunstância como desfavorável, mas ele não está obrigado a dizer o quantum considerado para cada circunstância valorada negativamente. Para o autor, deve ser evitado que, na sentença, o juiz traga, por exemplo, 1 ano, 6 meses e 12 dias, pois, segundo explica, nesse caso o juiz deixaria transparecer a ideia de um critério matemático, pois transformaria o subjetivo em objetivo e, assim, ocorreria a nulidade de sua decisão¹⁸.

Apesar das ponderações de Mesquita Júnior, que a adoção de um critério matemático geraria nulidade da decisão, somada às orientações prestadas por Schmitt, que o juiz não deve fazer constar no seu julgado o patamar de valoração e a forma de incidência, como citado alhures, a jurisprudência, especificamente a dos Tribunais locais e em especial a do eg. TJDF, não trata a exposição do patamar e a forma de sua incidência pelo julgador como adoção de um critério puramente matemático, menos ainda como causa de nulidade da decisão. Isto fica claro nos acórdãos, seja quando o Tribunal atua em reapreciação da matéria, seja quando o mesmo atua como instância condenatória após recurso do órgão ministerial contra sentença absolutória, senão veja:

¹⁷ SCHMITT, 2019, p. 206.

¹⁸ MESQUITA JÚNIOR, 2014, p. 296

PENAL. ROUBO COM CONCURSO DE PESSOAS. PROA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. CORREÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. DESCONTO PELA NEUTRALIDADE DA CONDUTA SOCIAL. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1 Réu condenado por infringir o artigo 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal, depois de, com ajuda de comparsa subtrair os bens de um homem que caminhava na rua, intimidando-o mediante grave ameaça. 2 A folha penal do réu não autoriza a análise negativa da conduta social, na primeira fase da dosimetria da pena, servindo apenas à configuração de maus antecedentes. 3 Não há critério definitivo para a delimitação da pena-base, sempre sujeita à discricionariedade do Juiz, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, reputando-se correto o critério que aumento da pena-base em até um oitavo, incidente sobre a diferença entre a pena mínima e máxima em abstrato por cada moduladora desfavorável. 4 Apelação parcialmente provida.

(Acórdão 1201341, 20161510039210APR, Relator: GEORGE LOPES, Revisor: CRUZ MACEDO, 1ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 5/9/2019, publicado no DJE: 18/9/2019. Pág.: 157-171). (Grifou-se)

Ora, é o próprio Schmitt quem colaciona julgados do c. Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁹ os quais determinam que “cabará às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, estabelecer a pena ideal, enquanto aos Tribunais Superiores, no exame da dosimetria da pena em grau recursal, competirá o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de acréscimos empregadas pelo julgador”²⁰.

Em momento algum os tribunais suscitam que a adoção pelo julgador de critérios para a fixação da pena-base ou mesmo para a fixação da pena provisória provocaria a nulidade da decisão, como citam aqueles que defendem que o julgador não poderia deixar transparecer os critérios por ele adotados na dosimetria. Aliás, os julgados conceituam como critério objetivo-subjetivo a junção da discricionariedade do julgador e a aplicação critérios objetivos, dando a entender que o julgador poderá sim adotar critérios matemáticos, não havendo obstrução ao exercício da sua discricionariedade na avaliação do caso concreto, para tanto. Veja-se:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. MOTIVO TORPE. RECURSO DE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. FEMINICÍDIO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. QUALIFICADORAS COMPROVADAS. DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. ERRO OU INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA. DOSIMETRIA. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO-SUBJETIVO DA

¹⁹ STF, RHC 118367/RR, e HC 109713/RR. No mesmo sentido, HC 445194/SP.

²⁰ SCHMITT, 2019, p. 204.

FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TENTATIVA. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...). 5. Na individualização da pena, observa-se a discricionariedade regrada, sendo amplamente aceito pela jurisprudência o critério de aumento de 1/8 (um oitavo) do intervalo entre a pena mínima e a máxima, para cada circunstância judicial valorada negativamente. 6. Em que pese a ausência de previsão legal do quantum de redução ou aumento de pena decorrente da presença de atenuantes ou agravantes genéricas, a doutrina majoritária e a jurisprudência desta Corte sugerem a fração de 1/6 (um sexto), referente ao patamar fixado na primeira fase. (...). 8. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(Acórdão 1197630, 20171410048222APR, Relator: WALDIR LEÔNIO LOPES JÚNIOR, Revisor: SEBASTIÃO COELHO, 3ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 29/8/2019, publicado no DJE: 2/9/2019. Pág.: 306/313). (Grifou-se)

Se o julgador de primeira instância assim estivesse desautorizado, também estariam os Tribunais de Justiça desautorizados a fazer constá-los nos seus acórdãos, ainda quando atuem reapreciando a matéria após recurso das partes. Seria inconcebível permitir que os Tribunais de Justiça aplicassem a técnica em seus acórdãos, sendo defeso aos Juízes de primeira instância fazê-lo, já que as instâncias ordinárias, segundo o STF, têm o mesmo objetivo, qual seja, o de estabelecer a pena ideal.

Neste diapasão, Schmitt reconhece que o sistema de dosimetria como o brasileiro, fundado na indeterminação relativa, pode apresentar graves disparidades na aplicação das penas para casos similares, violando-se os princípios da igualdade e da razoabilidade. Tais desproporcionalidades podem, todavia, ser reduzidas mediante a adoção de critérios objetivos, não absolutos, porém proporcionais, pois não é dado ao julgador absoluta liberdade na fixação da pena, porquanto sempre estará vinculado aos ditames legais²¹.

Não se pode perder de vista que entre as oito circunstâncias judiciais a serem avaliadas pelo julgador, umas podem ser consideradas mais aptas a exasperar a pena do que outras, mesmo sendo ambas desfavoráveis ao réu, exigindo-se a aplicação de diferentes patamares para cada uma delas²².

Rogério Greco, em lição sobre tratamento igualitário que o judiciário deve prestar às partes, embora não se posicione se seria um dever que o julgador demonstre na fundamentação o parâmetro por ele adotado, aduz que muito além de uma mera determinação constitucional expressa pelo art. 93, inciso IX, a fundamentação do ato decisório afigura-se como um direito das partes, pois “tanto o réu como o Ministério Público devem entender os motivos pelos quais o juiz fixou a pena-base naquela determinada quantidade”²³.

²¹ SCHMITT, 2019, p. 206.

²² MENDES JÚNIOR, Cláudio. *Sentença Penal e Dosimetria da Pena: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 155 e 156.

²³ GRECO, 2017, p. 710.

4. DO CRITÉRIO IDEAL PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE E A DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JULGADOR NA APLICAÇÃO DA PENA

A conceituação das circunstâncias judiciais e o âmbito de sua incidência não denota grande dificuldade para o julgador, diferentemente do que ocorre com a tarefa de estabelecer critérios para a fixação da pena-base, posto que a individualização da pena (pode-se entender como o cálculo da pena) está calcada no campo da discricionariedade e, portanto, não está relacionada com a ciência exata por não se curvar a resultados obtidos através de simples operações matemáticas²⁴.

No entanto, a criação de critérios orientadores, sobretudo para fixação da pena-base, tornou-se necessária na medida em que se busca segurança jurídica no sistema penal, impondo-se aos Tribunais a adoção de diferentes modelos, porém necessários para a harmonia do sistema trifásico²⁵.

A doutrina é unânime ao afirmar que a fixação da pena fica ao prudente arbítrio do julgador. Entretanto, não se pode olvidar que existem parâmetros a serem observados pelo julgador e, portanto, não se trata de apreciação subjetiva pura e simples, embora se admita certa dose de discricionariedade²⁶. A utilização de fórmulas matemáticas como parâmetro para a elevação da pena tem por objetivo dar a indispensável transparência ao magistrado e convencer a acusação e a defesa de sua correta dosagem na fixação da pena²⁷.

Guilherme de Souza Nucci propõe que a culpabilidade, como forma de apuração do grau de culpa do agente que é, seja vista como gênero do qual emanam as demais circunstâncias enumeradas no art. 59 do CP²⁸. E vai mais além, aduz que pelo exame do complexo de normas penais (Código Penal e legislação especial) e dos institutos por elas regradas, o legislador concentrou sua preocupação com os aspectos da personalidade, antecedentes e os motivos, razão pela qual o autor atribui peso maior (peso 2) para estas três circunstâncias como critério de fixação da pena-base, enquanto as demais circunstâncias previstas recebem peso inferior (peso 1)²⁹.

²⁴ SCHMITT, 2019, p. 173.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 15ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 425.

²⁶ JORGE, Mário Helton. Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

²⁷ JORGE, Mário Helton. Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 190.

²⁹ Ibidem, p. 191 e 192.

Desse modo, os pontos favoráveis ao acusado são considerados positivos ou neutros, todavia, o positivo tem o condão de anular um ponto negativo (como forma de compensação), enquanto o neutro apenas deixa de contribuir para a formação da culpabilidade e, por conseguinte, para a elevação da pena-base³⁰.

No sistema de pesos proposto por Nucci, as sete circunstâncias avaliadas para apurar o grau de culpa (culpabilidade) perfazem o total de 10 pontos e caso todos os pontos fossem desfavoráveis ao sentenciado a pena-base deverá ser fixada no máximo da pena em abstrato, sem prejuízo de uma avaliação mais sensível por parte do julgador, posto que não se trata de um procedimento meramente aritmético³¹.

Logo, no modelo proposto por Nucci, a personalidade, os antecedentes e os motivos seriam capazes de exasperar a pena-base em 1/5 sobre o intervalo da pena abstrato para cada uma dessas três circunstâncias quando valoradas negativamente ao réu, enquanto as demais circunstâncias elevariam a pena em 1/10, apenas, para cada uma delas valoradas negativamente.

Mesquita Júnior, sem se apegar ao sistema de pesos proposto por Nucci, também assevera que a personalidade, os antecedentes e os motivos preponderam sobre as demais, pois, no seu entendimento, o próprio Código Penal no art. 67³² estabelece que existem circunstâncias mais relevantes do que outras, embora sem grande amparo lógico, reconhece o autor³³.

Contudo, os Tribunais Superiores, assim como o TJDF, passaram a tratar com absoluta igualdade todas as circunstâncias judiciais enumeradas no estatuto repressivo, conferindo-se a elas o mesmo grau de importância³⁴, pois, nas vezes em que o legislador quis atribuir grau de preponderância entre elas assim o fez expressamente, a exemplo da Lei de Drogas (art. 42, da Lei nº 11.343/2006)³⁵.

Para Schmitt, é esse tratamento legislativo igualitário entre as oito circunstâncias enumeradas no art. 59 do CP que conduziu a jurisprudência a definir o quantitativo ideal de exasperação da pena-base em 1/8 para cada circunstância judicial valorada negativamente³⁶. Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CORRUPÇÃO DE MENOR. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. INCREMENTO DA PENA-BASE

³⁰ Ibidem, p. 193.

³¹ Ibidem, p. 193.

³² Vale destacar que o art. 67, do CP, refere-se como preponderantes as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes). No entanto, alguns autores entendem que o mesmo critério pode ser adotado na primeira fase do sistema dosimétrico, dentre eles, Mesquita Júnior e Damásio de Jesus compartilham do mesmo entendimento.

³³ MESQUITA JÚNIOR, 2014, p. 295.

³⁴ SCHMITT, 2019, p. 196 e 197.

³⁵ Ibidem, 2019, p. 200.

³⁶ Ibidem, 2019, p. 200.

EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/8. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, §3º, DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 3. Diante do silêncio do legislador, a jurisprudência passou a reconhecer como critério ideal para individualização da pena na primeira etapa do procedimento dosimétrico o aumento na fração de 1/8 a cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, sendo facultado ao julgador, desde que mediante fundamentação idônea, estabelecer quantum superior. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça. (...) 7. Writ não conhecido. (HC 422.824/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 05/03/2018); PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIAS DE FATO. DOSIMETRIA. QUANTUM DE AUMENTO NA 1ª FASE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. 1. A jurisprudência consolidou entendimento de ser um critério razoável para o cálculo da pena-base a modulação em 1/8 (um oitavo) para cada circunstância judicial, aplicado sobre o resultado obtido da diferença entre a pena máxima e mínima cominadas ao crime. Não se cuida de preceito absoluto, mas de parâmetro para a dosimetria da primeira fase da pena. (...). (Acórdão n.1193030, 20180510019190APR, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/08/2019, Publicado no DJE: 20/08/2019. Pág. 109 - 123). (Grifou-se)

Apesar de existir esse patamar ideal para valoração das circunstâncias judiciais, que se revela mutável (relativo), a doutrina de Schmitt propõe que o julgador incida esse quantitativo sobre o intervalo da pena em abstrato ou, ainda, sobre a pena mínima em abstrato, a critério do julgador³⁷. Isso porque, no sistema trifásico de aplicação da pena, é necessário que se respeite a hierarquia das fases, pois os elementos que integram a fase seguinte sempre terão um patamar mais elevado que a fase anterior. Significa dizer que os elementos que compõem a pena-base não poderão ter um patamar de valoração superior aos elementos que compõem as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) que, por sua vez, não terão um patamar que seja superior aos elementos que compõem as causas de aumento e de diminuição³⁸.

Segundo o autor supramencionado, o objetivo de definir um critério ideal para a fixação da pena-base é para que seja respeitada a hierarquia das fases, não permitindo-se, com isso, diante do caso concreto, que uma circunstância judicial tenha um patamar de elevação superior à de uma circunstância legal, uma vez que há delitos com intervalo de pena em abstrato bastante reduzido e outros com o intervalo de pena

³⁷ *Ibidem*, 2019, p. 200.

³⁸ *Ibidem*, 2019, p. 201.

bastante amplo que podem resultar em violação do sistema hierárquico, a depender se o patamar de 1/8 incide sobre a pena mínima ou se sobre o intervalo da pena em abstrato³⁹.

Não obstante, ainda que o critério adotado pelos tribunais respeite a hierarquia das fases, exasperar a pena em 1/8 sofre algumas críticas por parte da doutrina. Isso em razão da impossibilidade de utilização da última circunstância elencada no art. 59, do CP (comportamento da vítima) para exasperar a pena-base e, por isso mesmo, deve ser taxada como neutra ou, quando muito, como causa de redução da pena-base se a vítima contribuir para a ocorrência do crime⁴⁰.

Daí surgem diversas correntes doutrinárias. Há aqueles que propõem, na impossibilidade de avaliar o comportamento da vítima em desfavor do réu, que o cômputo a ser atribuído a esta circunstância devesse ser utilizado para elevar o patamar atribuído às circunstâncias ditas como preponderantes, em analogia ao art. 67 do estatuto repressivo. Dentre eles, estão Nucci⁴¹ e Damásio Evangelista de Jesus⁴².

Outros, no entanto, adotam o critério de 1/7 para cada circunstância judicial valorada negativamente, pois não mais existiriam oito circunstâncias judiciais passíveis de influenciar o sistema dosimétrico, mas somente sete, o que conduziria na necessidade de abandonar o critério ideal de 1/8, como lembrado por Schmitt em sua doutrina⁴³ e também pela jurisprudência, *in verbis*.

APELAÇÃO CRIMINAL - LATROCÍNIO TENTADO - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - ATIPICIDADE DA CONDUCTA - DOLO EVIDENCIADO - PALAVRA DA VÍTIMA - RELEVÓ - CRIMES PATRIMONIAIS - DOSIMETRIA - PRIMEIRA FASE - PENA DE MULTA - RAZOABILIDADE - SENTENÇA MANTIDA. (...). 4. Não existe critério matemático definido para a fixação da pena-base, sendo aceito, pela jurisprudência, como razoável, a aplicação tanto da fração de 1/6 (um sexto) sobre a pena mínima para cada circunstância desfavorável, como a aplicação das frações de 1/7 (um sétimo) ou 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima abstratamente previstas para o delito sob julgamento. (...). 6. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão 1188681, 20180110226343APR, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 25/7/2019, publicado no DJE: 31/7/2019. Pág.: 116-123). (Grifou-se)

Schmitt, por outro lado, embora admita que na prática são sete as circunstâncias que possam ser valoradas como desfavoráveis ao réu, pondera que isso não

³⁹ *Ibidem*, 2019, p. 202.

⁴⁰ LIMA, Rogério Montai de. *Guia Prático da Sentença Penal Condenatória e Roteiro para o Procedimento no Tribunal do Júri*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 33.

⁴¹ NUCCI, 2014, p. 191.

⁴² JESUS, Damásio de. *Código Penal Comentado*. 2016, p. 304.

⁴³ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*. 9ª. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 156.

significa que o comportamento da vítima não possa ser analisado pelo julgador. Aliás, para Schmitt, o julgador deve analisar normalmente esta última circunstância judicial, não cabendo o questionamento de que a partir da definição do critério ideal para a dosimetria da pena-base em 1/8 impossibilitaria na fixação da pena-base no máximo da pena prevista em abstrato, diante da impossibilidade de valoração de uma delas⁴⁴.

Isto porque não há um critério absoluto ou rígido, mas sim um sistema de indeterminação relativa, como conceitua o autor, que permite ao juiz sentenciante estabelecer um patamar superior e, até mesmo, inferior ao reputado como ideal, todas as vezes em que o caso concreto assim justificar a adoção de tal medida⁴⁵.

Mesquita Júnior, por sua vez, assevera que o comportamento da vítima deve funcionar por via inversa, eis que todas as demais circunstâncias judiciais provocam certa exasperação, se desfavoráveis. Caso a vítima não tenha contribuído para o delito, considera-se normal (neutra), mas se ela contribuiu, o julgador deverá considerá-la para atenuar a pena na segunda fase da dosimetria (CP, art. 65, inciso III, alínea “c”) ou como causa de diminuição de pena, se prevista em lei⁴⁶. Não obstante a sua análise, o referido autor pactua com a lição de Carvalho Neto ⁴⁷que não vê razão lógica para que o comportamento da vítima seja considerado circunstância neutra ou, se muito, favorável ao réu, pois quando o julgador utiliza a pena mínima como ponto de partida para a fixação da pena-base, já considerou que a vítima contribuiu para o delito, ou seja, favorável ao réu⁴⁸.

Apesar da celeuma doutrinária, a jurisprudência é firme no sentido de que o comportamento da vítima não poderá elevar a pena-base, assim como a doutrina tende a sustentar o patamar ideal em 1/8 ainda que o comportamento da vítima não possa ser valorado em desfavor do réu na primeira fase dosimétrica.

Isto porque o que deverá nortear a possibilidade de alteração do quantitativo ideal é a concretude do fato, a gravidade em concreto do delito e as reais condições pessoais do sentenciado. No entanto, a valoração em patamar superior àquele tido como ideal deverá ser explicitada pormenorizadamente pelo julgador e aplicada durante o processo de dosimetria da pena-base, até o patamar de 1/6⁴⁹.

Nesse aspecto, a doutrina majoritariamente vem entendendo que as circunstâncias judiciais não podem ser hipervalorizadas a ponto de seu patamar ultrapassar a 1/6⁵⁰. Há também aqueles que igualmente entendem que não poderiam ser subvalorizadas, aplicando-as em quantitativo aquém de 1/10⁵¹.

⁴⁴ Ibidem, 2019, p. 208.

⁴⁵ Ibidem, 2019, p. 208.

⁴⁶ MESQUITA JÚNIOR, 2014, p. 304

⁴⁷ CARVALHO NETO, Inácio. Aplicação da Pena. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 56.

⁴⁸ MESQUITA JÚNIOR, 2014, p. 305.

⁴⁹ SCHMITT, 2019, p. 204.

⁵⁰ Ibidem, 2019, p. 204.

⁵¹ MESQUITA JÚNIOR, 2014, p. 296.

Schmitt, porém, sustenta que não existe na jurisprudência valor mínimo estipulado para valoração das circunstâncias judiciais, podendo o juiz sentenciante valorá-la bem abaixo do patamar ideal, desde que o faça motivadamente. Todavia, o julgador não poderá deixar de valorar quando presente circunstância desfavorável, sendo obrigado, portanto, a exasperar a pena-base mesmo que em grau mínimo, se justificável assim o for, a depender do caso concreto⁵².

Nesse caso, o quantitativo máximo de 1/6 para cada circunstância judicial advém por dois aspectos. Primeiro, porque decorre da discricionariedade conferida ao julgador para a fixação da pena-base, não podendo o julgador ser tolhido de estabelecer um critério diferenciado quando houver elementos concretos relacionados ao fato delituoso ou ao agente que justifiquem a necessidade de um acréscimo maior da pena⁵³.

E segundo, porque a observância da hierarquia das fases não permite que o valor de acréscimo a ser atribuído a uma circunstância judicial possa superar o valor a ser atribuído a uma circunstância agravante, pois a jurisprudência já fixou o patamar ideal de elevação em 1/6 para segunda etapa da dosimetria, sendo este, portanto, o patamar máximo a ser alcançado por uma circunstância judicial negativa⁵⁴.

Portanto, podem receber o patamar de 1/6 quaisquer circunstâncias judiciais que o julgador considere necessário para valorá-la em patamar superior ao tido como o ideal (fração de 1/8), assim como aquelas circunstâncias judiciais que a lei reputa como preponderantes sobre as demais circunstâncias enumeradas no art. 59, do CP, a exemplo da Lei de Drogas. Isto porque uma circunstância judicial preponderante não poderá receber o mesmo tratamento dispensado às demais⁵⁵.

No entanto, Schmitt alerta que o julgador não poderá aplicar um patamar superior às circunstâncias judiciais, ainda que preponderantes, ao patamar que será aplicado posteriormente na segunda fase de dosimetria pela valoração de uma eventual circunstância agravante ou atenuante, pois o seu caráter de preponderância é apenas em relação às demais previstas no art. 59, do CP que não foram classificadas como preponderantes pelo legislador⁵⁶.

5. DO CONCURSO ENTRE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS

As circunstâncias judiciais podem, motivadamente, restar classificadas individualmente como favorável ao agente, desfavorável ao agente, ou ainda como neutra, em

⁵² SCHMITT, 2019, p. 205.

⁵³ Ibidem, 2019, p. 204.

⁵⁴ Ibidem, 2019, p. 205.

⁵⁵ Ibidem, 2019, p. 209.

⁵⁶ Ibidem, 2019, p. 209 e 210.

caso de impossibilidade de sua valoração no caso concreto⁵⁷. Nessa lógica, nenhuma circunstância judicial se presume favorável ao agente. Se ausentes elementos concretos à sua valoração, esta deverá ser encarada como neutra⁵⁸.

Nesse aspecto, a doutrina ainda debate se há a possibilidade de compensação entre as circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base.

Para Schmitt, essa possibilidade é inconcebível, pois a pena-base somente poderá ser exasperada do mínimo legal a partir da existência de circunstâncias judiciais que sejam reconhecidas e valoradas como desfavoráveis ao agente. Portanto, para o autor, é a quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis que irá dimensionar o quantum a ser acrescido na pena⁵⁹.

Nesse sentido, para que o sentenciado tenha direito à fixação da pena-base no mínimo legal, não poderá ter contra si circunstância judicial desfavorável. Do contrário, caso concorra somente circunstâncias favoráveis e/ou neutras, o sentenciado fará jus à fixação da pena-base no mínimo legal, pois, somente nessas hipóteses, é que o julgador não terá elementos concretos para justificar o eventual acréscimo de pena⁶⁰.

Portanto, bastará a existência de uma única circunstância judicial valorada negativamente pelo julgador para que a pena-base seja afastada do mínimo legal em abstrato. Com isso, quanto maior a quantidade de circunstâncias judiciais negativas ao agente, maior será o acréscimo de pena⁶¹.

Schmitt alerta que caso não fosse este o raciocínio, estar-se-ia afirmando que bastaria ao condenado possuir quatro circunstâncias judiciais favoráveis entre as oito existentes para que a pena-base fosse fixada no mínimo legal. Para o autor, as circunstâncias avaliadas como favoráveis ou neutras ao agente apenas limitam a atividade do julgador, autorizando a fixação da pena-base no mínimo legal. Contudo, para que a pena seja afastada do mínimo legal, exige-se do julgador motivação idônea, baseada em elementos concretos presentes aos autos⁶².

Em outro giro, Nucci argumenta que na primeira e segunda etapa da fixação da pena, o julgador pode valer-se da compensação. Nesse aspecto, nada impediria que a valoração negativa da motivação do crime fosse anulada pelos bons antecedentes do réu (exemplo citado pelo autor), assim como é possível que uma agravante se dissolva pela presença de uma atenuante⁶³.

Entretanto, por ser adepto do método de pesos para a fixação da pena-base, Nucci alude que a personalidade negativa do réu, por exemplo, com peso 2, somente poderia ser anulada, caso existissem dois componentes com peso 1 favoráveis ao sentenciado⁶⁴.

⁵⁷ *Ibidem*, 2019, p. 184.

⁵⁸ *Ibidem*, 2019, p. 185.

⁵⁹ *Ibidem*, 2019, p. 190.

⁶⁰ *Ibidem*, 2019, p. 190.

⁶¹ *Ibidem*, 2019, p. 191.

⁶² *Ibidem*, 2019, p. 191.

⁶³ NUCCI, 2014, p. 192.

⁶⁴ *Ibidem*, 2014, p. 192.

Quando, porém, não houver prova suficiente nos autos apta a embasar a formação do convencimento do magistrado em relação à existência de qualquer das circunstâncias judiciais (CP, art. 59), estas não poderão ser consideradas para a exasperação da pena, logo, seu peso é zero ou neutro. Ou seja, não se computa para efeito algum na dosagem da pena-base. Nesse sentido, o ponto positivo tem o condão de anular um ponto negativo, enquanto o neutro apenas deixa de contribuir para a formação do grau de sua culpa⁶⁵.

Vale lembrar, conforme já debatido em linhas pretéritas e também como previne Nucci no seu raciocínio, não se pode considerar a individualização da pena somente como um procedimento meramente aritmético, pois o julgador deve ter a sensibilidade de avaliar o grau de preponderância de determinado elemento do art. 59 do CP. Por isso, embora o autor tenha sustentado que a personalidade possui o peso 2, nada impediria que, no caso concreto, inúmeras facetas negativas da personalidade do agente devidamente evidenciadas no processo impliquem em um aumento de pena maior do que o parâmetro sugerido⁶⁶.

Rogério Sanches Cunha, por sua vez, aduz que ocorrendo o concurso entre circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis, poderia o julgador invocar o art. 67, do CP⁶⁷, desde que essa análise favoreça o réu, pois se o prejudicar, estar-se-ia diante de uma analogia in malam partem, em clara violação ao princípio da legalidade⁶⁸.

Embora o art. 67, do CP não trate do concurso entre as circunstâncias judiciais (CP, art. 59), Damásio de Jesus entende que os mesmos princípios podem ser aplicados na primeira fase⁶⁹. Todavia, não existe na legislação qualquer indicativo de que haja preponderância das circunstâncias judiciais umas sobre as outras, tal como ocorre no concurso de circunstâncias legais (CP, art. 67)⁷⁰. Tal posicionamento doutrinário mostra-se isolado à luz da jurisprudência.

Nesse aspecto, apesar da insistência de parte da doutrina, os Tribunais Superiores entendem que tal compensação seria impossível, vez que basta uma única circunstância desfavorável para que a pena-base seja afastada do mínimo legal. In verbis:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 E ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. OFENSA AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO.

⁶⁵ Ibidem, 2014, p. 193.

⁶⁶ Ibidem, 2014, p. 193.

⁶⁷ Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

⁶⁸ CUNHA, 2016, p. 415.

⁶⁹ JESUS, 2016, p. 304.

⁷⁰ JORGE, Mário Helton. Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ART. 386, VII, DO CPP. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. COMPENSAÇÃO ENTRE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...). 4. Não é demais mencionar, ainda, que não é possível haver compensação entre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, na medida em que as circunstâncias favoráveis ou neutras apenas impedem o acréscimo da pena-base de seu grau mínimo, mas não anulam outra já considerada desfavorável. Assim, um único vetor desfavorável, já autoriza o acréscimo da pena-base, desde que de feito forma razoável, como no caso. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1404788/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 06/03/2019). (Grifou-se)

Neste diapasão, a doutrina e a jurisprudência entendem que a correta fixação da pena-base se dá após e de acordo com o exame das oito circunstâncias judiciais, levando-se em conta somente as que forem desfavoráveis ao réu. As circunstâncias favoráveis já o beneficiariam, na medida em que não podem elevar a pena, razão pela qual é inaceitável cogitar uma possível compensação entre as favoráveis e as desfavoráveis, porquanto poderá acarretar em grave distorção, no sentido de se atender o binômio da necessidade e suficiência da reprimenda⁷¹.

Logo, a função das circunstâncias judiciais é de elevação da pena, sendo evidente que visam a esse objetivo tão-somente as desfavoráveis, efetivando o princípio da individualização da pena, na medida de sua culpabilidade (CP, art. 29)⁷².

Não obstante, a jurisprudência vem entendendo que o comportamento da vítima é circunstância neutra ou favorável, não sendo admitida a possibilidade de valoração negativa ao agente quando a vítima em nada contribuir para o fato delituoso, conforme já delineado em tópico próprio. Portanto, o comportamento da vítima, quando valorado favoravelmente ao réu, torna-se a única exceção admitida no que se refere à compensação com alguma das outras sete circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal. Nesse sentido já decidiu o eg. STJ no AgRg no REsp 1706409/SC, Rel. Min. Felix Fisher, 5ª Turma, julgado em 06.02.2018, DJe 16.02.2018.

⁷¹ JORGE, Mário Helton. Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

⁷² JORGE, Mário Helton. Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

6. A PENA-BASE COMO PARÂMETRO PARA A FIXAÇÃO DA PENA PROVISÓRIA E SEUS REFLEXOS PARA A HIERARQUIA DAS FASES

O sistema trifásico de fixação da pena exige do julgador a observância de três princípios básicos: a individualização da pena; a hierarquia das fases; e a proporcionalidade. Por isso mesmo o julgador deve estar atento aos parâmetros norteadores que a doutrina e a jurisprudência vem traçando ao longo dos anos, desde a reforma da parte geral do Código Penal em 1984.

No entanto, verifica-se que o sistema penal, para a individualização da pena, em suas inúmeras facetas, pode apresentar certas distorções e desproporcionalidades mesmo quando são adotados os critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência. O presente estudo poderia apontar várias outras situações que criam distorções na individualização da pena. Contudo, para que o presente estudo seja instrumento de reflexão para a dogmática, foi eleito o trato da fixação da pena de réu multirreincidente⁷³.

Essa distorção na individualização da pena costuma ocorrer quando o julgador conclui a análise da primeira fase e passa a avaliar as demais fases da dosimetria da pena. Isto porque uma avaliação malfeita na primeira fase pode prejudicar a avaliação da fase posterior e, por conseguinte, violar um ou outro princípio basilar da dosimetria citados alhures.

Para ilustrar a problemática, imagine que o réu A, quando condenado pelo crime de roubo simples (CP, art. 157 – pena de 4 anos a 10 anos de reclusão e multa), possua duas condenações transitadas em julgado aptas a serem valoradas como reincidência na segunda fase dosimétrica e não tenha ao seu desfavor qualquer circunstância judicial prevista no art. 59 do CP. Na primeira fase a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, em 4 anos. Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (multirreincidência), a pena-base anteriormente fixada em 4 anos deve agora ser agravada em patamar superior ao tido como ideal para a fixação da pena provisória, ou seja, em fração maior que 1/6 sobre a pena-base⁷⁴. Caso o julgador opte por valorar

⁷³ Para os nossos Tribunais, considera-se multirreincidente aquele que possui duas ou mais condenações transitadas em julgado ao tempo do novo fato criminoso praticado.

⁷⁴ Essa fração é alcançada por grande margem de discricionariedade pelo julgador. Para a c. 1ª Turma Criminal do TJDF, por exemplo, o patamar ideal para valoração da multirreincidência seria de apenas ¼ (um quarto), conforme consignado no Acórdão n.1188410, 20170610091943APR, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Relator Designado: CARLOS PIRES SOARES NETO, Revisor: CARLOS PIRES SOARES NETO, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 11/07/2019, Publicado no DJE: 29/07/2019. Pág.: 190 - 207. No entanto, a presente análise utilizou-se como critério para a valoração da multirreincidência a dupla valoração do patamar de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base em concreto, ou seja, 1/3 (um terço) se considerarmos a soma dessa dupla valoração. Não obstante ser a fração de 1/3 maior do que a utilizada pela c. Turma Criminal, permanece a desproporcionalidade apresentada.

duplamente a sua reincidência (multirreincidência), a pena provisória seria fixada em 5 anos e 6 meses. Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição, a pena anteriormente fixada tornar-se definitiva em 5 anos e 6 meses de reclusão.

Agora, imagine que o réu B tenha praticado o crime de roubo simples (CP, art. 157), também possuindo duas condenações transitadas em julgado aptas a valorar a reincidência e não possua circunstâncias judiciais desfavoráveis. Nesse caso, é possível que o julgador, ao verificar a multirreincidência do réu (duas condenações transitadas em julgado anteriores ao tempo do novo fato delituoso), opte por utilizar uma das condenações para valorar negativamente os antecedentes do réu na primeira fase dosimétrica. Com isso, na primeira etapa dosimétrica, a pena-base deste réu será fixada em 4 anos e 9 meses, adotando-se, por exemplo, o critério de 1/8 para cada circunstância judicial valorada negativamente. Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, a pena provisória deve ser exasperada em 1/6 sobre a pena-base em concreto, sendo agravada em 9 meses e 15 dias, ou seja, a pena provisória será fixada em 5 anos, 6 meses e 15 dias. Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição a pena, torna-se definitiva em 5 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão.

Neste último exemplo, a utilização dos parâmetros para fixação da pena obedeceu ao princípio da hierarquia das fases, pois o patamar de valoração da primeira fase (1/8) é menor do que o patamar atribuído na segunda fase da dosimetria (1/6), assim como a utilização de tais patamares resultaram na exasperação da pena em 9 meses na primeira etapa e em 9 meses e 15 dias na etapa posterior.

No entanto, deve-se ressaltar que no segundo exemplo as operações feitas pelo julgador resultaram em uma pena definitiva maior do que as operações realizadas no primeiro exemplo o que viola o princípio da proporcionalidade. Isto porque o réu A, que possui duas anotações, ambas valoradas na reincidência, obteve pena menor do que a do réu B que, por sua vez, possui duas anotações também aptas a valorarem a reincidência. Porém, teve uma delas utilizada para valorar os antecedentes (primeira etapa) e a outra para a reincidência (segunda etapa).

Cabe ressaltar que para a doutrina e a jurisprudência, caso haja duas condenações com trânsito em julgado, ainda que aptas para valorar a reincidência, é lícito ao julgador valorar uma delas como antecedente criminal (primeira etapa), mantendo-se a outra para valorar a agravante da reincidência (segunda etapa). Para os Tribunais e para a doutrina esta operação não violaria o princípio do non bis in idem⁷⁵, visto o afastamento da incidência do enunciado de Súmula 241 do eg. Superior Tribunal de Justiça⁷⁶. Veja-se um julgado como referência:

⁷⁵ SCHMITT, 2019, p. 143.

⁷⁶ Súmula nº 241 do STJ: A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. CONJUNTO PROBATÓRIO COESO. VERSÃO DO RÉU ISOLADA. DOLO. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. PROPORCIONALIDADE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. (...). III - Quando o réu possui várias condenações com trânsito em julgado, é permitido ao julgador utilizar uma ou algumas delas para valoração negativa dos antecedentes, da conduta social e da personalidade, na primeira fase da dosimetria, e outra para reincidência, na segunda fase. (...). VI - Recursos conhecidos e desprovidos.

(Acórdão 1167157, 20180410012804APR, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, Revisor: JESUINO RISSATO, 3ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 25/4/2019, publicado no DJE: 2/5/2019. Pág.: 182/191)

Destarte, apesar de não configurar bis in idem, é patente a afronta ao princípio da proporcionalidade e também ao princípio da hierarquia das fases quando as operações da dosimetria, feitas pelo julgador, resultarem em uma pena menor para um réu multirreincidente em relação àquele que possui duas anotações, porém, uma delas sendo utilizada para reconhecer reincidência (na segunda etapa) e a outra anotação para valorar negativamente os antecedentes (na primeira etapa), como explicitado nos exemplos acima remetidos.

Obviamente, ser multirreincidente (ter duas anotações criminais duplamente valoradas na segunda etapa) é mais gravoso do que ter uma das anotações avaliadas na primeira etapa da dosimetria como mau antecedente, dado o caráter subsidiário desta última frente àquela, já que a reincidência, para fins de dosimetria, se revela em um plus de reprovação da conduta do sentenciado, como bem diz Schmitt⁷⁷.

Seria uma incoerência do sistema dosimétrico se uma variante resultar em uma pena maior caso seja deslocada para uma fase anterior daquela em poderia ser reconhecida e valorada, a exemplo disso, é o caso da reincidência e os antecedentes penais do réu.

Nessa lógica, os Tribunais já começaram a debater a situação em análise criando alternativas para o caso. Colaciona-se, por exemplo, o seguinte julgado da c. 3ª Turma Criminal do eg. TJDFT que debateu o tema, embora em circunstâncias próprias da hipótese em concreto. In verbis:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. RECEPÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO INCABÍVEL. PRODUTO DO CRIME EM PODER DO APELANTE. DEPOIMENTO DA VÍTIMA CORROBORADO POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PATA-MAR DE AUMENTO READEQUADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...). 3. Na segunda fase da dosimetria da pena, o agravamento da pena

⁷⁷ SCHMITT, 2019, p. 147.

por uma circunstância legal agravante, em regra, é estabelecido em 1/6 (um sexto), patamar amplamente adotado pela jurisprudência, salvo se demonstrada a necessidade de uma reprimenda superior, a exemplo do que ocorre com a multirreincidência, conforme entendimento que tem sido sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça. Inexistindo fundamentação concreta para uma maior quantidade de pena, procede-se à sua readequação. 4. Em face do sistema hierárquico da dosimetria da pena, não se pode conferir a uma circunstância agravante peso inferior ao que seria cabível por uma circunstância judicial, sob pena de se ter para uma situação mais grave do reincidente uma pena mais branda do que a que seria cabível para o portador de maus antecedentes. Não se pode conceber que seja melhor ao réu ser reincidente do que ter maus antecedentes. Pena readequada para que o acréscimo na segunda fase da dosimetria guarde, no mínimo, proporcionalidade com a quantidade de pena que seria acrescida na fase antecedente. 5. Recurso parcialmente provido.

(Acórdão 1177243, 20170610087813APR, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Revisor: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, 3ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 23/5/2019, publicado no DJE: 13/6/2019. Pág.: 154/173)

No julgado em apreço, apesar de não se tratar de réu multirreincidente e sim de réu reincidente, a c. Turma preferiu afastar a incidência pura e simples da fração de 1/6 sobre a pena-base (fixada no mínimo legal de 4 anos), o que resultaria em 8 meses de agravamento da pena pela reincidência.

Isto porque, no entendimento do colegiado, o agravamento da pena em 8 meses não se mostraria adequado para a hipótese, pois caso essa anotação fosse utilizada para exasperar a pena-base como antecedentes penais, a pena seria exasperada em 9 meses, aplicando-se o critério de 1/8 sobre a pena em abstrato do crime de roubo (CP, art. 157), ou seja, em quantidade maior do que seria obtido na etapa seguinte, aplicando-se a fração de 1/6 sobre a pena-base em concreto que fora fixada no mínimo legal de 4 anos. Por essa razão, no referido julgado a pena provisória foi agravada em 9 meses para que este quantitativo fosse equiparado ao que seria obtido na primeira etapa.

Todavia, esta solução dada pela c. 3ª Turma Criminal não encontra conformidade na doutrina especializada. Schmitt ensina que quando houver a possibilidade de valoração de um vetor como circunstância judicial ou como circunstância agravante ou atenuante e o julgador optar por valorá-la na primeira etapa, a pena-base resultante não poderá ser superior ao resultado que se obteria em um cenário em que essa valoração fosse postergada na segunda fase, que é hierarquicamente superior à primeira fase⁷⁸.

Com isso, para o caso supra referido não seria lícito exasperar a pena-base em 9 meses tampouco poderia o julgador equiparar o resultado dessa operação com

⁷⁸ *Ibidem*, 2019, p. 259.

aquele que seria obtido na etapa imediatamente anterior, conforme o entendimento supra referido de Schmitt.

Ainda nessa discussão, para corrigir a distorção retro apresentada outra solução encontrou a c. 1ª Turma Criminal do eg. TJDF. Na segunda etapa dosimétrica, ao invés de aplicar a fração de 1/6 sobre a pena-base em concreto, o colegiado preferiu aplicar a fração de 1/6 novamente sobre o intervalo da pena abstratamente cominada para o tipo penal, a exemplo do que é permitido para a fixação da pena-base. In verbis:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO DE UM OITAVO. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURADO. SEGUNDA FASE. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). TERMO MÉDIO DA PENA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...). 2. O entendimento jurisprudencial considera como critério razoável, para o cálculo da pena-base, a modulação em 1/8 (um oitavo) para cada circunstância judicial, aplicado sobre o resultado obtido da diferença entre a pena máxima e mínima cominadas ao crime. Precedentes do STJ e da Câmara Criminal. 3. No caso, na segunda fase da dosimetria penalógica, a agravante da reincidência deve justificar a exasperação da pena em 1/6 (um sexto) sobre a diferença entre os patamares máximos e mínimos da pena abstratamente estipulada para o tipo penal, em total observância ao sistema hierárquico e trifásico do cálculo da pena, em que as fases seguintes ostentam peso superior à etapa imediatamente anterior. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. Pena reduzida.

(Acórdão n.1192162, 20171410003012APR, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, Revisor: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 25/07/2019, Publicado no DJE: 15/08/2019. Pág.: 402 - 419);

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. CAUSA DE AUMENTO EFETIVAMENTE COMPROVADA. FORMA DE CÁLCULO DA PENA INTERMEDIÁRIA. REGIME PRISIONAL. PLURALIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. (...). 2. As agravantes e as atenuantes não devem incidir indiscriminadamente sobre a pena-base, mas sobre o que for maior entre pena-base e intervalo de pena em abstrato previsto para o crime. Precedentes do STJ. (...). 4. Recursos conhecidos e não providos. Reforma, de ofício, para diminuir a pena fixada em sentença.

(Acórdão 1183921, 20181610022100APR, Relator: CRUZ MACEDO, Revisor: J.J. COSTA CARVALHO, 1ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 4/7/2019, publicado no DJE: 10/7/2019. Pág.: 79-92). (Grifou-se)

A possibilidade de aplicar a fração ideal de 1/6 sobre o intervalo da pena na segunda etapa de dosimetria vem sendo autorizada pelo eg. STJ, sobretudo quando há vetores que possam ser valorados em diferentes fases da dosimetria, como acontece entre a reincidência e os antecedentes criminais, por exemplo. Contudo, essa operação somente é permitida quando a pena-base em concreto for inferior ao termo médio do tipo penal incriminador. Do contrário, caso a pena-base seja igual ou superior ao termo

médio a pena provisória ou intermediária deverá necessariamente fixada a partir da pena-base em concreto. In litteris:

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EVASÃO DE DIVISAS. DESCAMINHO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. (...) DOSIMETRIA. AUMENTO NA SEGUNDA FASE. PROPORCIONALIDADE. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALOR EVADIDO. EXASPERAÇÃO. VALIDADE. ART. 62, I E III, DO CÓDIGO PENAL. FRAÇÃO DE AUMENTO. RAZOABILIDADE. (...) 11. O patamar utilizado na segunda fase foi de, aproximadamente, 1/8 para cada agravante, inferior, portanto, ao coeficiente de 1/6 aceito como razoável e proporcional pela jurisprudência deste Tribunal Superior, bem como do Supremo Tribunal Federal. Não é muito lembrar, inclusive, que a fração eleita pode ter como base o intervalo da pena abstratamente cominada, em vez da pena-base concretamente aplicada, dada a possibilidade de o patamar aplicado na segunda fase suplantar o da primeira (art. 59 do Código Penal), nos termos do sistema trifásico de dosimetria da pena, estabelecido no art. 68 do Código Penal. (...) 14. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1497041/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016);

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. (...) TRÊS AGRAVANTES VALORÁVEIS. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DE PENA ABSTRATA DO PRECEITO SECUNDÁRIO. CONFORMIDADE COM O SISTEMA HIERÁRQUICO DE DOSIMETRIA TRIFÁSICO. PENA INTERMEDIÁRIA DAS INSTÂNCIAS INFERIORES MAIS FAVORÁVEL. MANUTENÇÃO. OBEDIÊNCIA À REGRA NE BIS IN IDEM. WRIT NÃO CONHECIDO. (...). 5. Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as agravantes são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais. Não é por outra razão que doutrina e jurisprudência consagraram o parâmetro indicativo mínimo de valoração de cada agravante em 1/6 (um sexto), porquanto corresponde ao menor valor fixado pelo legislador para as causas de aumento, que são preponderantes àquelas e superior ao parâmetro de 1/8 (um oitavo) das circunstâncias judiciais. Ressalta-se que a fração de 1/6 das agravantes não é um absoluta, sendo possível sua exasperação em patamar superior desde que seja fundada em circunstâncias concretas. 6. Conclui-se, pois, que, havendo circunstância judicial desfavorável cuja valoração é passível de ocorrer em etapas posteriores da dosimetria, porquanto prevista igualmente como agravante ou causa de aumento, mostrar-se-ia antissistêmico chegar, nas etapas seguintes, a acréscimos de pena inferiores àquele fixado por ocasião da pena-base. 7. Por essas razões, as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atuantes menos benéficas do que

as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica. Precedentes. (...) 9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 311.852/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016). (Grifou-se)

Com a possibilidade de aplicar a fração de 1/6, ora sobre o intervalo da pena em abstrato, ora sobre a pena-base em concreto, tem-se que não mais existirá a desproporcionalidade analisada se comparada a pena de um sentenciado multirreincidente com aquele reincidente que teve uma das anotações valorada como antecedente criminal na primeira etapa.

A título de exemplo dessa operação, um réu multirreincidente que não tenha circunstâncias judiciais valoradas negativamente teria a pena definitivamente fixada em 6 anos em um crime de roubo (CP, art. 157), se ausentes causas de aumento e de diminuição de pena. Por sua vez, o reincidente que teve uma anotação utilizada para valorar negativamente os antecedentes, teria, nas mesmas condições, a pena definitivamente fixada em 5 anos e 9 meses. Portanto, corrigida estaria esta distorção, pois o multirreincidente receberia uma pena maior do que aquele reincidente com maus antecedentes.

Para o STJ essa orientação facilitaria o cálculo dosimétrico, pois o julgador agora usaria a mesma base de cálculo da pena (intervalo da pena em abstrato) para aplicar as frações tidas como ideais (1/8 para primeira etapa e 1/6 para a segunda etapa), evitando com isso, a violação aos princípios da hierarquia das fases e da proporcionalidade.

Não obstante, a doutrina ainda não reconhece como válida a referida orientação jurisprudencial. Isso porque, concluída a primeira etapa da dosimetria, na segunda etapa já se tem uma pena em concreto (pena-base) dosada pelo julgador que independe do quantitativo fixado na pena-base. Portanto, para a doutrina, é a pena-base em concreto que deverá sofrer as eventuais modificações que fizer jus nas etapas seguintes, razão pela qual é esse quantitativo que deve ser tomado pelo julgador como o único ponto de partida para estabelecer a pena provisória⁷⁹. Raciocínio semelhante também são as lições de Sérgio Salomão Shecaira⁸⁰ e Fernando Galvão⁸¹.

Shecaira, por seu turno, apesar não se referir expressamente quanto à reincidência e aos antecedentes criminais, ensina que sempre que uma circunstância for comum a mais de uma fase da dosimetria da pena, deverá esta ser utilizada pelo julgador uma única vez e na última fase que couber⁸². Com esse posicionamento de

⁷⁹ Ibidem, 2019, p. 258.

⁸⁰ FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (organizadores). Direito penal: Edições Especiais Revista dos Tribunais. Vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1008.

⁸¹ GALVÃO, Fernando. Direito Penal: parte geral. 9ª. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 733.

⁸² FRANCO; NUCCI, 2010, p. 1008.

Shecaira, caso o réu ostente duas anotações, ambas aptas a valorarem a reincidência, deveria o julgador valorá-las na segunda etapa da dosimetria. Não poderia, contudo, aplicar uma delas para valorar os antecedentes do réu na primeira etapa penalógica, tal como permite a jurisprudência.

Aplicando-se este conceito de Shecaira, seria o mesmo que dizer que quando houver duas ou mais condenações transitadas em julgado ao tempo do novo fato criminoso, estas anotações devem ser utilizadas, necessariamente, para valorar a multirreincidência do réu.

Apesar da discricionariedade do julgador na avaliação das anotações criminais que o réu possua, ainda é amplamente aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência que o julgador avalie o melhor momento em que a anotações penais serão valoradas, se na primeira ou na segunda etapa da dosimetria, ou ainda, se nas duas etapas concomitantemente, desde que não haja violação ao enunciado da Súmula 241 do STJ.

No entanto, para que seja evitado violação aos princípios da dosimetria, Schmitt ensina que além de estabelecer o patamar ideal para a fixação da pena-base o julgador deve, ainda, estabelecer onde este patamar irá incidir, se sobre o intervalo da pena em abstrato ou, ainda, se sobre a pena mínima abstratamente cominada⁸³.

Este ensinamento de Schmitt não pode ser ignorado pelo julgador a ponto de que a pena-base seja sempre fixada aplicando-se a fração ideal de 1/8 (ou mesmo 1/6) sobre o intervalo da pena em abstrato. Portanto, o julgador deve analisar se é o caso de aplicar esse patamar sobre a pena mínima em abstrato, diante da indispensável necessidade de obediência a hierarquia das fases⁸⁴.

Por final, é importante mencionar que tal distorção apresentada na dosimetria da pena igualmente ocorreria com a utilização de outros critérios para a fixação da pena-base, à exemplo da aplicação da fração de 1/6 sobre a pena mínima em abstrato. Com a utilização desse critério, ainda assim, o réu multirreincidente teria uma pena menor do que o réu reincidente possuidor de maus antecedentes.

7. CONCLUSÃO

A pena-base não poderá ser fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação e motivação que autorize o recrudescimento da pena. Significa dizer que o ponto de partida para a fixação da pena-base é a pena mínima abstratamente prevista para o tipo penal incriminar, não sendo válido a utilização de qualquer outro parâmetro que possa resultar prejuízo para o sentenciado, ante a ausência de determinação legal a respeito.

⁸³ SCHMITT, 2019, p. 260.

⁸⁴ Ibidem, 2019, p. 203.

Não obstante, caso o julgador optasse por iniciar o cálculo da pena-base pelo termo médio, em nada prejudicaria o réu, desde que na dosagem o julgador avaliasse primeiro todas as circunstâncias neutras e favoráveis ao agente, deixando as que lhe forem desfavoráveis para o final. Com isso, se valorada uma circunstância desfavorável ao réu, esta incidiria na exasperação da pena-base assim como não ocorreria a distorção apontada por Ferreira.

Cada circunstância judicial deve ser analisada individualmente, com a respectiva valoração (caso seja desfavorável ao réu e tenha incidido na exasperação da pena-base), de forma clara e precisa, uma vez que é direito das partes o conhecimento de todos os argumentos destacados na dosimetria, viabilizando eventual recurso por quaisquer das partes contra os excessos, erros ou vícios no julgamento.

Não há nulidade se o julgador estabelecer expressamente o quantum de exasperação de cada circunstância judicial valorada negativamente ao réu ou o patamar de valoração, tampouco sobre onde esse quantum incidirá na pena, se sobre o intervalo da pena ou sobre a pena mínima abstratamente cominada, por não reputar como adoção de critério puramente matemático, já que o julgador não estará proibido de fazer o exercício da sua discricionariedade.

Não é possível a aplicação do método de pesos para a fixação da pena-base, tal como proposto por Nucci, pois, a uma, não é possível aplicar os princípios do art. 67 do CP, ou mesmo buscar dentro do universo da legislação penal, a interpretação que existem circunstâncias judiciais que prevalecem sobre outras, senão em prejuízo ao réu (analogia in malam partem), excetuando-se apenas quando o legislador expressamente assim prever. A duas, ainda que fosse possível, considerar os antecedentes, a personalidade e os motivos como tendo peso 2, a pena-base seria exasperada em 1/5 pela valoração de cada um desses vetores, ou seja, em patamar superior à que seria atribuído para uma agravante ou atenuante que possuem como critério ideal a fração de 1/6.

Não há respaldo doutrinário para a fixação da pena provisória sobre o intervalo pena, pois superada a primeira etapa o julgador já terá uma pena em concreto que deverá, por sua vez, ser a base do cálculo para a fixação da pena provisória.

No caso de haver vetores que possam incidir em quaisquer fases da dosimetria, deverá esta ser valorada na última fase possível, em observação ao princípio da hierarquia das fases, em que a fase seguinte possui maior relevância no sistema dosimétrico. Essa valoração na etapa posterior geralmente é mais adequada a individualizar a pena, conforme as orientações de Shecaira, inclusive em caso de anotações penais aptas para valorarem tanto a reincidência (ou multirreincidência) quanto os antecedentes do réu.

O julgador deve ter o cuidado de não valorar uma circunstância judicial em um quantum superior ao que seria obtido caso a valoração fosse postergada para uma

etapa seguinte, inclusive no caso em que a anotação penal for apta apenas para valorar os antecedentes (primeira etapa), ainda que não seja apta, obviamente, para valoração da reincidência (segunda etapa), seja porque já expirado o período depurador de cinco anos, seja por ser o fato descrito na folha criminal posterior ao que estar sendo apurado. Isto para evitar distorções na dosimetria da pena, em atenção aos princípios basilares de individualização, hierarquia das fases e da proporcionalidade.

Portanto, deve ser superado o entendimento jurisprudencial que possibilita a valoração negativa tanto da reincidência quanto dos antecedentes criminais do agente em caso de haver várias condenações transitadas em julgado, ainda que sejam baseadas em anotações distintas. Logo, as anotações que se prestam a valorar os antecedentes do réu são exclusivamente as que não forem aptas a serem valoradas como reincidência.

Não obstante, em um cenário de manutenção do entendimento supra referido, é necessário, ainda, que o julgador reduza a pena que seria exasperada na primeira etapa caso o resultado seja superior ao que seria obtido na segunda etapa, não sendo lícito o contrário o julgador assim, qual seria: aumentar o patamar da etapa seguinte em razão da obtenção de resultado inferior ao que seria obtido em uma etapa antecedente da dosimetria.

A discricionariedade do julgador para a correta aplicação da pena não é ampla ou ilimitada, pois deve encontrar conformidade nos princípios norteadores que regem a aplicação da pena, sobretudo os da individualização da pena; hierarquia das fases; e da proporcionalidade. Por isso, a necessidade de utilização de critérios para fixação da pena que atendam a todos esses requisitos. Também por isso o julgador deve, desde logo, escolher os parâmetros que melhor refletem a base principiológica da dosimetria da pena e fundamentar a sua decisão com a indicação do quantum aplicado a cada vetor desfavorável ao réu de maneira individualizada, para que as partes e os Tribunais, em caso de reapreciação da matéria, possam efetivamente entender o caminho escolhido pelo julgador de piso e intervenham no processo como for preciso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Legislação Penal Especial. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARAÚJO, Ionnara Vieira de. Limitações constitucionais no exame da personalidade do agente. Atualidades Jurídicas [recurso eletrônico]: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/13750/PDllexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso

em: 28 set. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte Geral. 17^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte Geral. 20^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOSCHI, José Antônio Paganella. Das Penas e seus critérios de Aplicação. 6. ed.rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CARVALHO NETO, Inácio. Aplicação da Pena. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6232>>. Acesso em: 28 set. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4^a. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. 1^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (organizadores). Direito penal: Edições Especiais Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GALVÃO, Fernando. Direito Penal: parte geral. 9^a. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Geral. Vol. 1. 18^a. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - Parte Geral. Vol. 1. 19^a. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. Código Penal Anotado. 23^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JORGE, Mário Helton. Aplicação da pena: erros de atividade e de julgamento e suas consequências. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/artigos/artigo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

LIMA, Edvanilson de Araújo. Fórmula matemática para a proporcional fixação da pena-base. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36569>>. Acesso em: 26 set. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 4^a. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LIMA, Rogério Montai de. Guia Prático da Sentença Penal Condenatória e Roteiro para o Procedimento no Tribunal do Júri. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

LIMA Jr. José César Naves de. Dosimetria da Culpa. 2012

MACHADO, Costa (organizador). Código Penal Interpretado. 5ª. ed. Barueri: Manole, 2015.

MACHADO, Costa (organizador). Código Penal Interpretado. 7ª. ed. Barueri: Manole, 2017.

MARCON, Bruno; MARCÃO, Renato Flávio. Rediscutindo os fins da pena. Disponível em: <<http://revistajustitia.com.br/artigos/c199x5.pdf>>. Acesso em 06 set. 2019.

MENDES JÚNIOR, Cláudio. Sentença Penal e Dosimetria da Pena: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2014.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Execução Criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NALINI, Renato. A Rebelião de Toga. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. São Paulo: Gen Jurídico, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 15ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena 6ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PASCHOAL, Luana. A conduta social e a personalidade do agente na fixação da pena. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-08082016-144318/pt-br.php>>. Acesso em: 26 set. 2019.

PÊCEGO, Antônio José F. de S; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Antecedentes e reincidência criminais: necessidade de releitura dos institutos diante dos novos paradigmas do direito penal. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=297b631a88835f89>>. Acesso em 11 out. 2019.

ROING, Rodrigo Dutra Estrada. Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática. 9ª. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*. 13ª. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: Parte Geral*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Jurisprudência consultada nos sites dos Tribunais: <http://www.stj.jus.br>, <http://www.stf.jus.br> e <http://www.tjdft.jus.br>.

Legislação consultada no site do Planalto: www.planalto.gov.br.



VOLTAR AO
SUMÁRIO

A TUTELA AO CONSUMIDOR IDOSO EM ESTADO DE SUPERENDIVIDAMENTO E A APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº 3515/2015, COMO GARANTIA AO CUMPRIMENTO EFETIVO DOS DIREITOS SOCIAIS E FUNDAMENTAIS ENTABULADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Lucas Colaço Moura Silva

Orientadora: Prof. Me. Fernanda Santos Sampaio Santoro

RESUMO

O presente artigo tem por escopo, realizar uma análise acerca da grave temática do superendividamento no Brasil, dando ênfase à classe do consumidor idoso, como forma de demonstrar que há extrema vulnerabilidade a essa classe de consumidores. Procura-se conceituar e analisar o superendividado, de acordo com a doutrina pátria e estrangeira através de breve estudo de direito comparado, relacionando uma pesquisa com demonstração de faixa etária e profissões dos superendividados. Tem como objetivo também, demonstrar a importância dos princípios que embasam o Direito do Consumidor relacionando a sua observância e a necessidade de seu cumprimento. Por fim, busca-se colocar as possíveis consequências tidas ao consumidor, sobretudo o consumidor superendividado idoso, pela falta de legislação pertinente que trate sobre assunto de tamanha relevância e a busca pela sua propensa proteção através do Projeto de Lei 3515/2015.

Palavras – chaves: Direito do Consumidor. Consumidor Superendividado. Idoso. Princípio da boa-fé. Princípio da Informação. Acesso ao crédito fácil. Eficácia.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the serious issue of over indebtedness in Brazil, emphasizing the elderly consumer class, as a way to demonstrate that there is extreme vulnerability to this class of consumers. We seek to conceptualize and analyze the super indebted, according to the homeland and foreign doctrine through a brief study of comparative law, relating a research with demonstration of age and professions of the super indebted. It also aims to demonstrate the importance of the principles that underpin Consumer Law by relating their compliance and the need for greeting. Finally, we seek to put the possible consequences to the consumer, especially the over-indebted elderly consumer, for the lack of relevant legislation that deals with such a relevant issue and the search for its protection through the Bill 3515/2015.

Keywords: Consumer Law. Over-indebted consumer. Old man. Principle of good faith. Principle of Information. Easy credit access. Efficiency.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico, visa trazer a discussão acerca do tratamento do consumidor em estado de superendividamento no Brasil, relacionando a vulnerabilidade do consumidor idoso.

A presente temática demonstra-se importante, frente ao crescente número de pessoas, em especial, os idosos, presente neste árduo estado na era do hiper-consumismo.

Procura-se analisar tais assuntos, de acordo com entendimentos doutrinários, relacionando que a falta da devida informação contratual, somada com a fácil concessão do crédito por parte das instituições financeiras, tem sido atualmente uma das principais causas que propiciam ao ápice do superendividamento do consumidor, e a exploração de pessoas em estado de vulnerabilidade¹ adentrando, como por exemplo, os aposentados², estando assim, em total dissonância com os princípios consumeristas.

Observa-se que muitas vezes, o oferecimento de crédito e de benefícios por parte das instituições financeiras, são disponibilizados sem que haja anuência do consumidor, levando o consumidor a uma falsa sensação de direito, ao crédito cedido e dando ao mesmo a possibilidade de ele adotar padrões de vida da qual não necessita.

Verifica-se que o consumidor, encontra-se despreparado para a racional utilização do crédito disponibilizado a ele, aderindo ao crédito para a aquisição de bens supérfluos que trarão momentaneamente a sensação de bem-estar tanto ao indivíduo quanto à sua família³ acarretando futuramente a falta de subsistência própria e familiar do indivíduo.

Dessa forma, é necessária que haja intervenção estatal como meio a proporcionar maior amparo ao consumidor, realizando modificações necessárias de leis existentes no ordenamento jurídico e a criação de novas leis, como forma a trazer a devida proteção aos direitos fundamentais e sociais do consumidor.

É necessário também, que haja fiscalização acerca da concessão do crédito ao consumidor, por parte das instituições financeiras, como forma de prevenção de práticas abusivas, impedindo que haja a concessão de crédito, aquele consumidor que já se encontra em situação de superendividamento e que não poderá arcar com as novas dívidas contraídas, dando atenção em especial, ao consumidor idoso, uma vez

1. MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.167.

2. CASEMIRO Luciana e DUTRA Bruno. Idosos sofrem mais com superendividamento. O Globo, 2018, Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/idosos-sofrem-mais-com-superendividamento-22853164>>. Acesso em: 03 de jul. de 2019.

3. MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.

que tal consumidor é mais vulnerável e propício a aceitar ofertas concedidas pelos bancos, que podem parecer vantajosas, que por muito, não são.

Diante disso, verifica-se que a falta da devida fiscalização e a fácil ingestão de crédito ao consumidor, viola princípios consumeristas e constitucionais, e eleva a problemática aqui embasada, também no âmbito econômico, gerando um grave problema social.

Resta relatado, a necessidade de mobilização e discussão acerca da temática, para que seja conhecida pela sociedade e dada a sua devida importância, não como forma de impedir o consumo, mas para que seja o consumo realizado de forma consciente, que não traga riscos ao consumidor e não continue a ferir princípios constitucionais, levando os consumidores a um completo estado de culpa, insegurança, vergonha, e exclusão social⁴ que por muitas vezes acabam por desencadear em patologias⁵.

2. ASPECTOS CONCEITUAIS DO SUPERENDIVIDADO NA SOCIEDADE DO CONSUMO

A temática acerca do superendividamento, não é algo que surgiu nesta década, mas sim é um fenômeno que tem se tornado desafiador para muitos países europeus desde o século passado, quando houve início ao que chamamos de capitalismo.

No Brasil, o superendividamento não é novidade⁶, sendo que vários são os apelos que são feitos por parte da doutrina pátria que debatem e demonstram a emergência do problema no país, com o propósito de estudar e buscar métodos de tratamento.

Claudia Lima Marques⁷, pioneira a tratar sobre o tema, demonstra que a problemática do superendividamento é debatido também em outros lugares do mundo, como em Portugal, que recebe o nome de sobreendividamento “a esclarecer o extra (sobre) do endividamento que é possível suportar com o orçamento mensal dos consumidores, denominação de inspiração anglo-saxã, over-indebteness (EUA, Reino Unido, Canadá)”. No Brasil, o fenômeno recebeu o nome de superendividamento, “a destacar que é um endividamento superior ao normal e às possibilidades do orçamento mensal dos consumidores, baseado na expressão francesa, surendettement (França) e na germânica Überschuldung (Alemanha)⁸.

4. Ibidem, p. 30.

5. ESTADÃO. Dívidas geram estresse e dezenas de doenças crônicas. Estadão, 2008. Disponível em: < <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,dividas-geram-estresse-e-dezenas-de-doencas-cronicas,186574>> acesso: 6 de jul. 2019.

6. MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.160.

7. Ibidem, p.13.

8. Ibidem, p.14.

O ímpeto ao consumo, tem prisma desde a época das produções artesanais, na qual imperava-se a troca de mercadorias. Com a revolução industrial, teve-se o emprego das máquinas à vapor onde começaram a dominar o mercado, e aumentar o consumo e o poder de compra dos consumidores. Com o passar dos anos, o mundo começou a conhecer os aspectos negativos do consumismo exagerado e muitas vezes sem controle, adentrando-se as mazelas do endividamento e posteriormente ao superendividamento.

Deve-se dar ênfase, a Europa⁹ e EUA¹⁰ como lugares precursores de tais questões.

É inegável, que o crédito dado ao consumidor, seja ele brasileiro ou não, trouxe diversas vantagens, de forma que tornou palpável mais do que nunca, lugares que antes jamais eram imaginados pelos consumidores, trazendo aumento ao padrão de vida das pessoas e ensejando o crescimento dos recursos ofertados, ampliando assim os gastos e tornando o acesso a bens duráveis mais fácies¹¹.

Como nem tudo são flores, diante de uma liberação de crédito no Brasil, realizada em diversos governos, em especial os governos dos anos de 2003 a 2010¹² como forma de fomentar cada vez mais o mercado e a economia, a sociedade acabou experimentando as mazelas do fácil acesso ao crédito, como o superendividamento do consumidor, ante uma sociedade despreparada para lidar com a gerência de capital, visto que a maioria das pessoas possuem baixa renda e baixo grau de escolaridade¹³, criando uma geração de pessoas endividadas que não tem condições alguma de arcar com as dívidas contraídas, levando os consumidores a estado de inadimplência profunda e ferindo o mínimo existencial, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana. Tais fatores, se agravaram diante da falta de informação por parte do fornecedor do crédito e por descuido do próprio consumidor.

Múltiplas são as formas de acesso ao capital, como por exemplo, cartão de crédito, crédito consignado, carnês, cheques, dentre outros.

A problemática do superendividamento tem atingido em especial a classe dos idosos, segundo estudo realizado em diversos órgãos espalhados pelo território brasileiro¹⁴ haja vista que a oferta de crédito para essas pessoas tende a ser mais

9. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Caderno de Investigações Científicas - Vol. 1. MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Danilevicz. Prevenção e Tratamento do Superendividamento. Brasília. Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2010. p. 9.

10. MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.159.

11. MORA, Mônica. A Evolução do Crédito no Brasil entre 2003 e 2010. Rio de Janeiro: IPEA, 2015, p. 28.

12. Ibidem, p. 13.

13. SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. Superendividamento e consumo responsável de crédito. Brasília: TJDFT, 2018, p. 59.

14. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Perfil do consumidor superendividado e a atuação da Defensoria Pública na renegociação da dívida. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/b7ca8cbd43c24d7f8aa11fce8483026e.pdf>> Acesso em 12 jul. 2019.

agressiva, uma vez que este público, em geral, tem maior estabilidade financeira, em razão de serem funcionários públicos e aposentados.

O atual Código de Defesa do Consumidor, criado em 1990 não teve a necessária preocupação acerca do superendividamento, de forma que não trouxe em sua redação, a verdadeira atenção acerca de temática de tamanha importância, que tem assolado o Brasil com muitos casos, obtidos por uma política econômica liberal¹⁵, realizada em governos passados.

Por outro lado, vários países europeus desde o século anterior possuem em suas legislações a definição do superendividamento.

Segundo Claudia Lima Marques¹⁶, foram criados por diversos países europeus, inovações legislativas, com a utilização de analogias à concordata comercial, com a utilização de tratamentos amigáveis e meios de renegociações e parcelamentos de dívidas de pessoas que já se encontravam em situação de superendividamento.

Na doutrina pátria, Claudia Lima Marques¹⁷, traz a definição de superendividamento como sendo “a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo, de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos)”.

A jurista portuguesa, Maria Manuel Leitão Marques¹⁸ esclarece que o superendividamento, também designado por falência ou insolvência do devedor, “refere-se a situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto de suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça seria de que não o possa fazer no momento em que eles se tornarem exigíveis”.

Apesar da doutrina brasileira, trazer a definição do que venha a ser o superendividamento, não há em nosso ordenamento jurídico legislação específica que trate acerca deste assunto, como forma de amparar melhor o consumidor que adentra a tal situação.

15. PAULANI, Leda Maria. Brasil Delivery: A Política Econômica do Governo Lula. Revista de Economia Política, vol. 23, 2003, p. 58.

16. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Caderno de Investigações Científicas - Vol. 1. MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Danilevicz. Prevenção e Tratamento do Superendividamento. Brasília. Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2010. p.25. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-tratamento-do-superendividamento.pdf>>. Acesso em: 15 de jul. 2019.

17. MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.

18. MARQUES, Maria Manuel Leitão et al. O endividamento dos consumidores. Lisboa, Almedina, 2000. p.2.

3. DA IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NA RELAÇÃO DO SUPERENDIVIDADO

3.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988, trouxe um rol diversificado de princípios que devem ser respeitados e aplicados nas relações jurídicas e sociais, devendo ser relacionados sobretudo, quando das práticas consumeristas. Destaca-se, na esteira da temática do superendividamento, os valores da dignidade da pessoa humana, colocado como um dos mais imponentes princípios aplicados em nosso ordenamento jurídico.

Segundo ensina Carla Pellegrini¹⁹ “o princípio da dignidade da pessoa humana surge como uma conquista em determinado momento histórico. Trata-se de tutelar a pessoa humana possibilitando-lhe uma existência digna, aniquilando os ataques tão frequentes à sua dignidade”.

Não é difícil perceber, que este princípio se encontra respaldado de tamanha maneira pelo texto constitucional, ocupando lugar de destaque em nossa carta maior, de forma a percebê-lo de imediato no art.1º, III, da Constituição Federal como sendo um dos fundamentos da república.

Tal princípio, se coloca como basilar para todo o ordenamento jurídico com o objetivo ser pilastra rígida na construção de um Estado Democrático de Direito, tornando assim, um importante parâmetro para meios de interpretativos da lei e sobretudo a aplicações de leis do Estado.

Com a globalização no mercado de consumo, não se pode olvidar de que se faz necessário mais do que nunca, o respeito à dignidade do consumidor, uma vez que nas últimas décadas com o aumento das relações consumeristas cada vez mais globalizadas, acabou por trazer maior vulnerabilidade aos consumidores.

Diante disso, o consumidor deve ter a sua dignidade preservada e protegida como forma de coibir eventuais abusos cometidos por empresas, instituições financeiras, fornecedores de produtos, dentre outros.

Ademais, diante de uma sociedade em que o indivíduo só obtém valor pelo que detêm²⁰, de forma que só adentra a um organismo social se tiver boa capacidade

19. PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. Revista Boni Juris, Curitiba, v. 16, n. 485, 2004. p.5.

20. HENNIGEN, Inês. Superendividamento dos consumidores: uma abordagem a partir da Psicologia Social. Rev. Mal-Estar Subj., Fortaleza, v. 10, n. 4, dez. 2010. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482010000400006> Acesso em: 18 jul. 2019.

aquisitiva no mercado de consumo, é importante observar que a dignidade da pessoa humana, é inerente a pessoa, não podendo dela ser separada e analisada a parte.

3.2. PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Por outro lado, não menos importante, temos o princípio do mínimo existencial que tem o intuito de garantir aquilo que se torna indispensável a vida e existência do indivíduo.

É de se ressaltar, que em um mundo cada vez mais desenvolvido, moderno e globalizado, esse princípio se torna mais latente, tendo em vista haver uma tendência cada vez maior por parte das sociedades, quererem exageradamente consumir produtos sem que haja reflexões acerca das possíveis consequências, sobretudo ao consumidor, que vislumbrado com as novas possibilidades de aquisições e as suas facilidades, deixa de dar atenção ao que verdadeiramente deve ser observado, permitindo-se levar ao patamar de superendividado.

Diante disso, Luiz Edson Fachin, defende a necessidade da: “existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores”.²¹

Dessa forma, o princípio do mínimo existencial está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, positivado na Constituição de 1988, e confirmado pelo jurista Luís Roberto Barroso que diz: “A doutrina contemporânea desenvolveu o conceito de mínimo existencial, que expressa o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”.²²

Sendo assim, o princípio do mínimo existencial preserva um forte vínculo com o princípio da dignidade da pessoa humana e se preocupa com a constante construção e evolução de um Estado pautado no comprometimento com o Direito, no intuito de sempre encontrar uma melhor justiça que atenda a todos os participantes do corpo social, protegendo e efetivando os seus direitos fundamentais e sociais.

21. FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo código civil brasileiro e da constituição federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. nota prévia.
22. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 214.

3.3. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

Além dos princípios da dignidade da pessoa humana e da importância da manutenção do mínimo existencial do indivíduo, é importante salientar a colocação do princípio da transparência nas relações consumeristas, uma vez que, o superendividamento advém muitas vezes da falta de transparência e clareza nas informações transmitidas ao consumidor.

O princípio da transparência, encontra-se respaldado no art. 6º, III, da Lei 8078/90, e garante que o consumidor tenha a correta compreensão das obrigações contraídas com o fornecedor, tendo assim, o fornecedor a responsabilidade de demonstrar todas as informações que sejam úteis à decisão a ser tomada pelo consumidor ao adquirir algo para consumo ou serviço, relatando as informações de maneiras compreensivas para o consumidor.

Conforme nos ensina Cláudia Lima Marques “Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4.º, caput, do CDC, o da Transparência. A ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.”²³

Sobre o princípio da transparência e a sua importância para com o consumidor, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que: “O direito à informação, obrigado expressamente pelo art.5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do princípio da transparência, sendo também corolário do princípio da boa-fé objetiva e do princípio da confiança, todos abraçados pelo CDC”.²⁴

3.4. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A base principiológica se torna fundamental para a seara do consumidor, sendo uma importante ferramenta para as interpretações e conservação dos direitos sociais das pessoas. “Assim, o princípio da boa-fé, frequentemente relatado e utilizado nas

23. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 4.ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. p. 594-595.

24. BRASIL. Superior Tribunal De Justiça - STJ. Recurso Especial: Resp. 586.316/MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 17.04.2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 14 de Ago. 2019.

relações privadas, encontra bastante espaço no direito consumerista, frente as frequentes relações de confiança tidas entre credores e devedores, sendo tal princípio, de extrema importância, pois a boa-fé, é o princípio máximo orientador do Código de Defesa do Consumidor”.²⁵

Diante disso, Claudia Lima Marques²⁶, define como sendo boa-fé a atitude das partes de atuar dentro da relação contratual com a ideia das consequências e necessidades do parceiro contratual, tratando com respeito os seus interesses e possibilitando que tudo ocorra de maneira a não lhe causar lesão ou a lhe deixar em excessiva desvantagem, atuando assim com o princípio da cooperação com o objetivo das partes atingirem o que almejam no momento da contratação.

4. A TUTELA DOS CONSUMIDORES IDOSOS EM ESTADO DE SUPERENDIVIDAMENTO

O problema do superendividamento, conforme exposto anteriormente é grave e deve ser colocado em discussão, uma vez que dentro das relações consumeristas, sabe-se que o consumidor é a parte mais frágil da relação, por estar constantemente propício a assédios voltados ao consumo. Precisamente por este motivo, é que existe respaldo no ordenamento jurídico, que protegem o consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, é exemplo de lei que visa demonstrar que há vulnerabilidade ao consumidor, colocando-o dessa forma, em uma situação diferenciada frente aos fornecedores de produtos ou serviços. É de se ressaltar, que diversas são as situações que envolvem a vulnerabilidade econômica do consumidor²⁷.

A situação de vulnerabilidade do consumidor, advém através dos aspectos que definem o perfil do consumidor. Para melhor exemplificar, estão as pessoas que são portadoras de deficiência, pessoas idosas, crianças, portadores de doenças consideradas graves, que fazem com que necessariamente haja maior atenção a esses indivíduos²⁸.

Não obstante, uma classe muitas vezes esquecida e colocada de lado pela sociedade, devido as suas debilitações adquiridas pelo tempo de vivência, tem ganhado notoriedade global nos últimos anos, tendo em vista que a população mundial

25. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª Ed.rev. atual. e amp. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 904.

26. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Ed. RT, 2002. p.181-2.

27. MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 300.

28. SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Superendividamento e consumo responsável de crédito*. Brasília: TJDFT, 2018, p. 16.

tem sido alertada com uma alta taxa de envelhecimento²⁹ de suas sociedades, fazendo com que muitos países adotem medidas públicas que tragam melhores qualidades de vida a essas pessoas.

Diante disso, o Brasil no ano de 2003 sancionou a Lei 10.741- conhecido como Estatuto do Idoso, que considera como sendo idoso, toda pessoa com idade igual ou superior a 60 anos de idade³⁰. Tal conceito, observa e retrata critérios etários, de forma a adotar a cronologia para defini-lo.

Todavia, quando procuramos trazer o conceito de idoso, não podemos estar adstrito apenas na definição que se encontra presente no corpo do Estatuto do Idoso, uma vez que existem outras possibilidades de extrairmos o conceito de pessoa idosa, conforme relatado por Wladimir Novaes³¹.

É importante fazer a colocação, que segundo recentes lançamentos realizados pelo IBGE³², a população brasileira teve um aumento de idosos nos últimos anos em cerca de 4,8 milhões desde o ano de 2012. Essa informação, se une aos 25,4 milhões de idosos brasileiros, sendo este um aumento de cerca de 18% a mais, alcançando em 2017 o número de aproximadamente 30 milhões de pessoas idosas em todo o Brasil.

Tais dados, não são animadores como os dados obtidos na década de 1960 onde 43% da população brasileira era composta de jovens com idade entre 0-14 anos e a população idosa (acima dos 60 anos) detinha apenas 4,7% da população nacional³³.

As quedas das taxas de natalidade e o aumento da expectativa de vida do cidadão brasileiro, levaram ao cenário que nos encontramos nos dias de hoje.

No entanto, essas informações, já eram esperadas e representam um grande desafio para o Brasil de lidar com a crescente taxa de envelhecimento populacional.

Atrelado a essas informações, o Direito tem sido chamado nos últimos anos para a resolução de problemas que envolvem o superendividamento de consumidores

29. Nações Unidas – ONU. Mundo terá 2 bilhões de idosos em 2050; OMS diz que ‘envelhecer bem deve ser prioridade global’. Nações Unidas Brasil, 2014. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/mundo-tera-2-bilhoes-de-idosos-em-2050-oms-diz-que-envelhecer-bem-deve-ser-prioridade-global/>>. Acesso em: 19 de Ago. 2019.

30. Art.1º da Lei 10741/2003 – “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

31. MARTINEZ, Wladimir Novaes. Comentários ao Estatuto do Idoso. São Paulo: LTr, 2004. p. 20-21. Disponível em: < <http://www.ltr.com.br/loja/folheie/4539.pdf> >. Acesso em 24 de Ago. 2019.

32. Agência IBGE notícias. Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>> Acesso em: 27 de Ago. de 2019.

33. CAVALLAZZI, R L.; DOLL, J. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. Revista de Direito do Consumidor, RDC vol. 107, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.107.11.PDF>. Acesso em: 27 de ago. de 2019.

idosos em situações realmente desesperadoras e preocupantes, sendo tal situação cada vez mais frequente na sociedade brasileira.

Neste contexto, tem-se demonstrado relevante, o fato de terem aumentado o número de pessoas com idade entre 55 e 60 anos que adentram a situação de superendividados no Brasil³⁴.

Os idosos brasileiros, em sua grande maioria, são detentores de condições específicas que os fazem necessitar de maiores cuidados, devido a idade avançada, questões biológicas e condições físicas que os fazem mais debilitados e consequentemente vulneráveis, além de possuírem menor capacidade de raciocínio exigida no dia a dia.

Justamente, pelo fato de terem suas capacidades biopsicossociais alteradas pelo tempo, é que os idosos são constantemente assediados pelas instituições que prometem conceder parcelas de crédito mais compensatórias e baratas para este público.

Não é difícil perceber, uma prática constantemente realizada em diversos canais de comunicações na qual oferecem ofertas de crédito, sem que haja necessidade de consulta ao nome do idoso a dados que possam levar a instituição a uma chance de sofrer um calote, pelo não pagamento do empréstimo concedido, tornando cada vez mais comum o assédio ao consumo³⁵.

Segundo Marília Sampaio³⁶, o assédio ao consumo é uma prática abusiva na qual o fornecedor busca influenciar o consumidor a consumir produtos e serviços, sondando o consumidor através de suas emoções e medo.

A situação de vulnerabilidade do consumidor idoso, carece de maior proteção, pois a sua vulnerabilidade advém de condições biopsicossociais que foram alteradas durante o percurso da vida.

Fato é, que muitas vezes as instituições financeiras veem os idosos como um público em potencial a ser ludibriado, por muitas vezes se deixarem ser levados pelas falsas promessas de que aquele crédito cedido, dará a ele mais direitos de compra e a possibilidade de adquirir produtos, assim como pagar parcelas de dividas que o idoso possa ter, levando o idoso a consumir bens e serviços.

Essa facilitação na concessão do credito da qual é cedido ao consumidor idoso, faz com haja o agravamento na condição deste consumidor, levando-o ao um estado de hipervulnerabilidade, vez que as instituições aproveitando das fragilidades do idoso, oferecem condições contratuais extraordinariamente desvantajosas que sem dúvida direcionam o consumidor a um estado de superendividamento.

34. UOL Notícias. Em dez anos, diminui o número de crianças e aumenta o de idosos no Brasil. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/04/29/populacao-adulta-foi-a-que-mais-cresceu-na-ultima-decada.htm>. Acesso em: 27 de ago. de 2019.

35. SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. Superendividamento e consumo responsável de crédito. Brasília: TJDF, 2018, p. 16.

36. Ibidem, p.16.

Em busca de procurar entender melhor o problema do superendividamento, um recente levantamento realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro³⁷, demonstrou que os idosos aposentados e funcionários públicos são os mais atingidos com o problema do superendividamento.

Constatou-se, que a população que buscou o Núcleo de Defesa do Consumidor (NUDECON) da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro³⁸, é composta em sua maioria de pessoas com mais de 55 anos de idade, que acabam sendo seduzidas pelas facilidades de adquirir uma parcela de crédito, através do crédito consignado, aliado com a ideia de que o dinheiro extra estará trazendo benefícios, e diante disso, faz com que os idosos acabem contratando os empréstimos com as instituições financeiras.

O índice de comprometimento da renda familiar dos idosos que participaram da pesquisa realizada pelo órgão, demonstrou que a maior parte dessas pessoas, chegam a ter uma média de 90% de suas finanças mensais comprometidas.

Procurando maior detalhamento, o estudo realizado entre os anos de 2012 a 2017 com 95 pessoas assistida pelo órgão público, atestou que alguns dos casos chegaram a ter 1067% de comprometimento da renda familiar mensal.

A referida pesquisa relatou, que 29,35% das pessoas que se encontravam na posição de superendividado tinham 70 anos ou mais; que 18,48% tinham entre 55 e 59 anos; e 16,3% encontravam-se com idades entre 60 e 69 anos, alcançando um índice de mais 60% das pessoas que buscaram ajuda na DPRJ³⁹.

Ademais, certificou-se que 66% das pessoas eram do sexo feminino e 67% do total, eram pessoas consideradas provedoras do lar, e que 62% sobreviviam com uma renda no valor que ultrapassava mais de cinco salários mínimos.

A pesquisa também procurou saber dos assistidos, quais eram o tipo de labor exercidos por eles e verificou que a maioria das 95 pessoas, eram compostas de servidores públicos.

Uma importante informação obtida⁴⁰, foi que 34 pessoas eram aposentadas, 12 pessoas eram servidores públicos ativos (municipal, estadual ou federal), 3 eram pensionistas, 2 militares, 4 professores, 1 médico, 1 defensor público, 1 agente da polícia federal, dentre outros.

37. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Perfil do consumidor superendividado e a atuação da Defensoria Pública na renegociação da dívida. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/b7ca8cbd43c24d7f8aa11f-ce8483026e.pdf>>. Acesso em 29 de ago. 2019.

38. Ibidem.

39. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Perfil do consumidor superendividado e a atuação da Defensoria Pública na renegociação da dívida. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/b7ca8cbd43c24d7f8aa11f-ce8483026e.pdf>>. Acesso em 29 de ago. 2019.

40. Ibidem, p.6.

Houve o colhimento de dados, que procurou saber quais eram as intuições que possuíam mais pessoas enquadradas na definição de superendividados e que buscaram a ajuda do NUDECON da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. O resultado obtido, foi que cinco das principais intuições financeiras do país, corresponderam a porcentagem de 66% de pessoas que contraíram serviços com tais instituições⁴¹.

Os principais serviços de crédito contraídos pelos consumidores nestas instituições, foram respectivamente, crédito consignado, cartões de crédito, empréstimos pessoais, cheque especial, dentre outros.

O principal objetivo do NUDECON da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, foi ajudar e auxiliar as pessoas que ali se apresentaram, para que junto com elas pudessem buscar possibilidades de extinção de dívidas através de renegociações das mesmas.

Neste trabalho em específico, foram realizadas mais de 123 audiências de renegociações de juros e dividas destes consumidores, obtendo 61% de aprovações por parte das instituições financeiras credoras dos créditos, alcançando assim mais de R\$1,2 milhões de reais em descontos para os consumidores que procuraram o órgão e se dispuseram a renegociar suas dívidas através de audiências de conciliação⁴².

Em programa parecido com o prestado pelo NUDECON da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no ano de 2014, observando o alto número de cidadãos brasileiros que estavam em situações de grave endividamento, e preocupado com tal situação, resolveu abrir um programa de auxílio financeiro, com a realização de palestras que tem como temática a mudança de hábitos e comportamentos das pessoas que procuram o órgão.

O programa SEJUSC Superendividados, realizado pelo TJDF⁴³, teve em seu primeiro ano de atuação no Distrito Federal um alto índice de procura e de satisfação de seus assistidos. A pesquisa de satisfação realizada, constatou que cerca de 450 pessoas procuraram o SEJUSC Superendividados e que cerca de 59,1% eram mulheres sendo que 32,38% dessas pessoas contraíram o status de superendividados pelo fato de gastarem mais do que possuíam.

Foi constatado ainda, que cerca de 86% das pessoas que estavam procurando ajuda no tribunal⁴⁴, estavam com seu nome inscrito nos cadastros de inadimplentes.

41. Ibidem, p.8.

42. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Perfil do consumidor superendividado e a atuação da Defensoria Pública na renegociação da dívida. p.23. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/b7ca8cbd43c24d7f8aa11fce8483026e.pdf>>. Acesso em 29 de ago. 2019.

43. TJDF. CEJUSC/Super: Programa de prevenção e de tratamento aos consumidores superendividados no TJDF. Uma prática consolidada. p.77. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/cidadao/superendividados/PPTSTJD-FTumaprticaconsolidada_pginasespelhadas.pdf> . Acesso em: 16 de set. 2019.

44. Ibidem, p.27.

Ademais, constatou-se que a faixa etária das pessoas assistidas pelo CEJUSC Superendividados do TJDFT, estavam entre 40 e 58 anos de idade⁴⁵.

Deve-se observar, que a cidade de Brasília, tem apenas 59 anos de existência, e tais dados já demonstram preocupação no que tange a uma população relativamente jovem que já adentra ao status de superendividado.

A importância deste órgão, é tamanha para a população local, que desde da criação do CEJUSC Superendividados, foram atendidas mais de 3.200 pessoas, alcançando o número de mais de 4.041 ações que possibilitaram ser transmitidas orientações financeiras, entrevistas e ajudas psicossociais, tendo ainda no final do ano de 2018, alcançado o número de mais de 1.706 audiências realizadas com o objetivo de renegociação de dívidas e que resultaram em 48% dos casos, em acordo⁴⁶.

Diante disso, observa-se inevitavelmente a necessidade de concessão e utilização do crédito de maneira responsável, uma vez que o capital é algo como sabemos, difícil de ser gerido, e por esse motivo que se faz necessário ter as devidas cautelas quando da sua utilização, não se deixando influenciar por sofisticadas publicidades comerciais dirigidas ao consumo.

Por fim, percebe-se que o crédito muitas vezes concedido ao consumidor é algo volátil, pronto a desencadear uma falência financeira do consumidor e leva-lo cada vez mais a lugares inseguros e duvidosos, que certamente o farão experimentar a amarga preocupação do inadimplemento.

O superendividamento é, portanto, um problema social que traz cada vez mais impactos a vida das pessoas em diversas perspectivas, devendo assim haver uma ampliação nas formas de realizar o tratamento dessas pessoas, uma vez que tal problema tem se tornado cada vez mais comum em nossa sociedade.

5. A PREVISÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ESTATUTO DO IDOSO E NO PROJETO DE LEI 3.515/15

45. TJDFT. CEJUSC/Super: Programa de prevenção e de tratamento aos consumidores superendividados no TJDFT. Uma prática consolidada. p.77. Disponível em: < https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/cidadao/superendividados/PPTSTJDFTUmapraticaconsolidada_pginasespelhadas.pdf > . Acesso em: 16 de set. 2019.

46. TJDFT. CEJUSC/Super.: 4 anos ajudando superendividados a lidarem com seu dinheiro. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/janeiro/cejusc-super-4-anos-ajudando-superendividados-a-lidarem-com-seu-dinheiro>>. Acesso em: 16 de set. 2019.

O atual Código de Defesa do Consumidor, criado posteriormente a Constituição da República de 1988, observou as principais transformações realizadas ao longo dos anos, que fizeram com que as práticas comerciais mudassem de maneira bastante célere.

A exemplo de mudanças até mesmo consideradas radicais, tendo em vista as rápidas modificações no mercado de consumo, está a circulação e produção de bens que passou a ser mais robusta, avultando o desejo de consumo de vários consumidores.

Sem dúvida, o Código de Defesa do Consumidor, adentrou no ordenamento jurídico brasileiro como uma importante ferramenta para proteger e fiscalizar a adequada prestação de serviços realizados nas práticas consumeristas diárias.

No entanto, nos últimos anos, o número de pessoas que tem sido enganada com práticas desleais por parte dos fornecedores de serviços, fez com que um grande número de pessoas em todo o território nacional, ganhassem a classificação de superendividado e estivessem em listas de inadimplimento, gerando assim diversos problemas sócias e prejudicando, sem dúvida o desenvolvimento econômico nacional.

O atual Código de Defesa do Consumidor, não trouxe em sua redação positivada, nenhuma preocupação com o público de consumidores que adentram ao status de superendividados no Brasil, fazendo com que essas pessoas enfrentem muito mais dificuldades para que possam conseguir resolver suas pendências com seus credores, sendo tal situação agravada quando tratada acerca de pessoas em estado de hipervulnerabilidade, como os idosos, que necessitam de mais cuidado e ajuda, por parte de toda a sociedade.

É sabido que alguns países de vertente capitalista, tem inserido em suas legislações soluções e tratamento para o problema do superendividamento, seja por meios judiciais ou extrajudiciais.

No Brasil, a saída encontrada até o momento é a aplicação de normas constitucionais que visam proteger o consumidor, de forma a preservar os seus direitos fundamentais contidos no texto da constituição.

Mas, se faz necessário que haja ação do estado brasileiro, quanto ao problema do superendividado, é necessário ter um olhar mais humano para estes consumidores que adentram a uma situação tão difícil e árdua. Práticas atuais, desenvolvidas por diversos órgãos do poder público e por tribunais, tem sido meio de tratamento de um problema já existente em nosso meio social.

Contudo, tais ações não são suficientes para sanar as angústias das pessoas ou mesmo impedir que o problema do superendividamento tenha uma solução definitiva. É por isso que o Estado, deve por meios de projetos de leis, implementar soluções para que respondam as necessidades desses consumidores.

Ademais, muitos consumidores idosos, tem sido atingido por constantes práticas

abusivas, que tem se tornado cada vez mais comum, causadas principalmente por meios de matérias publicitárias. Através da publicidade, é que os idosos caem em golpes, ficando muitas vezes apenas com o triste status de devedor.

O idoso, é um cidadão ou cidadã com mais de 60 anos de idade⁴⁷, que detém de todos os direitos fundamentais que é inerente a pessoa humana, e está amparado por meio de lei obtendo a preservação de sua saúde e suas condições de dignidade⁴⁸.

Sendo assim, para que o idoso esteja amparado pela norma positivada de maneira a estar resguardado, é necessário que o idoso seja respeitado, sendo dever de todos prestarem informações de maneira clara e adequada, mormente quando se tratar da realização de negócios jurídicos.

Para impedir que tais abusos permaneçam a acontecer, é que tem sido proposto no âmbito do poder legislativo, projeto de lei que visa trazer maior amparo ao consumidor, sobretudo os consumidores mais vulneráveis, como os idosos.

Um dos projetos de lei, que visa melhor amparar o atual consumidor brasileiro, é a PL 3515/2015, que tem como proposta a alteração do Código de Defesa do Consumidor – CDC, e o Estatuto do Idoso, para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

Essa proposta, surgiu diante da crescente utilização do crédito no Brasil nas últimas décadas, alavancando o consumo de produtos e serviços.

O principal projeto, tem em seu corpo artigos que sem dúvida trazem alterações expressivas e totalmente importantes, tendo em vista o vertiginoso número de pessoas que adentram a situação do superendividamento no Brasil. Os números, são alarmantes e chegam à soma de cerca de 60 milhões de brasileiros, além de atingirem o patamar de 64% das famílias brasileiras, segundo informações do CNC⁴⁹.

As mudanças são vastas, e visam trazer soluções tanto de prevenção ou mesmo tratamento do superendividamento.

Segundo Marília Sampaio⁵⁰, é perceptível logo nos primeiros artigos da proposta legislativa a forte presença da influência do modelo francês para a reorganização das dívidas dos consumidores, sendo o modelo norte americano afastado.

Uma dessas alterações, é a previsão do art. 54-A, §1º que visa trazer pela primeira vez em uma legislação brasileira, o conceito de superendividamento que fará com que seja mais fácil identificar quando uma pessoa se encontra em tal situação.

47. Vilas Boas, Marcos Antônio. Estatuto do Idoso Comentado. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.4.

48. Art. 2º da Lei 10.741/2003.

49. CNC - Confederação Nacional do Comercio de Bens, Serviços e Turismo. "Endividamento dos brasileiros é tema de audiência na Câmara dos Deputados". Disponível em: <<http://www.cnc.org.br/editorias/sistema-comercio/noticias/endividamento-dos-brasileiros-e-tema-de-audiencia-na-camara-dos>>. Acesso: 23 de Set 2019.

50. SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. Superendividamento e consumo responsável de crédito. Brasília: TJDFT, 2018, p. 54.

Segundo o referido artigo, o superendividamento será conceituado como sendo “a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”.

Além do mais, as modificações trazem em sua redação⁵¹, a obrigatoriedade do fornecedor de relatar de maneira pormenorizada as informações acerca de valores, taxas, juros, o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, devendo serem transmitidas de forma bastante clara e no próprio contrato da prestação do serviço, de forma a ser fácil a percepção do consumidor, ao que está sendo contratado.

Prevê ainda o texto, que o poder público terá a responsabilidade de promover a “instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana”⁵².

Além do mais, expressões e práticas de marketing publicitário muito utilizadas atualmente, como “taxa zero”, “sem juros”, “gratuito”, como meio de atrair, principalmente aquele consumidor despercebido que não procura ter atenção a essas práticas realizadas, serão proibidas⁵³.

Da mesma maneira, o art.54-C, inciso IV traz a vedação de utilização de meios de pressão ou assédio por contato telefônico ou outros meios eletrônicos, como forma de fazer com que o consumidor possa contratar os serviços oferecidos pelas instituições. Essa vedação, protege principalmente o idoso, o analfabeto, os doentes, ou aqueles que se encontram em estado de vulnerabilidade agravada.

Importante alteração, é a inclusão do § 3º do art. 96 do Estatuto do Idoso, que não considera como crime a negativa de crédito motivada pelo superendividamento do idoso.

Essa alteração, torna-se bastante útil, vez que a ideia das modificações trazidas na modernização do CDC, é renovar a proteção máxima ao consumidor dos dias atuais, procurando afastar ao máximo as táticas muitas vezes mascaradas que visam tirar a verdade dos fatos aos contratantes dos serviços.

Os idosos, sem dúvida, são os mais atingidos por práticas enganosas. A atualização do art. 96 do estatuto do idoso, é bem-vinda e visa romper com a continuidade de oferecimento de crédito ao consumidor idoso que já se encontra envolvido em complicadas relações de consumo, advindas de empréstimos e do fácil acesso ao crédito.

De forma bastante acertada, a proeminente atualização do CDC, traz mais dignidade aos consumidores, protegendo seus direitos e sua capacidade de consumo, protegendo-o das possíveis ameaças que possam haver quando das práticas abusivas.

51. Art. 54-B, da PL 3515/2015.

52. Art. 5º, VI, da PL 3515/2015.

53. Art. 54 - C, I, da PL 3515/2015.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, constatou-se neste trabalho, que o superendividamento do consumidor brasileiro, é um problema social existente em nossa sociedade, que tem levado infelizmente os consumidores a experimentarem cada vez mais as mágoas e angústias que este fenômeno pode trazer.

Os maiores desafios, sem dúvida, que é retratado neste fenômeno, ocorre no momento em que o superendividamento atinge pessoas que são consideradas mais vulneráveis ou hipervulneráveis, como é o caso das pessoas idosas, que são consumidores que em grande maioria agem com boa-fé, obtendo o direito a uma maior tutela jurídica.

O texto constitucional, em seu art.5º, XXXII, decretou que é dever do Estado trazer a devida proteção ao consumidor, sendo este considerado um direito fundamental ditado na carta maior.

Além do mais, no ano de 1990, foi sancionada a lei 8.078, que ampliou a proteção ao consumidor, estabelecendo normas que regulamentam as práticas de consumo, como forma a disciplinar as relações de consumo e responsabilizar todos aqueles que se utilizam de práticas abusivas, como meio de enganar o consumidor, que é impreterivelmente, a parte mais frágil nas relações consumeristas.

Em primeiro momento, buscou-se trazer a reflexão acerca do grave problema do superendividamento do consumidor, como forma de demonstrar que a fácil concessão do crédito aos consumidores, somado com a falta, de instrução ou mesmo de organizações das questões financeiras, propiciam a essas pessoas o status de superendividadas, fazendo do superendividamento, um assunto de importante temática a ser debatido por todo o corpo social, demonstrando, como nos ensina Claudia Lima Marques⁵⁴, que o crédito e o endividamento das pessoas são como dois lados de uma mesma moeda, proporcionando hora momentos positivos, hora momentos negativos, ao consumidor.

Procurou ser demonstrado, que os princípios nas quais são estabelecidos no Direito como um todo e sobretudo na seara do Direito do Consumidor, é fatal para estabelecer a proteção e a relevância das normas constitucionais que regem o Estado brasileiro, defendendo os direitos fundamentais e sociais básicos dos cidadãos, buscando sempre manter o rígido respeito ao ser humano e a sua dignidade.

Posteriormente, observou-se que as práticas abusivas realizadas por parte dos fornecedores de serviços, seja por meios televisivos ou até mesmo por contato

54. MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 14.

telefônico, prejudicam demasiadamente os consumidores idosos que já se encontram mais debilitados, e que por diversas vezes se esbarram na necessidade de diversos tipos de auxílios, dentre eles os de medicamentos.

Quanto aos medicamentos, é sabido que o fenômeno do superendividamento trazendo os seus malefícios, torna alguns consumidores dependentes de remédios, como o utilizado para combate a insônia, preocupações, ansiedades, dentre outras crises possíveis.

Buscou-se também, demonstrar que o envelhecimento populacional no Brasil, tem influenciado o superendividamento cada vez mais comum, de pessoas idosas, e que faz com que a situação do superendividamento e o inadimplemento dessas pessoas, torne mais preocupante a referida problemática.

Ademais, enfatizou-se, que visando diminuir o número de superendividados no Brasil, é que vem sendo proposto o projeto de lei 3515/2015, que visa trazer diversos benefícios aos consumidores, entre eles tornar mais rígido o acesso ao crédito que é cedido aos consumidores em geral e aos idosos, que adentraram a situação de superendividados, além de proporcionar, maior rigidez quanto as punições de fornecedores de produtos e serviços, que desobedecem às determinações legais.

Diante disso, conclui-se ser importante que haja a obediência dos preceitos constitucionais, como forma de proporcionar a melhor busca pela preservação dos direitos sociais e fundamentais do consumidor.

Assim, é que faz com que o ordenamento jurídico brasileiro, necessite de uma legislação que cuide melhor dos consumidores que adentram ao status de superendividados, sobretudo os consumidores mais idosos, vez que são consumidores mais vulneráveis, e que constantemente são vítimas de práticas abusivas com o constante oferecimento de crédito a esses consumidores, por parte de instituições financeiras que visam apenas o lucro.

Ademais, o projeto de lei 3515/2015, tem como uma das principais propostas, trazer a obrigatoriedade as instituições financeiras de observarem se o idoso já se encontra em estado de superendividamento, e se estiver, terá que ser negada a concessão do crédito.

Por fim, foi possível observar também, que o problema do superendividamento tem diversos fatores, entre eles, a concessão de crédito facilitado e sem burocracias iniciais, a falta da devida informação ao consumidor de forma transparente e precisa, como meio de trazer ao consumidor entendimento sobre o que está sendo contratado, as formas de publicidade que são agressivas, enganosas e desvantajosas aos consumidores, atingindo principalmente, aqueles consumidores que estão passando pelo sofrimento do superendividamento.

Necessário também, é a necessidade que o atual CDC regularize formas jurídicas específicas à questão do superendividamento, por meios que possibilitem o

consumidor a extinguir a totalidade de suas dívidas e deixe de sustentar o status de superendividado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência IBGE notícias. Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>>. Acesso em: 27 de Ago. de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Caderno de Investigações Científicas - Vol. 1. MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Danilevicz. Prevenção e Tratamento do Superendividamento. Brasília. Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 de jul. 2019.

BRASIL. Estatuto do Idoso, Lei N 10.741/2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 24 set. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 3.515/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1408277&filename=PL+3515/2015>. Acesso em 27 de set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça - STJ. Recurso Especial: Resp. 586.316/MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 17.04.2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 14 de Ago. 2019.

CASEMIRO Luciana e DUTRA Bruno. Idosos sofrem mais com superendividamento. O Globo, 2018, Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/idosos-sofrem-mais-com-superendividamento-22853164>> Acesso em: 03 de jul. de 2019.

CAVALLAZZI, R L.; DOLL, J. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos.

Revista de Direito do Consumidor, RDC vol. 107, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/RDCons_n.107.11.PDF>. Acesso em: 27 de Ago. de 2019.

CNC - Confederação Nacional do Comercio de Bens, Serviços e Turismo. “Endividamento dos brasileiros é tema de audiência na Câmara dos Deputados”. Disponível em: <<http://www.cnc.org.br/editorias/sistema-comercio/noticias/endividamento-dos-brasileiros-e-tema-de-audiencia-na-camara-dos>>. Acesso: 23 de Set 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Perfil do consumidor superendividado e a atuação da Defensoria Pública na renegociação da dívida. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/b7ca8cbd43c24d7f8aa1f8e8483026e.pdf>>. Acesso em 12 jul. 2019.

ESTADÃO. Dívidas geram estresse e dezenas de doenças crônicas. Estadão, 2008. Disponível em: < <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,dividas-geram-estresse-e-dezenas-de-doencas-cronicas,186574>> Acesso em: 6 de jul. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo código civil brasileiro e da constituição federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Nota Prévia.

HENNIGEN, Inês. Superendividamento dos consumidores: uma abordagem a partir da Psicologia Social. Rev. Mal-Estar Subj., Fortaleza, v. 10, n. 4, dez. 2010. Disponível em < http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482010000400006>. Acesso em 18 jul. 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 4.^a ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima e CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 8^o Ed.rev. atual. e amp. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MARQUES, Maria Manuel Leitão et al. O endividamento dos consumidores. Lisboa, Almedina, 2000.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Comentários ao Estatuto do Idoso. São Paulo: LTr, 2004. p. 20-21. Disponível em: < <http://www.ltr.com.br/loja/folheie/4539.pdf> >. Acesso em 24 de Ago. 2019.

MORA, Mônica. A Evolução do Crédito no Brasil entre 2003 e 2010. Rio de Janeiro: IPEA, 2015.

Organização das Nações Unidas - ONU. Mundo terá 2 bilhões de idosos em 2050; OMS diz que 'envelhecer bem deve ser prioridade global'. Nações Unidas Brasil, 2014. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/mundo-tera-2-bilhoes-de-idosos-em-2050-oms-diz-que-envelhecer-bem-deve-ser-prioridade-global/>>. Acesso em: 19 de Ago. 2019.

PAULANI, Leda Maria. Brasil Delivery: A Política Econômica do Governo Lula. Revista de Economia Política, vol. 23, 2003.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. Revista Boni Juris, Curitiba, v. 16, n. 485, 2004.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. Superendividamento e consumo responsável de crédito. Brasília: TJDFT, 2018.

TJDFT. CEJUSC/Super. 4 anos ajudando superendividados a lidarem com seu dinheiro. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/janeiro/cejusc-super-4-anos-ajudando-superendividados-a-lidarem-com-seu-dinheiro>>. Acesso em: 16 de set. 2019.

TJDFT. CEJUSC/Super. Superendividados. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/destaques/superendividados-4>>. Acesso em: 16 de set. 2019.

TJDFT. CEJUSC/Super. Programa de prevenção e de tratamento aos consumidores superendividados no TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/cidadao/superendividados/PPTSTJDFTumaprticaconsolidada_pginasespelhadas.pdf>. Acesso em: 16 de set. 2019.

UOL Notícias. Em dez anos, diminui o número de crianças e aumenta o de idosos no Brasil. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/04/29/populacao-adulta-foi-a-que-mais-cresceu-na-ultima-decada.htm>. Acesso em: 08 de jul. de 2019.

VILAS BOAS, Marcos Antônio. Estatuto do Idoso Comentado. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



VOLTAR AO
SUMÁRIO

ENCARCERAMENTO EM MASSA DE MULHERES NO BRASIL. ASPECTOS ÉTNICO-RACIAIS E DE GÊNERO.

Mário Hermes da Costa e Silva. ¹

RESUMO

O presente artigo científico apresentará dados estatísticos que englobam a população carcerária feminina quanto ao número de filhos, tipos criminais, dados educacionais, trabalho prisional e cor. Fatores socioeconômicos serão abordados como um componente do aumento da criminalidade feminina, bem como a falta de políticas públicas eficazes no sistema de segurança pública nacional, que produz encarceramento sem uma ressocialização eficaz das mulheres que acabam por reincidirem na prática criminosa

Palavras-Chaves: Encarceramento. Mulheres. Criminalidade. Políticas Públicas.

ABSTRACT

This scientific article presents statistical data that includes the female prison population as to the number of children, criminal types, educational data, prison work and color. Socioeconomic factors must address as a component of rising female crime, as well as the lack of prohibited public policies in the national public security system, which produces incarceration without effective resocialization of women who eventually recur in criminal practice.

Key Words: Incarceration. Women. Crime. Public Policy.

¹ Mário Hermes da Costa e Silva. Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário do Distrito Federal-UDF

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico apresentará dados estatísticos que englobam a população carcerária feminina quanto ao número de filhos, tipos criminais, dados educacionais, trabalho prisional e cor. Fatores socioeconômicos serão abordados como um componente do aumento da criminalidade feminina, bem como a falta de políticas públicas eficazes no sistema de segurança pública nacional, que produz encarceramento sem uma ressocialização eficaz das mulheres que acabam por reincidirem na prática criminosa.

O encarceramento em massa de mulheres no Brasil é fato notório conforme pesquisas realizadas pelo Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça e pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE. Dados coletados entre 2000 e 2016, demonstram que as prisões das mulheres aumentaram significativamente nesse espaço de tempo em proporções bem maiores que o encarceramento masculino.

Tal situação deve ser analisada à luz do Direito e da Estatística. Entretanto, a análise abordará dados sociais que demonstram que a pobreza ainda é um fator muito importante no aumento da criminalidade feminina.

CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Trata-se a criminologia crítica de um grupo de idéias não-homogêneas, mas que, em comum, têm o rompimento com o paradigma criminológico dominante.²

Para os estudos críticos, no conflito social, está a afirmação pelo poder político-econômico, absoluto e inatingível por parcelas marginalizadas da sociedade. O crime é o produto histórico e patológico dessa confrontação de classes antagônicas, em que uma se sobrepõe e explora as outras, determinando os interesses da seleção dos fatos socialmente desviados.

Pensou-se no desenvolvimento de uma criminologia que colocasse a questão criminal e a reação social em uma perspectiva histórico-analítica. Reconheceu-se a necessidade da verificação de uma economia política do crime, em uma macrosociologia alternativa à microsociologia, seja conflitual ou interacionista, que pensava o fenômeno até o momento. Houve uma teoria materialista do desvio e da criminalização.

Os processos envolvidos no fenômeno criminal estão unidos, em última análise, com a base material do capitalismo contemporâneo e suas estruturas legais. As condições econômicas são determinantes das mudanças normativas perante o Poder

² https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/332/criminologia%20critica_Lopes.pdf?sequence=1. Página 7. Acesso em 20 de outubro de 2019.

Legislativo.

Logo, segundo o posicionamento doutrinário da Criminologia Crítica, o direito penal está a serviço da parcela social detentora de poder político-econômico. A justiça penal é tão-somente administradora da criminalidade, não dispendo de meios de reduzir ou mesmo extinguir esta, apenas funcionando como selecionadora de sua clientela habitual nas classes trabalhadoras de baixa renda. O crime é um subproduto final do processo de criação e aplicação das leis, orientadas ideologicamente às classes dominantes.

A criminologia Crítica afirma que é perceptível uma negação total do mito do direito penal como Direito igual, em que a lei protege todos os cidadãos. Assim, são proposições críticas: o direito penal não defende todos os bens essenciais de todos os cidadãos, a lei não é igual para todos, sendo o status de criminoso distribuído de modo desigual entre as pessoas. O direito penal não é menos desigual que outros ramos do direito, antes, é o direito desigual por excelência³

ENCARCERAMENTO EM MASSA

O encarceramento em massa no Brasil, infelizmente, notório e aparentemente sem solução tem raízes culturais e jurídicas. A autora BORGES, Juliana, em sua obra *O que é: encarceramento em massa?* (Belo Horizonte - MG:Letramento: Justificando, 2018. 144 p.), faz uma análise bastante objetiva sobre o tema:

“Nosso pensamento é condicionado a pensar as prisões como algo inevitável para quaisquer transgressões convencionadas socialmente. Ou seja, a punição já foi naturalizada no imaginário social, diante desta concepção naturalizada indaga-se “as prisões estão sendo espaços de real ressocialização como se propõe?” (p. 30)”

A questão a ser analisada no encarceramento em massa que tem ocorrido no Brasil está diretamente relacionada à pobreza, não apenas financeira, mas educacional. Seguindo essa linha de pensamento, busca-se melhores condições de vida para a população pobre, acesso a saúde, educação, direitos sexuais, moradias dignas e assim lutar pelo desencarceramento. E conseqüentemente haverá diminuição significativa das prisões no Brasil.

³ https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/332/criminologia%20critica_Lopes.pdf?sequence=1. Página 9. Acesso em 20 de outubro de 2019.

DADOS ESTATÍSTICOS

O panorama da população prisional feminina registrada em 30/06/2016, abrange 1.418 unidades prisionais distribuídas entre estabelecimentos penais masculinos, femininos e mistos do sistema penitenciário estadual. As unidades que participaram do levantamento somam 27.029 vagas disponibilizadas para mulheres, o que compõe uma taxa de ocupação de 156,7% e um déficit global de 15.326 vagas, somente entre mulheres. Ao considerarem-se os dados populacionais globais, em junho de 2016, uma taxa de 40,6 mulheres presas no Brasil para cada grupo de 100 mil mulheres.

A taxa de ocupação no sistema prisional brasileiro, em relação às mulheres, é de 156,7%, conforme registrado em junho de 2016, o que significa dizer que em um espaço destinado a 10 mulheres, encontram-se custodiadas 16 mulheres no sistema prisional.

O Brasil encontra-se na quarta posição mundial, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia em relação ao tamanho absoluto de sua população prisional feminina. Em relação à taxa de aprisionamento, que indica o número de mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres, o Brasil figura na terceira posição entre os países que mais encarceram, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da Tailândia.

Em um período de 16 anos, entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou em 455% no Brasil. No mesmo período, a Rússia diminuiu em 2% o encarceramento deste grupo populacional. Em junho de 2016, a população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, quando menos de 6 mil mulheres se encontravam no sistema prisional. No mesmo período, a população prisional masculina cresceu 293%, passando de 169 mil homens encarcerados em 2000 para 665 mil homens em 2016.

Segundo a pesquisa realizada pelo INFOPEN em 2016, 62% da população prisional feminina é composta por mulheres negras. A pesquisa indica uma estimativa de 25.581 mulheres negras em todo o sistema prisional e 15.051 mulheres brancas. Entre a população maior de 18 anos, existem aproximadamente 40 mulheres brancas privadas de liberdade para cada grupo de 100 mil mulheres brancas, e existem 62 mulheres negras na mesma situação para cada grupo de 100 mil mulheres negras, o que expressa a disparidade entre os padrões de encarceramento de mulheres negras e brancas no Brasil.

Cabe destacar que no Brasil 54% da população é negra, na sempre necessária perspectiva de cor que é preciso ser dada em todo e qualquer levantamento e divulgação de dados, é preciso salientar que são as mulheres negras as que ganham o menor salário no nosso país, atrás dos homens negros, das mulheres brancas e dos

homens brancos, exatamente nesta ordem.

Entre esta população feminina, destaca-se a concentração de pessoas solteiras, que representam 62% da população prisional. De acordo com os dados observados entre essa população, podemos afirmar que 1% da população prisional feminina é composta por mulheres com deficiência. A maior parte destas mulheres apresenta deficiência intelectual, seguida pela proporção de pessoas com deficiência física, que somam 30 mulheres em todo o país.

Segundo o INFOPEN, 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos. Os dados referentes aos homens para o mesmo período informam que 53% dos homens que se encontram no sistema prisional declararam não ter filhos.

De modo geral, podemos afirmar que os crimes relacionados ao tráfico de drogas correspondem a 62% das incidências penais pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em 2016, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontram no sistema prisional respondem por crimes ligados ao tráfico.

Entre as mulheres que se encontram em algum tipo de atividade de ensino escolar dentro do sistema prisional, 50% estão em formação no nível do ensino fundamental. No entanto, que 63% da população prisional feminina em atividade laboral não recebe remuneração ou recebe menos que 3/4 do salário mínimo mensal.

De forma resumida, a pesquisa revela que o perfil da mulher é de uma pobre cidadã brasileira, parda/negra em sua maioria, com ensino fundamental incompleto, jovem, com idade entre 18 e 25 anos, solteira, presa por uso e tráfico de drogas (maior incidência criminal), condenada a uma pena de 5 a 10 anos de prisão, em regime fechado.

A Professora Doutora Cristina Zackseski (O funcionamento do sistema penal brasileiro diante da criminalidade feminina.2018), afirma que ao indagar aos gestores da Penitenciária Feminina de Brasília sobre quais poderiam ser as razões para tão expressiva participação de cidadãs presas por ofensa à Lei de Drogas, a resposta eles foi surpreendente, no sentido de que a maioria das detentas que respondem por infrações penais relativas às Leis 6.368/76 (antiga Lei de Drogas, artigos 12 e 16); e 11.343/06 (nova Lei de Drogas, artigos 28 e 33), diz respeito às mulheres, companheiras, namoradas que foram surpreendidas levando ou tentando levar drogas para seus parceiros presos em outras unidades prisionais do Distrito Federal.

Diante dos quadros estatísticos, esta circunstância evidencia que a maior parte das mulheres encarceradas, praticam uma conduta tipificada como crime na Lei 11.343/2006, em função, muitas vezes, do desconhecimento dos riscos que correm ao decidirem por questões afetivas, por necessidade financeira, para si e para seus filhos; por medo; coação moral. Em suma, por fatores sócio culturais transportar drogas para dentro dos presídios tem sido um dos principais motivos das prisões femininas.

Eis uma triste realidade nacional, amparada por dados oficiais estatísticos

que comprovam o encarceramento em massa no Brasil, notadamente da população feminina, a qual aumentou mais que o dobro do encarceramento masculino entre o ano 2000 e 2016. As raízes do aumento expressivo do encarceramento feminino, tem maior vinculação às questões socioeconômicas.

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O Conselho Nacional de Justiça⁴ apresentou dados que em 2018, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de casos novos criminais, sendo 1,6 milhão (60%) na fase de conhecimento de 1º grau, 343,3 mil (12,8%) na fase de execução de 1º grau, 18,6 mil (0,7%) nas turmas recursais, 604,8 mil (22,6%) no 2º grau e 103,9 mil (3,9%) nos Tribunais Superiores. A Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 69,8% da demanda, na área criminal essa representatividade aumenta para 91,3%.

Os processos referentes às execuções judiciais criminais privativas de liberdade baixados no ano de 2018 possuem tempo médio de baixa de 4 anos e 2 meses na Justiça Estadual e de 1 ano e 5 meses na Justiça Federal .

Esses prazos são maiores que a média até a baixa do processo na fase de conhecimento, ou seja, até o início da execução penal ou até a remessa do processo em grau de recurso para o 2º grau, que foi de 3 anos e 10 meses na Justiça Estadual e de 2 anos e 3 meses na Justiça Federal.

Segundo as estatísticas disponíveis, Minas Gerais tem a segunda maior população prisional do País, com cerca de 60 mil presos. O Estado só tem menos presos que São Paulo, com uma população estimada de 170 mil detidos. No entanto, em proporção ao tamanho da população, os Estados que dispõem das taxas mais elevadas no país são Mato Grosso do Sul e Acre, enquanto os que possuem o menor número de presos em relação à sua população total são Bahia e Alagoas — levando em consideração que em relação à São Paulo e Rio Grande do Sul os dados ainda não estão completos.

O número de brasileiros detidos no exterior aumentou 18% no período de um ano, segundo o que revelam dados do Ministério das Relações Exteriores⁵ Segundo o levantamento, os brasileiros privados de liberdade em outros países era de 3.025 ao final de 2017. Em dezembro de 2018, a cifra havia saltado para 3.579.

De acordo com a pasta, 1.808 desses brasileiros eram presidiários já em cumprimento de pena. Outros 1.045 aguardavam julgamento. Os 726 restantes respondiam por problemas de imigração ou se encontravam em processo de deportação.

⁴ https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em 20 de outubro de 2019.

⁵ www.itamaraty.gov.br. Acesso em 20 de outubro de 2019

Negras, jovens, mães, solteiras e milhares. Atrás das celas do sistema penitenciário brasileiro estão 42.355 mulheres — 656% a mais em relação ao total registrado no início dos anos 2000, de aproximadamente 6 mil. Quarto país que mais prende no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia, o Brasil tem penitenciárias superlotadas, onde 45% da população carcerária sequer foi julgada. A falta de políticas públicas ameaça o sistema em que as mulheres continuam longe de casa sem prover o sustento e a educação dos filhos. Entre os crimes cometidos, o mais comum ainda é de um mercado ilegal paralelo: o tráfico de drogas.

Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias reunidos até junho de 2016, em relação à taxa de aprisionamento de mulheres por 100 mil habitantes, o país deixa de ser o quarto e passa para o terceiro lugar — atrás apenas dos Estados Unidos e da Tailândia, com 40,6. O índice de ocupação, por sua vez, reflete um sistema sem estrutura para manter prisioneiras, com 156,7%. Do total de mulheres presas, ao menos 45% delas aguardam para serem julgadas — um descontrole estrutural por parte do Estado e do Judiciário. Nas carcerárias masculinas, até o mesmo período, havia 726.712 presos — com 97,4% de superlotação, quase dois presos por vaga.⁶

Analisando este quadro real é de se perguntar se estamos diante de um problema de política pública ou de postura pública. Dúvidas não há de que o problema do consumo de drogas é um dos mais complexos fenômenos sociais da sociedade moderna. Portanto, uma relevante questão de política pública à qual os governos, ainda que estejam perdendo esta luta, tem dedicado razoável esforço nacional e internacional, mas sem a devida organização e comprometimento que o tema merece.

Pode-se concluir que uma forte campanha de esclarecimento, com palestras, nos dias de visitas, com oferecimento de oportunidade para que estas mulheres retornassem para suas casas sem cumprir seu intento, possivelmente, reduziria este contingente.

Apesar de a Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) tratar de modo detalhado e bastante claro sobre a importância do trabalho e estudo para a ressocialização da população carcerária, infelizmente, não há empenho público, sistematizado e organizado como prioridade nacional para a ressocialização da população feminina encarcerada. Qual será o destino de uma mulher pobre, negra/branca, com filho(s), solteira e conseqüentemente sem apoio familiar, ao cumprir sua pena? A reincidência será o caminho de volta para o presídio.

⁶ <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/06/11/interna-brasil,687581/quantas-mulheres-estao-presas-no-brasil.shtml>. Acesso em 20 de outubro de 2019

CONCLUSÃO

Diante dos dados estatísticos apresentados verifica-se que o encarceramento feminino em massa tem razões de ordem socioeconômica, que envolvem a triste realidade que a falta de uma educação formal e consequente falta de qualificação como mão de obra, os quais levam ao desemprego ou subemprego.

Em um país onde a pobreza é grande, o exercício da cidadania não é possível para as classes sociais menos favorecidas economicamente. A falta de emprego, de formação educacional leva ao crime na maioria das vezes. É uma relação de causa e efeito. Um ciclo de inexorável realidade.

A mulher estigmatizada como subalterna ao homem, tem este papel intensificado no meio mais pobre da população nacional. A mulher no século XXI tem que enfrentar jornada de trabalho em casa e na profissão. Ganha menos e sofre preconceitos de natureza sexual. Tem filhos para criar, educar. No meio socioeconômico mais pobre, maior a exigência sobre a mulher. Obviamente, diante de tanta pressão social, adentrará no mundo do crime e conforme as pesquisas mencionadas, na maior parte das vezes para conseguir sustentar a si e seus filhos.

Não há caminho de recuperação para as mulheres encarceradas, salvo a atuação pública e privada na base da formação da cidadania que é a educação, para assim evitar ou pelo menos reduzir a reincidência criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. ISBN 978-85-67450-14-8.

BACILA, Carlos Roberto. Criminologia e Estigmas: Um Estudo Sobre os Preconceitos. 4ª ed. São Paulo: Gen-Atlas, 2016.

BOTELHO, Octavio da Cunha. A Discriminação da Mulher pelas Religiões. Um Estudo sobre a Magnitude da Culpa Religiosa. São Paulo. Agbook. 2018.

BRASIL. LEVANTAMENTO DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS - INFOPEN, Junho/2016. IBGE, 2016.

BORGES, Juliana. O que é: encarceramento em massa? Belo Horizonte - MG:

Letramento: Justificando, 2018. 144 p.

CERVINI, Raul. Os Processos de Descriminalização. 2a. ed. São Paulo: RT, 2002.

E SILVA, Ester Castro. Mulheres no Cárcere. Revista JusFadiva—on line, 2014, p. 03. Repositório Faculdade de Direito de Varginha. Disponível em: <<http://www.fadiva.edu.br/documentos/jusfadiva/2014/08.pdf>.

<http://www.isp.rj.gov.br/> Acesso em 20 de outubro de 2019.

SAMPAIO DE SOUZA, Monique Elba Marques de Carvalho. As mulheres e o tráfico de drogas: linhas sobre os processos de criminalização das mulheres no Brasil, Brasília, março de 2015. p 48.

<https://www.sap.ce.gov.br/coesp/unidades-prisionais/institutoaurimouracosta>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

ZACKSESKI, Cristina. FERREIRA, Edson. O funcionamento do sistema penal brasileiro diante da criminalidade feminina.2018



VOLTAR AO
SUMÁRIO

ODS 1- ERRADICAR A POBREZA E A APLICABILIDADE DA TEORIA DE JOHN RAWLS

Ms. Regiane Presot^{*}, Prof. Mario Hermes^{**}, Dra. Patricia Lucia Cantuária Marín^{***}, Maria Ádella Santos de Oliveira^{****}, Poliane Tiago Costa Lima^{*****}

RESUMO

Nas últimas décadas, a pobreza extrema foi reduzida significativamente em todo o mundo. O número total de pobres extremos no mundo decresceu em quase 60%, passando de 1,85 bilhões em 1990 para 767 milhões em 2013. O mundo tem hoje mais de um bilhão de pobres a menos do que tinha há duas décadas e meia atrás, apesar da população global ser 36% maior. A Organização das Nações Unidas estabeleceu dezessete objetivos de desenvolvimento sustentável e cento e sessenta e nove metas na Agenda Universal 2030. Como mostra ODS1 da Agenda 2030 da ONU, a pobreza extrema é considerada um problema grave, para o desenvolvimento sustentável, e sua erradicação conta ao menos nas declarações, com o apoio da comunidade internacional. Embora o tema esteja na pauta internacional, trata-se, também de preocupação que deve estar presente na agenda interna de cada país.

Palavras Chaves: Pobreza. Erradicação. Desenvolvimento. ONU. Agenda 2030.

^{1*} Doutoranda pela Universidade de Buenos Aires (UBS); Mestre em Direito das Relações Sociais Trabalhistas (UDF); Especialista em Direito Público (IDP).

^{**} Especialista.

^{***} Doutora em Direito Ambiental Internacional e Direitos Humanos. Mestre em Direito Internacional.

^{****} Graduanda pelo Centro Universitário UDF.

^{*****} Graduanda pelo Centro Universitário UDF.

ABSTRACT

In recent decades, extreme poverty has been significantly reduced worldwide. The total number of extreme poor in the world has fallen by almost 60%, from 1.85 billion in 1990 to 767 million in 2013. The world today has over one billion fewer poor people than it did two and a half decades ago, although the global population is 36% larger. The United Nations has set seventeen sustainable development goals and one hundred and sixty-nine goals in the 2030 Universal Agenda. As shown in UN Agenda 2030 SDG1, extreme poverty is considered a serious problem for sustainable development and its eradication counts, at least in the statements, with the support of the international community. Although the topic is on the international agenda, it is also a concern that should be present in each country's internal agenda.

KEY WORDS: Poverty. Eradication. Development. UN. 2030 Schedule.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a pobreza extrema foi reduzida significativamente em todo o mundo. Um relatório recente do Banco Mundial — o Poverty and Shared Prosperity 2016: Taking on Inequality — mostra que entre 1990 e 2013, a taxa de pobreza extrema, que mede a proporção da população vivendo com renda abaixo da linha internacional de pobreza extrema — US\$1,90 dólar por dia —, foi reduzida em aproximadamente 70%, passando de 35% para 10,7% da população global.²

O número total de pobres extremos no mundo decresceu em quase 60%, passando de 1,85 bilhões em 1990 para 767 milhões em 2013. Ou seja, o mundo tem hoje mais de um bilhão de pobres a menos do que tinha há duas décadas e meia atrás, apesar da população global ser 36% maior.³

No Brasil, durante o mesmo período, a taxa de pobreza extrema, medida pela linha internacional, caiu ainda mais rapidamente do que no resto do mundo. A queda foi de mais de 76%, passando de 20,6% da população brasileira em 1990, a 4,9% em 2013 e a 3,7% em 2014.⁴ Além disso, o país foi responsável pela metade da queda da pobreza observada na América Latina e Caribe, apesar de contribuir somente com um terço da população da região.

Diversos fatores contribuíram para o sucesso do Brasil na redução da pobreza extrema. A Constituição de 1988 estabeleceu os fundamentos éticos e legais para uma sociedade mais justa e inclusiva. Ela assegurou direitos universais como acesso à educação, saúde e proteção social. Cabe ressaltar também o Programa Criança Feliz que contribui para reduzir a pobreza extrema no Brasil, por meio de políticas públicas voltadas para a infância, no intuito de consolidar o mínimo existencial.

Existem muitos desafios para se vencer até a erradicação plena da pobreza. Esse trabalho mostra como esse problema vem sendo enfrentado pelo Estado brasileiro e a visão teoria do jurista e filósofo John Rawls que defende que o desenvolvimento social pleno é uma participação cosmopolita, solidária é um dever de todos os cidadãos.

2. DESAFIOS PARA ERRADICAÇÃO DA POBREZA

O tema central desse artigo traz em seu bojo as três questões cruciais para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS): pobreza, transformação e

² World Bank Group. Poverty and Shared Prosperity 2016 : Taking on Inequality. Washington, DC: World Bank, 2016. Disponível em < <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/25078> >. Data de acesso, 13 de setembro de 2019.

³ Idem.

⁴ Brasil Debate. O Brasil em Perspectiva. Disponível em < <http://brasildebate.com.br/a-pobreza-em-perspectiva/> >. Acesso em 13 de julho de 2019.

prosperidade. Sobre a pobreza, a Agenda 2030 destaca que sua erradicação, em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável.

Acabar com a pobreza é uma aspiração que está contida nos objetivos da Organização das Nações Unidas (ONU) desde sua criação, em 1945. O Preâmbulo da Carta das Nações Unidas traz a determinação de “promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla” e de “empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos”.⁵

A pobreza multidimensional, conforme considerada nos ODS, dialoga fortemente com os princípios orientadores dos direitos humanos que engloba não apenas a falta de renda, mas também as capacidades básicas para viver com dignidade.

É assim que o objetivo de erradicar a pobreza representa uma oportunidade para repensar a relação da pobreza, em suas múltiplas dimensões, com o atual modelo global de desenvolvimento, que exclui, da possibilidade de ter qualidade de vida e prosperar, milhões de pessoas e inúmeras nações em desenvolvimento. (CRESP0, 2002)

Os sucessos verificados no Brasil nos últimos anos, no entanto, não devem ofuscar o imperativo de o país olhar para frente e acelerar o processo de inclusão social em curso. Para além dos desafios de curto prazo, há inúmeros outros de média e longa duração, seja no que diz respeito à manutenção e ao fortalecimento dos avanços recentes, seja quanto a novas conquistas.

O compromisso firmado com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas cumpre o papel fundamental de institucionalizar uma agenda de médio prazo que articula déficits sociais já reconhecidos, mas ainda não solucionados, a novas questões que se impõem de forma cada vez mais inequívoca.

Uma das metas do ODS-1 foca na erradicação da pobreza monetária medida pela linha de US\$ 1,25 internacionais por dia. Em 2014, com a adoção de programas sociais, como o Bolsa Família e Brasil Sem Miséria, o Brasil conseguiu cumprir essa meta e sair do Mapa da Fome,⁶ que mostra os países onde mais de 5% da população ingere uma quantidade diária de calorias inferior ao recomendado. Se o desempenho do país das últimas décadas for mantido, a meta pode ser cumprida antes do prazo final, ressaltando-se sempre que “erradicação” significa a redução da pobreza extrema a níveis residuais, próximos, mas não idênticos, a zero, em função de limitações na coleta de informações e da própria complexidade da vida social.⁷

⁵ ONU. Carta das Nações Unidas, 1945. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm> Acesso em 13 de setembro de 2019.

⁶ Desde 1990, a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) elabora o Mapa da Fome no mundo, que têm por finalidade indicar os países que mais de 5% da população ingere uma quantidade diária de calorias inferior ao recomendado.

⁷ Nexo. Como o Brasil Saiu do Mapa da Prova e Por que Ele Pode Voltar. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/07/23/Como-o-Brasil-saiu-do-Mapa-da-Fome.-E-por-que-ele-pode-voltar>>. Acesso em 27 de julho de 2019.

Contudo, o Banco Mundial observou que:

O Brasil passou por um período de progresso econômico e social entre 2003 e 2014, quando mais de 29 milhões de pessoas deixaram a pobreza e a desigualdade diminuiu significativamente. Desde 2015, no entanto, o ritmo de redução da pobreza e da desigualdade parece ter estagnado.⁸

Assim, embora o declínio da pobreza extrema global continua, seu ritmo diminuiu.

A desaceleração indica que o mundo não está no caminho de alcançar a meta de menos de 3% do mundo que vive em extrema pobreza até 2030. As projeções da linha de base sugerem que 6% da população mundial ainda estará vivendo em extrema pobreza em 2030, errando o objetivo de acabar com a pobreza.⁹

Existem na Agenda 2030, incentivos para que, além do compromisso geral de erradicação da pobreza extrema, os países não apenas se limitem a promover o aumento da renda monetária dos mais pobres, mas também procurem superar todas as demais privações decorrentes da pobreza. O principal desafio para o Brasil e, também, para outros países em condições similares reside, justamente, no fato que a resolução do ODS-1 é multidimensional.¹⁰

Um dos principais problemas a ser vencido no Brasil é o combate à corrupção.

A corrupção é uma causa e uma barreira para a erradicação bem-sucedida da pobreza. [...] No setor público, a corrupção atrasa e estorva o crescimento econômico e intensifica a pobreza. [...]. O combate à corrupção é, portanto, uma parte crucial do processo de redução da pobreza.¹¹ (Tradução livre)

O desvio ilegal de recursos públicos, impede que possa ser usado produtivamente visando o engrandecimento do país. Aquela prática desonesta institui uma barreira ao crescimento econômico e ao progresso nacional.

A corrupção é um problema grave para a sociedade e dificulta ao pobre viver em condições dignas com bens e serviços públicos de qualidade. Sodré e Ramos argumentam que “o mau funcionamento de instituições governamentais é um grande obstáculo ao investimento, empreendedorismo e inovação.”¹²

⁸ Banco Mundial. The World Bank in Brazil. Publicado dia 8 de abril de 2019. Disponível em: < <https://www.worldbank.org/en/country/brazil/overview> > . Acesso em 19 de setembro de 2019.

⁹ ONU. Knowledge Platform. Sustainable Development Goal. Disponível em < <https://sustainabledevelopment.un.org/sdg1> > . Acesso em 13 de setembro de 2019.

¹⁰ Nações Unidas no Brasil. Documentos Temáticos. Disponível em < <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/ODS/Documentos%20Tem%a1ticos%20-%20ODS%206,%20ODS%207,%20ODS%2011,%20ODS%2012%20e%20ODS%2015.pdf> > Acesso 17 de setembro de 2019.

¹¹ Vahideh, Negin; Zakariah, Abd; Rashid and Hesam, Nikopour. A relação causal entre corrupção e pobreza: Uma análise de dados do painel. Disponível em < https://mpr.ub.uni-muenchen.de/24871/1/MPRA_paper_24871.pdf > Acesso 17 de setembro de 2019.

¹² Sodré F. e Ramos F. Corrupção e Pobreza: Evidências a Partir do Programa de Fiscalização Por Sorteios Públicos da CGU. Publicado 21 de julho de 2018. < Disponível em https://www.anpec.org.br/encontro/2018/submissao/files_l/i12-6f020d3db-4b7abd937ffbd2b98f8e58.pdf > Acesso em 17 de setembro de 2019.

Essa é uma das causas que “apesar de ser a sexta maior economia do mundo, o Brasil encontra-se entre os países com maior nível de desigualdade de renda, baixo índice de desenvolvimento humano e elevados níveis de pobreza.”¹³ De acordo com o IPEA, em 2018, o país possuía cerca de 26,8 milhões de pobres e ocupava 13a posição no ranking mundial de desigualdade.¹⁴

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2018, cerca de 2804 ações de crimes de corrupção, improbidade administrativa e lavagem de dinheiro tramitavam nos tribunais federais. Nos tribunais estaduais eram cerca de 10104 ações.¹⁵

Além disso, segundo a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), o custo da corrupção no Brasil fica entre 1,38% e 2,3% do PIB. Ou seja, apenas em 2010, a corrupção causou uma perda de recursos entre R\$ 50,8 bilhões e R\$ 84,5 bilhões.¹⁶

Apesar dos avanços já vivenciados, o Brasil ainda possui uma grande parcela da população situada abaixo da linha de pobreza estipulada pelas Nações Unidas. De acordo com o Banco Mundial, “houve um aumento da pobreza monetária de aproximadamente 3 pontos percentuais entre 2014 e 2017”.¹⁷

Práticas de corrupção colocam em dúvida a credibilidade das instituições, “destrói gradativamente a confiança no governo e mina o contrato social. [...] A corrupção alimenta e perpetua as desigualdades e o descontentamento que levam à fragilidade, extremismo violento e conflito.”¹⁸

De acordo com Grupo Banco Mundial a corrupção é

grande desafio para os objetivos conjugados de acabar com a pobreza extrema até 2030 e aumentar a prosperidade compartilhada para os 40% mais pobres das pessoas nos países em desenvolvimento. A corrupção tem um impacto desproporcional sobre os pobres e mais vulneráveis, aumentando os custos e reduzindo o acesso aos serviços, incluindo saúde, educação e justiça.¹⁹ (Tradução livre.) (Grifo nosso)

¹³ Sodré, Flavius. Os impactos da corrupção no desenvolvimento humano, desigualdade de renda e pobreza dos municípios brasileiros. Recife, 2014. Disponível em <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/12549/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Flavius%20Raymundo%20Arruda%20Sodre.pdf>> Acesso em 17 de setembro de 2019.

¹⁴ IPEA. Erradicando a Pobreza e Promovendo a Prosperidade em um Mundo em Mudança: Subsídios ao acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. 2018. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180308_ODS_erradicacao_da_pobreza.pdf> Acesso em 3 de setembro de 2019.

¹⁵ Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2018. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso 3 de setembro de 2019.

¹⁶ FIESP. Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. Março, 2010. Disponível em <<https://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/attachment/custo-economico-da-corrupcao-final/>>. Acesso em 3 de setembro, 2019.

¹⁷ Banco Mundial. Effects of the Business Cycle on Social Indicators in Latin America and the Caribbean : When Dreams Meet Reality. Publicado 4 de abril, 2019. Disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/31483>>. Acesso em 19 de setembro, 2019.

¹⁸ Banco Mundial. Combating Corruption. Publicado 4 de outubro de 2018. Disponível em <<https://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption>> Acesso em 19 de setembro, 2019.

¹⁹ Idem

Tolher os direitos à saúde, à justiça e à educação é violar direitos humanos, todos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos,²⁰ de 1948. O direito à educação, em particular, e tem o poder de quebrar o ciclo da pobreza, pois é o caminho da formação humana e da profissionalização.

Iniciar a boa formação humana, desde o berço, é o foco do programa social “Criança Feliz”, do governo brasileiro, realizado em todos os níveis, federal, estadual e municipal.

3. PROGRAMA PARA ERRADICAÇÃO DA POBREZA - CRIANÇA FELIZ

Criado em 2016, por meio do Decreto nº 8.869, de 5 de outubro de 2016, que foi revogado pelo Decreto nº 9.579, de 22 de novembro de 2018, e incluído na Política Nacional de Assistência Social, o Programa Criança Feliz (PCF) visa promover o desenvolvimento integral das crianças na primeira infância (0 a 6 anos), considerando seu contexto familiar. Nesse sentido, o PCF atende gestantes, crianças de até seis anos de idade, bem como suas famílias, priorizando atender, de acordo com o art. 98 do mesmo Decreto, os seguintes grupos:

- a) gestantes, crianças de até três anos e suas famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família;
- b) crianças de até seis anos e suas famílias beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada (BPC); e
- c) crianças de até seis anos afastadas do convívio familiar em razão da aplicação de medida de proteção prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e suas famílias.

O Programa é desenvolvido por meio de visitas nos domicílios, buscando envolver ações de saúde, educação, assistência social, cultura e direitos humanos, além de facilitar o acesso da gestante, das crianças na primeira infância e suas famílias às políticas e aos serviços públicos que necessitam.²¹

Destaque-se que esse programa tem também o papel de reforçar a implementação do Marco Legal da Infância, Lei 13.257/2016, de 08 de março de 2016, que ressalta

²⁰ O Artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que “Todo ser humano tem direito à educação. [...] A educação será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana.”

²¹ Brasil, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. Criança Feliz promove integração de setores de governo para atender à primeira infância. Disponível em <<http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2019/setembro/crianca-feliz-promove-integracao-de-setores-de-governo-para-atender-a-primeira-infancia>> Acesso em 20 de setembro, 2019.

a necessidade de integração entre a União, os Estados, os Municípios, as famílias e a sociedade, no sentido de promover e defender os direitos das crianças, ampliando as políticas que promovam o desenvolvimento integral dessas.

Um dos pontos de destaque do programa em tela se encontra no fato de que embora tenha sido intitulado como “Criança Feliz”, busca o envolvimento de todo o polo familiar, englobando ações de saúde, educação, assistência social, cultura e direitos humanos. Diante disso, é possível perceber sua interligação com os ODS, uma vez que traz à tona o cunho multidisciplinar dos objetivos levantados pela Agenda 2030.

Osmar Terra, Ministro da Cidadania do atual governo, ressalta: “o que vai resolver a diminuição da pobreza no Brasil é o desenvolvimento econômico, principalmente a educação. E esse programa é básico para a educação, para impulsionar o processo educacional”.²² A ONU, em agosto do corrente ano, anunciou que vai doar 7 milhões ao “Criança Esperança”.²³

O investimento na educação da criança e do adolescente é de grande relevância para sua formação social e acadêmica, pois gera a base de construção de seu futuro e, possivelmente, levando o infante a se tornar um profissional apto ao mercado de trabalho, sendo capaz de trabalhar e manter-se fora dos níveis de pobreza extrema.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 prevê que é um **dever compartilhado** da família, da sociedade e do Estado que a criança e o jovem sejam bem cuidados e bem formados.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É fulcral que essa missão compartilhada, de promover a dignidade e formar da geração vindoura, seja vista não só como um dever a ser cumprido responsabilmente por todos. É igualmente importante que seja reconhecida como a base sólida, em prol da organização da prosperidade social. O esforço investido em prol do bom desenvolvimento e fortalecimento da família, célula mater da sociedade, promove o ambiente propício para a ordem, desenvolvimento humano-econômico e progresso da comunidade em geral.

²² Idem.

²³ Brasil, Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. ONU vai investir R\$ 7 milhões no Criança Feliz. Publicado em 26 de agosto, 2019. Disponível em < <http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2019/agosto/onu-vai-investir-r-7-milhoes-no-crianca-feliz>>. Acesso em 20 de setembro, 2019.

A Constituição Federal de 1988 foi afortunada em adotar como fundamentos a dignidade da pessoa humana e a estruturação do país. Essa combinação se assemelha a proposta de John Rawls que defendia que a cooperação mútua, ancorada nos princípios ligados aos valores de justiça, como equidade, é a premissa básica para uma sociedade bem-organizada.

4. DEVER DE ASSISTÊNCIA COSMOPOLITA NO COMBATE À POBREZA: DIÁLOGO COM JOHN RAWLS

Na dimensão teórica, as causas que devem ser combatidas para alcançar o objetivo proposto pela ONU, passa pela reflexão do problema da pobreza, que pode versar exclusivamente como um problema cuja causas são internas a cada país (assistência cosmopolita débil), ou, pode versar como um problema cuja causas são tanto internas como externas, nesse caso, a ordem internacional tem responsabilidades no combate à pobreza extrema, especialmente, os países ricos (assistência cosmopolita forte).

De acordo com o primeiro ponto de vista, o dever dos países ricos em relação aos países pobres, é um dever de assistência débil, já que a ordem internacional não é responsável pela pobreza nesses países pobres. Assim, nessa visão, a pobreza se relaciona exclusivamente com problemas institucionais domésticos.

O segundo ponto de vista, apresenta o dever dos países ricos em relação aos países pobres, como um dever de justiça, porque o problema da pobreza se relaciona com causas institucionais tanto domésticas como globais. O dever de justiça (assistência forte) impõe à comunidade internacional a responsabilidades para ajudar a promover as reformas necessárias para que todas as pessoas alcancem os objetivos estabelecidos pelos Direitos Humanos.

O dever de cooperação entre os países é tratado nas obras de Rawls como o Dever de Assistência, que sob a ótica do cosmopolitismo débil ou forte se diferem especialmente porque o dever de assistência forte requer um princípio de justiça global distributivo. De acordo com Freeman²⁴ é possível compreender Rawls como um cosmopolita forte, nas palavras de Freeman:

O dever de assistência de Rawls não é (como seus críticos afirmam) um dever de caridade. Mas sim um dever de justiça que os povos bem organizados devem as sociedades menos favorecidas que vivem em circunstâncias desfavoráveis. O dever de assistência é um dever de justiça como o dever doméstico de economizar para as gerações futuras. [...] Como o princípio do desenvolvimento, o dever de assistência também deveria ter como objetivo 'assegurar um mundo que, possivelmente, haja uma vida valiosa para todos'. (tradução nossa)

²⁴ FREEMAN, SAMUEL. Rawls. *Pennsylvania: Routledge 2007; Capítulo 10.*

Nesse sentido a assistência internacional é um dever de justiça como a obrigação doméstica de preservar os recursos para as gerações futuras. Assim, como o princípio do desenvolvimento, o dever de assistência também deve ter como objetivo assegurar um mundo que, promova uma vida valiosa para todos, alcançada pela eliminação da pobreza.

Desta maneira, Rawls parece dar importância a satisfação das necessidades básicas ao redor do mundo, dentre as quais, destaca-se a exigência de justiça distributiva dentro de uma visão cosmopolita.

Embora essa leitura de Rawls como um cosmopolita “forte” seja plausível, não é a mais aceita. A mais considerada é a leitura de Rawls como um cosmopolita “fraco”, sob o argumento de que Rawls recusava qualquer tipo de princípio global de distribuição.

Em 1971, John Rawls publicou Uma Teoria da Justiça²⁵, orientado a responder a pergunta sobre quando podemos dizer que, uma ordem institucional doméstica funciona de modo justo²⁶. Em resposta a essa pergunta, elabora os princípios de justiça doméstica²⁷.

Quase 30 anos depois em sua obra, orientado a responder à pergunta sobre quando podemos dizer que uma ordem institucional internacional é justa, John Rawls estabelece oito princípios de justiça internacional²⁸. Destaca-se, o oitavo princípio “Os povos têm o dever de assistir a outros povos que vivem sob condições desfavoráveis que os impedem ter um regime político e social justo ou decente”.

De acordo com Rawls, estes princípios são adotados por todos os povos desenvolvidos. O nome de “povos desenvolvidos” faz referência aos países que estão orientados a “promover o bem a seus membros”²⁹ e engloba tanto os povos liberais razoáveis como os povos hierárquicos decentes, esses possuem uma “hierarquia consultiva decente” sem chegar a ser totalmente democrático ou justos³⁰.

A primeira pergunta que podemos fazer é a seguinte: quais são estas sociedades menos favorecidas a quais os povos desenvolvidos têm o dever de assistir? Rawls disse: “As sociedades menos favorecidas se caracterizam porque não são agressivas

²⁵ RAWLS, John (1995). Teoría de la justicia, Fondo de Cultura Económica. México: FCE, 1995.

²⁶ GARGARELLA, Roberto, Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política. Barcelona: Paidós 1999; pág. 21.

²⁷ Rawls, Op. Cit. Nota 25; Capítulo II.

²⁸ Os sete primeiros princípios são os seguintes: “1. Os povos são livres e independentes, e sua liberdade e independência devem ser respeitadas pelos outros povos. 2. Os povos devem cumprir os tratados e convênios. 3. Os povos são iguais e devem ser partes nos acordos que os vinculam. 4. Os povos tem um dever de não intervenção. 5. Os povos têm direito de autodefesa, mas não o direito de declarar a guerra por razões distintas a autodefesa. 6. Os povos devem respeitar os direitos humanos. 7. Os povos devem observar certas limitações específicas na condução da guerra”. 8. Os povos têm o dever de assistir a outros povos que vivem sob condições desfavoráveis que os impedem ter um regime político e social justo ou decente. Rawls, John (2001), pág 50.

²⁹ Gargarella, Op.Cit. Nota 26; pág. 35.

³⁰ Rawls, Op. Cit. Nota 25; págs. 14-15.

nem expansivas e demandam capital humano, tecnologias e os recursos necessários para promoverem desenvolvimento interno”³¹.

A segunda pergunta é: quais critérios devemos ter em conta no momento de cumprir com o dever de assistência? Rawls menciona três critérios.

Em primeiro lugar, devemos ter em conta que uma sociedade não necessita ser rica para ser bem organizada. O objetivo do dever de assistência é ajudar as sociedades menos favorecidas a se converterem em bem organizadas, isto é, ajudá-las a alcançar e conservar instituições justas ou decentes. De nenhum modo, o objetivo é aumentar ou maximizar o nível de riqueza de uma sociedade determinada, mas de ajudar a promover um nível de organização capaz de distribuir os recursos internos de forma equânime, ao ponto de promover desenvolvimento humano para todos os seus membros.

Em segundo lugar, deve-se ter em conta que não há uma “receita simples” que se indique aos povos bem organizados como podem ajudar as sociedades menos favorecidas. Rawls diz: “Acredito que as causas e as formas de riqueza de um povo encontram-se na cultura e nas tradições religiosas, filosóficas e morais que sustentam a estrutura básica de suas instituições políticas e sociais, assim como a destreza e o talento cooperativo de seu povo, fundados todos em suas instituições políticas”³². Há o entendimento, então, que não há uma “receita simples” a qual as sociedades bem ordenadas possam ajudar as sociedades menos favorecidas: porque as causas da pobreza são internas e estão associadas a cultura e as tradições de uma sociedade determinada.

Apesar disso, segundo Rawls, “o dever de assistências não diminui”³³. Esse dever nem sempre consistirá no envio de dinheiro, mas sim, muitas vezes, na insistência que as instituições e os governantes das sociedades menos favorecidas cumpram com os direitos humanos, promovendo o bem-estar de todos.

Em terceiro lugar, e tal como foi mencionado, se deve ter em conta que o dever de assistências tem um objetivo preciso: ajudar as sociedades menos favorecidas a se tornarem bem ordenadas. Uma vez alcançado este objetivo, a ajuda internacional deve cessar, apesar de que “a nova sociedade bem ordenada pode não ser, ainda, uma potência econômica.”³⁴

Rawls ressalta que o dever de assistência não é, de nenhum modo, um princípio internacional de justiça distributiva. Um princípio semelhante seria parecido com o princípio de justiça, elaborado por Rawls em seu livro Uma Teoria da Justiça³⁵, para o

³¹ Idem; pág. 125.

³² Idem; págs. 127-128.

³³ Idem; pág. 128.

³⁴ Idem; pág. 130.

³⁵ Idem; Capítulo II.

caso doméstico, no qual é conhecido como o princípio da desigualdade. Esse princípio regula a distribuição de seus recursos dentro de sociedade e afirma que as desigualdades de recursos entre seus membros só são aceitáveis se beneficiam aos membros menos favorecidos da sociedade.

Assim, comparativamente, no âmbito internacional, o princípio da desigualdade afirmaria que as desigualdades de recursos entre os países só são aceitáveis se beneficiam as sociedades menos favorecidas. Entretanto, Rawls rejeita a possibilidade de que um princípio semelhante possa reger a nível internacional. Para rejeitar essa possibilidade, utiliza dois casos.

No primeiro caso, há dois países liberais ou decentes que têm como o mesmo nível de riqueza e o mesmo número populacional. Um desses países decide se industrializar e o outro decide levar uma vida mais tranquila e agradável. Depois de algum tempo, o país que decidiu se industrializar é duas vezes mais rico que o outro. Rawls diz: “Se supormos que ambas as sociedades são liberais ou decentes e seus povos livres e responsáveis, com capacidade de tomar suas próprias decisões, deveria se cobrar um imposto aos país industrializado para ajuda ao outro? Segundo o dever de assistência, não haveria imposto algum e isso parece justo; mas com um princípio de distribuição global sem objeto específico haveria impostos enquanto a riqueza de um povo fosse menor que a do outro, no qual parece inaceitável”³⁶.

No segundo caso, novamente, há dois países liberais ou decentes com a mesma riqueza e a mesma quantidade de gente. Ambos países decidem promover os direitos das mulheres. Um desses países outorga esse objetivo como uma prioridade especial, fazendo com que as mulheres avancem em todos os âmbitos públicos, baixando a taxa de natalidade. No outro país, devido as crenças religiosas que o sustenta, a taxa de natalidade não baixa. Após um tempo, o país que baixou a taxa de nascimentos é duas vezes mais rico o que o outro. Novamente, Rawls sustenta que cobrar um imposto ao país rico para ajudar ao pobre seria “inaceitável”³⁷.

Para sustentar essas conclusões, Rawls salienta que existe uma diferença chave³⁸ entre o dever de assistência e um princípio internacional de justiça distributiva. A diferença chave é que o dever de assistência é um princípio de transição, isto é, tem um objetivo e um término específico: “Na sociedade de direitos humanos, o dever de assistência rege até quando todas as sociedades tenham adotado instituições básicas justas, liberais ou decentes”³⁹.

³⁶ Idem; pág. 136.

³⁷ Idem; pág. 137.

³⁸ Rawls, John (2001), pág. 137.

³⁹ Rawls, John (2001), pág. 137

CONCLUSÃO

Os ODS são um chamado para a ação contra a pobreza, proteção do planeta visando garantir que todas as pessoas tenham paz e prosperidade. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são interconectados, ou seja, o sucesso de um ODS envolve o combate a temas que estão associados a outros objetivos. Os ODS são uma agenda inclusiva que busca combater as raízes das causas da pobreza aspirando uma mudança positiva para as pessoas e para o planeta.

Como mostra ODS-1 da Agenda 2030 da ONU, a pobreza extrema é considerada um problema grave, para o desenvolvimento sustentável. Embora o tema esteja na pauta internacional, trata-se, também de preocupação que deve estar presente na agenda interna de cada país.

O princípio do Mínimo Existencial, adotada por John Rawls e previsto na Constituição Federal, no Artigo 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana) e artigo 6º (direitos sociais) da Constituição Federal devem ser constantemente buscados em nível individual, governamental e internacional. Erradicar a pobreza é um dever intergeracional, das presentes e futuras gerações.

A Organização das Nações Unidas (ONU) ao estabelecer na Agenda Mundial de 2030, o objetivo de combater todas as formas de pobreza no mundo reforça o dever de institucionalizar a assistência forte à comunidade internacional, envolvendo os países ricos no combate à pobreza extrema vivenciada em países pobres, buscando auxiliá-los a se reorganizar, pois com a ordem vem o progresso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO MUNDIAL. Poverty and Shared Prosperity 2016 : Taking on Inequality. Washington, DC: World Bank, 2016. Disponível em < <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/25078> >. Data de acesso, 13 de setembro de 2019.

BANCO MUNDIAL. Effects of the Business Cycle on Social Indicators in Latin America and the Caribbean : When Dreams Meet Reality. Publicado 4 de abril, 2019. Disponível em < <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/31483> >. Acesso em 19 de setembro, 2019.

BANCO MUNDIAL. Combating Corruption. Publicado 4 de outubro de 2018. Disponível em <<https://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption> > Acesso em 19 de setembro, 2019.

BRASIL. Decreto nº 6.135, de 26 de junho de 2007. Brasília, DF, jun 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6135.htm >. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.579, de 22 de novembro de 2018. Brasília, DF, nov 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9579.htm>. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.579, de 22 de novembro de 2018. Brasília, DF, nov 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9579.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL, Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação do Ministério da Cidadania. Avaliação de Implementação do Programa Criança Feliz: Relatório Final. Brasília, 2019.

BRASIL DEBATE. A Pobreza em Perspectiva., 10 de nov., 2014. Disponível em: <<http://brasildebate.com.br/a-pobreza-em-perspectiva/> >. Acesso em 13 de julho de 2019.

BRASIL, MINISTÉRIO DA CIDADANIA: Secretaria Especial o Desenvolvimento Social. Como aderir ao Criança Feliz?. Disponível em: <<http://mds.gov.br/aceso-a-informacao/mds-para-voce/carta-de-servicos/gestor/crianca-feliz/como-aderir> >. Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Relatório Nacional Voluntário sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Brasil, Brasília, 2017.

CARVALHO, Rodrigo Saballa de; GUIZZO, Bianca Salazar. Políticas de Educação Infantil: conquistas, embates e desafios na construção de uma Pedagogia da Infância. Revista de Educação Pública, v. 27, n. 66, p. 771-791, 2018.

CRESPO, Antônio Pedro Albernaz and GUROVITZ, Elaine. A pobreza como um fenômeno multidimensional. RAE electron. [online]. 2002, vol.1, n.2, pp.02-12. ISSN 1676-5648. <http://dx.doi.org/10.1590/S1676-56482002000200003>.

FIESP. Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. Março, 2010. Disponível em <<https://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/attachment/custo-economico-da-corrupcao-final/> >. Acesso em 3 de setembro, 2019.

FREEMAN, Samuel. Rawls. Pennsylvania: Routledge 2007.

GARGARELLA, Roberto, Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política. Barcelona: Paidós 1999.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Erradicando a Pobreza e Promovendo a Prosperidade em um Mundo em Mudança: Subsídios ao acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Brasília, 2018. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180308_ODS_erradicacao_da_pobreza.pdf> Acesso em 3 de setembro de 2019.

IPEA. Erradicando a Pobreza e Promovendo a Prosperidade em um Mundo em Mudança: Subsídios ao acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. 2018. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180308_ODS_erradicacao_da_pobreza.pdf> Acesso em 3 de setembro de 2019.

LEGADO BRASIL. Políticas públicas reforçam ações para combater a pobreza no Brasil. 14 de dez., 2018. Disponível em: <<http://legado.brasil.gov.br/noticias/cidadania-e-inclusao/2018/12/politicas-publicas-reforcam-acoes-para-combater-a-pobreza-no-brasil>>. Acesso em 27 de julho de 2019.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Documentos Temáticos. Disponível em <<https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/ODS/Documentos%20Tem%C3%A1ticos%20-%20ODS%206,%20ODS%207,%20ODS%2011,%20ODS%2012%20e%20ODS%2015.pdf>> Acesso em 17 de setembro de 2019.

NEXO. Como o Brasil Saiu do Mapa da Prova e Por que Ele Pode Voltar. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/07/23/Como-o-Brasil-saiu-do-Mapa-da-Fome.-E-por-que-ele-pode-voltar>>. Acesso em 27 de julho de 2019.

ONU. Knowledge Platform. Sustainable Development Goal. Disponível em <<https://sustainabledevelopment.un.org/sdg1>>. Acesso em 13 de setembro de 2019.

ONU. Carta das Nações Unidas, 1945. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm> Acesso em 13 de setembro de 2019.

POGGE, Thomas (2000), "La importancia internacional de los derechos humanos", Revista Argentina de Teoría Jurídica, volumen 2, número 1.

RAWLS, John. El derecho de gentes. Barcelona: Paidós, 2001.

RAWLS, John (1995). Teoría de la justicia, Fondo de Cultura Económica. México: FCE, 1995.

SODRÉ, Flavius. Os impactos da corrupção no desenvolvimento humano, desigualdade de renda e pobreza dos municípios brasileiros. Recife, 2014. Disponível em <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/12549/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Flavius%20Raymundo%20Arruda%20Sodre.pdf>> Acesso em 17 de setembro de 2019.

SODRÉ, F. e RAMOS, F. Corrupção e Pobreza: Evidências a Partir do Programa de Fiscalização Por Sorteios Públicos da CGU. Publicado 21 de julho de 2018. Disponível em < https://www.anpec.org.br/encontro/2018/submissao/files_1/i12-6f020d3db-4b7abd937ffbd2b98f8e58.pdf > Acesso em 17 de setembro de 2019.

VAHIDEH, N.; ZAKARIAH, R.; HESAM, N. A relação causal entre corrupção e pobreza: Uma análise de dados do painel. Disponível em < https://mpra.ub.uni-muenchen.de/24871/1/MPRA_paper_24871.pdf > Acesso 17 de setembro de 2019.




VOLTAR AO
INÍCIO