

REVISTA DA
AGU

volume 17 nº 04 - Brasília-DF, out./dez. 2018

<http://seer.agu.gov.br>

Revista da AGU	Brasília	v. 17	nº 04	p. 1-332	out./dez. 2018
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -
CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil. Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escolaagu.secretaria@agu.gov.br
© Advocacia-Geral da União - AGU – 2018

ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO
Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTA
Maria Aparecida Araujo de Siqueira

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Maria Aparecida Araujo de Siqueira	Secretária-Geral de Consultoria
Sérgio Eduardo de Freitas Tapety	Procurador-Geral da União
Fabrício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador-Geral do Banco Central
Isabella Maria de Lemos	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Diogo Palau Flores dos Santos	Diretor
Douglas Henrique Marin dos Santos	Coordenador-Geral de Ensino
Andrea Maria Nogueira Cajueiro	Coordenadora-Geral Administrativa

ABNT(adaptação)/Diagramação: Niuza Lima /Gláucia Pereira

Capa: Niuza Lima

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU/ Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes
Leal. – Brasília : EAGU, 2002.
v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes

Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da AGU :
Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da
AGU (2008-).

Apartir de 2015 houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá
numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN -L 1981-2035; ISSN 2525-328x

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05
CDU 342(05)

EDITOR-CHEFE

DIOGO PALAU FLORES DOS SANTOS - AGU-DF

Doutor em Direito Constitucional (Função Social do Direito - Direito Processual Civil) pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Professor do Centro Universitário IESB e da Escola da AGU. Advogado da União - AGU

VICE-EDITOR

DOUGLAS HENRIQUE MARIN DOS SANTOS

Doutor em Ciências pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp).
Mestre em Direito (Ciências jurídico-filosóficas) pela Universidade do Porto (UP-Portugal).
Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil no Centro Universitário IESB/DF.
Procurador Federal. Membro da Advocacia-Geral da União - AGU

EDITORAS ASSISTENTES

Gláucia Maria Alves Pereira
Niuza Gomes Barbosa de Lima

INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU - ferramenta (rede social Acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

GOOGLE ACADÊMICO

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

OASISBR - Acesso gratuito à produção científica de autores vinculados a universidades e institutos de pesquisa brasileiros

CONSELHO EDITORIAL

INTERNACIONAIS

**CARLA AMADO GOMES
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,
PORTUGAL)**

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Leciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

**JOSÉ ALEXANDRE GUIMARAES DE
SOUSA PINHEIRO. (UNIVERSIDADE
DE LISBOA, PORTUGAL)**

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorado pelo

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,
ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

**PEDRO T. NEVADO-BATALLA
MORENO (UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA, ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

NACIONAIS

REGIÃO NORTE

**EDSON DAMAS DA SILVEIRA
(UEA/UFRR)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

**JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO
(CESUPA)**

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

REGIÃO NORDESTE

**MONICA TERESA COSTA SOUSA
(UFMA)**

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

**MARTONIO MONT'ALVERNE
BARRETO LIMA (UNIFOR)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA
(UFPE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

**ARTUR STAMFORD DA SILVA
(UFPE)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

**HERON JOSÉ DE SANTANA
GORDILHO (UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

**FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR
(UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

REGIÃO CENTRO-OESTE

**JEFFERSON CARÚS GUEDES
(AGU/CEUB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Foi Procurador Geral da União, Procurador-Chefe Nacional do INSS e Consultor Jurídico do Ministério da Previdência Social, Diretor da Escola da AGU e Vice-Presidente Jurídico dos Correios. Membro da Advocacia-Geral da União.

**ARNALDO SAMPAIO DE MORAES
GODOY (AGU/CEUB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-

UnB. Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Foi Procurador-Geral Adjunto na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Membro da Advocacia-Geral da União.

**MARCELO DA COSTA PINTO
NEVES (UNB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Universidade de Bremen. Foi Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq). Foi Procurador do Município de Recife.

REGIÃO SUDESTE

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutorado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito Econômico (USP).

Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutorado em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM WAMBIER (PUC/SP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUL

LÊNIO STRECK (UNISINOS)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande

do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União. Foi Procuradora do Município de Porto Alegre.

REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutorado em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

PARECERISTAS

ANA CAROLINA GONÇALVES

VIEIRA - PUC/MG

Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC- MG. Professora de Direito Material e Processual do Trabalho em cursos de pós-graduação e preparatórios para concurso público.

ANA ELIZABETH LAPA

WANDERLEY CAVALCANTI - SP

Doutora e Mestre em Direito pela PUC - SP. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU/SP. Professora do Mestrado em Direito da sociedade da informação da FMU. Professora nas áreas de direito civil, biodireito e Infância e Juventude. Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU/SP)

CAMILA KÜHL PINTARELLI -

PUC/SP

Doutora e Mestre em Direito Econômico pela PUC/SP. Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/SP - Seção São Paulo. Procuradora do Estado de São Paulo

CARLOS BOLONHA - PUC/RJ

Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-Rio. Professor da Faculdade Nacional de Direito e da Pós-Graduação em Direito da UFRJ. Parecerista do CNPq, do INEP/MEC, da CAPES, da FAPERJ e da FAPESB. Editor da Revista Estudos Institucionais.

CLAUDIA RIBEIRO PEREIRA

NUNES - UVA/RJ

Ph.D. (2008) and MSc (2002), in Law. Law Universidade Veiga de Almeida PPGD/UVA. Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito

DANIEL BRANTES FERREIRA -

IBMEC-RJ

Doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio.

EDILSON VITORELLI DINIZ LIMA

- UFPR

Procurador da República; Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Professor Adjunto da Universidade Presbiteriana Mackenzie

FÁBIO RESENDE LEAL - ITE/SP

Doutorando e Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Advogado, atua na área empresarial e contenciosa. Professor Adjunto da UNIP (Campus de Bauru - graduação em direito) e da UNIP Interativa (pós-graduação em direito). Professor convidado do Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru e da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP.

FÁBIO NEVES BENFATTI -

FACULDADE PITÁGORAS/PR

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduação em Direito e Mestrado em Direito Negocial, ambos pela Universidade Estadual de Londrina. Docente titular da Disciplina Direito Concorrencial na Especialização em Direito Empresarial na Universidade Estadual de Londrina.

FERNANDO LAÉRCIO ALVES DA

SILVA - UFV/MG

Doutor em Direito Processual PUCMINAS. Professor Adjunto da Universidade Federal de Viçosa

GERSON NEVES PINTO -

UNISINOS/RS

Doutor em Philosophie, Textes Et Savoir, mention très honorable na École Pratique Des Hautes Etudes - Sorbonne, Paris. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor adjunto da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado).

GUILHERME CÉSAR PINHEIRO -

PUC - MG

Doutorando e Mestre em Direito Processual pela PUC/MG. Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil na Universidade do Estado de Minas Gerais, unidade Diamantina, Faculdade Santo Agostinho, unidade Sete

Lagoas, e Escola Superior da Advocacia, OAB/MG. Advogado atuante.

GUSTAVO DA SILVA SANTANNA - UNISINOS/RS

Doutorando e Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Direito Público. Professor da Instituição Educacional São Judas Tadeu, IMED e professor convidado dos cursos de pós-graduação em Direito do Estado da UFRGS e de Direito Civil e Processo Civil da FADERGS. Procurador do Município de Alvorada/RS.

HELENA KUGEL LAZZARIN - UNISINOS - RS

Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bacharel em Direito e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professora Convidada no Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho - PUCRS. Advogada

JALUSA PRESTES ABAIDE - UFSM /RS

Pós-Doutora pela USEK/LB. Doutora em Direito pela UB/ES. Mestre em Ciências Políticas e Jurídicas/UFSC. Professora do Curso de Direito/UFSM

JOÃO ADOLFO RIBEIRO BANDEIRA - UFCA/CE

Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ - UFPB e doutorando neste mesmo programa. Doutorando em Filosofia pela Universidade de Lisboa. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito e Direitos Humanos. Professor Assistente I da Universidade Federal do Cariri - UFCA. Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA.

JOAO EMMANUEL CORDEIRO LIMA PUC/SP

Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Professor Palestrante da FGV Direito/SP.

JOSANNE CRISTINA RIBEIRO

FERREIRA FAÇANHA - UNDB/MA

Doutoranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Mestre em Políticas Públicas UFMA. Professora universitária da Unidade de Ensino Dom Bosco e da Faculdade Pitágoras.

JOSÉ IRIVALDO ALVES OLIVEIRA SILVA - UFCG/PB

Doutor em Ciências Sociais. Doutorando em Direito e Desenvolvimento. Mestre em Sociologia e Especialista em Direito Empresarial. Professor efetivo do Curso de Gestão Pública, na Unidade Acadêmica de Gestão Pública da Universidade Federal de Campina Grande.

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO

NETO - UniBRASIL/ PR

Pós-Doutorando em Direito pelo MACKENZIE. Doutor e Mestre em Direito pela PUC Paraná. Professor do Centro Universitário UniBrasil

KLEVER PAULO LEAL FILPO - DOUTOR - RJ

Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-graduação (Mestrado) em Direito da UCP, Professor da Graduação em Direito, onde ministra disciplinas de Processo Civil,

LAURA JANE RIBEIRO GARBINI

BOTH - UniBRASIL/ PR

Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Mestre em Antropologia Social pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Especialista em Educação Superior pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professora Pesquisadora Permanente do Mestrado no PPGD (Programa de Pós-Graduação em Direito) do Centro Universitário UniBrasil em Curitiba/PR.

LILIANE MARTINS LEAL - UFG/GO

Doutora em Ciências Ambientais (UFG). Mestre em Filosofia (UFG), Professora Adjunta, Curso de Direito, Universidade Federal de Goiás/Regional Jataí.

LUCIANO SOUTO DIAS - UNISINOS/MG

Doutorando pela Unisinos. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Mestre em Direito Internacional Público pela UPAP. Especialista com pós-graduado *latu sensu* em Direito Civil e Direito Processual Civil, pela FADIVALE. Professor titular do curso de graduação em Direito na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce - FADIVALE, nas disciplinas de Direito Processual Civil e Prática de Processo Civil e professor nos cursos de pós-graduação *latu sensu* na disciplina Direito Processual Civil. Professor convidado em cursos da Rede de Ensino Doctum. Professor examinador convidado do Congresso Nacional de Iniciação Científica das Faculdades Adamantinenses Integradas (FAI), em Adamantina, São Paulo. Advogado civilista.

LUCIANO DOS SANTOS DINIZ - DOUTOR - CEFET/MG

Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas); Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Professor adjunto no Departamento de Ciências Sociais Aplicadas do Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais (CEFET-MG);

LUÍS HENRIQUE BORTOLAI - FADISP/SP

Doutor e Mestre em "Acesso à justiça" na Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Professor de Direito, com ênfase nas áreas de processo civil e direito civil, tanto na graduação como na pós-graduação.

LUIS RENATO VEDOVATO - USP/SP

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Professor Doutor da UNICAMP. Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIMEP

MARCIA ANDREA BÜHRING - UCS/RS

Universidade de Caxias do Sul (UCS) Doutora pela PUCRS. Mestre pela UFPR. Professora do PPGD UCS e Professora da FADIR-PUCRS

MÁRCIO CARVALHO FARIA - UERJ
Doutor e Mestre em Direito Processual (UERJ) Professor Adjunto de Direito Processual Civil (UFJF). Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, seção Juiz de Fora (IAMG-JF) Membro integrante da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO)

MARIA CÉLIA DA SILVA

GONÇALVES - FINOM/MG
Pós-doutorado em Educação na Universidade Católica de Brasília e Pós-doutorado em História na Universidade de Évora em Portugal. Doutora em Sociologia, . Professora de História do Direito e Sociologia Jurídica

MARIA CRISTINA ZAINAGHI - UNINOVE/SP

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora titular da Universidade Nove de Julho . Advogada

MATEUS COSTA PEREIRA - UNICAP/PB

Mestre e Doutorado em Direito Processual pela Unicap. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco. Advogado.

ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON - MESTRE - IFRN/RN

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar.

RUBENS BEÇAK - DOUTOR - USP/SP

Doutor e Mestre em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado da Universidade de São Paulo-USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (Graduação e Pós-graduação). Professor visitante da Universidade de Salamanca no curso Master en Estudios Brasileños.

TATIANA MARETO SILVA - FDV/ES
Doutoranda vinculada ao Programa de Pós-graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Mestre em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos (FDC), Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Professora do curso de Direito

do Centro Universitário São Camilo - Espírito Santo, Advogada inscrita na OAB/ES 10.610.

SILVIO MARQUES GARCIA - FDF/SP

Doutorando em Direito (PUC-SP). Mestre em Direito (Unesp). Especialista em Direito Público - EAGU/UnB. Procurador Federal

AUTORES

ALEXANDRE DE CASTRO COURA - FDV/ES

Pós-doutor como visiting scholar na American University Washington College of Law e visiting foreign judicial fellow no Centro Judiciário Federal em Washington D.C. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor do Programa de Pós-graduação Strictu Sensu - Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo.

ANA LARA TONDO - UNIJUI/RS

Bacharela em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (CNEC/IESA). Acadêmica e Bolsista UNIJUI do Curso de Mestrado em Direitos Humanos do PPGD da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Advogada.

CLARICE GOMES DE OLIVEIRA - DF

Doutoranda em Direito no Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília-DF, Brasil. Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB).

ELIAS KALLÁS FILHO

Pós-doutor da Fundação São Francisco de Assis. Doutor pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogado.

DANIELLA MARIA DOS SANTOS

DIAS - MP/PA

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Investigação Pós-Doutoral na Universidade Carlos III de Madri na Espanha, junto ao Departamento de Direito Público Comparado e ao Instituto Pascual Madoz. Especialização em Direito Ambiental e especialização em Educação Ambiental pela Universidade Federal do Pará. Especialização em Direito Agrário pelo CESUPA. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará e Professora da Universidade Federal do Pará (Graduação e Pós-Graduação)

DANILO VON BECKERATH

MODESTO - AGU/BA

Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNIFACS. Especialista em Direito Público pela UnB. Especialista em Direito Processual Civil pela UNINTER. Procurador Federal com exercício na PSF-Feira de Santana.

**DOMINGOS DO NASCIMENTO
NONATO - UFPA/PA**

Doutorando em Direito com ênfase em Direitos Humanos junto à UFPA. Licenciado Pleno e Bacharel em História pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bacharel em Direito pela UFPA. Mestre em Direito com ênfase em Direitos Humanos pela UFPA. Advogado Militante (OAB/PA).

ELIAS KALLÁS FILHO - FDSM /MG
Pós-doutor da Fundação São Francisco de Assis. Doutor pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogado. Pousou Alegre – MG, Brasil.

GUSTAVO DA SILVA SANTANNA - RS
Faculdade Meridional IMED - Centro Universitário FADERGS. Doutorando em Direito na UNISINOS. Docente e Pesquisador da Faculdades Integradas São Judas Tadeu/RS

**HAIDE MARIA HUPFFER
FEEVALE/RS**

Pós-doutora em Direito pela Unisinos. Doutora e Mestre em Direito pela Unisinos. Especialista em Recursos Humanos. Professora e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e no Curso de Graduação em Direito da Universidade Feevale.

**JÉSSICA BORCHARTT DA SILVA DE
LIMA - CNEC/IESA/RS**

Bacharela em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (CNEC/IESA). Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho, pela Universidade Estácio de Sá, em parceria tecnológica com o Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Advogada

**JOÃO PAULO OCKE DE FREITAS -
UFPE/PE**

Doutorando em Ciência Política na Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduado em Ciências Sociais e em Direito pela Universidade Federal do Paraná; advogado.

**LEONARDO BAS GALUPE LAGOS -
RS/AGU**

Mestrando em Direito - UFPel. Especialista em Direito Público - UNIDERP. Especialista em Direito Processual Civil - IBPEX. Procurador Federal - AGU.

**LUCIANA LAURA CARVALHO
COSTA DIAS - AGU/DF**

Doutoranda em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB, com período de doutorado-sanduíche junto à Université Paris V. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB. Procuradora Federal em Brasília

**LUDMILLA CAMACHO DUARTE
VIDAL - UFJF/MG**

Doutoranda e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Processual Civil Professora de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Advogada..

**MELIZA MARINELLI FRANCO
CARVALHO - FDSM /MG**

Mestranda em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM. Bolsista FAPEMIG.

MONIQUE MOTTER - UNIVEL/RS

Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel

**PATRÍCIA REGINA PINHEIRO
SAMPAIO - FGV/RJ**

Doutora e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professora da FGV Direito Rio e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO.

**PAULO ROBERTO PEGORARO
JÚNIOR - EMAP/PR**

Doutorando em Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul
Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense Professor de Direito Processual Civil dos cursos de graduação em Direito e Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel Advogado.

PRISCILA MANIQUE TORELLY

Acadêmica de Iniciação Científica das Faculdades Integradas São Judas Tadeu
Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas São Judas Tadeu

**RAFAELA COUTINHO CANETTI -
UERJ - RJ**

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

**RAIMUNDO WILSON GAMA RAIOL
UFPA/PA**

Doutor em Direito, pela Universidade Federal do Pará e mestre em Direito, pela Universidade Federal do Pará.

**THAIS MACHADO DE ANDRADE -
UVV/ES**

Doutoranda e Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pela FDV. Especialista em Direito Ambiental. Professora de História do Direito da Universidade Vila Velha-UVV/ES. Advogada.

VINICIUS SILVA LEMOS - FARO/RO

Doutorando em Processo Civil pela Unicap/PE. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF/RJ. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Rondônia – FARO. Professor de Processo Civil da Faculdade de Rondônia – FARO e na UNIRON. Advogado.

SUMÁRIO

Editorial..... 15

ARTIGOS

- A Aplicação da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho como Meio de Suprir A Omissão Protetiva na Legislação Brasileira Frente às Dispensas Coletivas
The Application of Convention 158 of the International Labor Organization as a Means to Supplement the Protective Omission in Brazilian Legislation Against Collective Dispenses
Ana Lara Tondo
Jéssica Borchardt da Silva de Lima 17
- Crise, Progresso, Revolução e Involução no Direito
Crisis, Progress, Revolution and Involution in Law
Clarice Gomes de Oliveira..... 43
- O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Contencioso de Massa Previdenciário: breves anotações sobre o IRDR e sua adequação-utilidade nos processos repetitivos de natureza previdenciária
The Repetitive Demand Resolution Incident and its Use in the Social Security Mass Litigation: brief notes at the IRDR and its adequacy-utility in repetitive processes of social security
Danilo Von Beckerath Modesto 65
- O Recorte Etnicorracial como Critério à Promoção da Igualdade: possibilidade jurídica e adequação sociopolítica sob a perspectiva da lei 12.990/14
The Racial-Ethnic Clipping as Criteria to Promote Equality: juridical possibility and sociopolitical adequacy in the 12.990/14 law's perspective
Domingos do Nascimento Nonato
Raimundo Wilson Gama Raiol
Daniella Maria dos Santos Dias..... 87
- A Sanção Premial Aplicável ao Direito Ambiental por Meio do Princípio do Protetor-Recebedor: o consumo consciente da água através do sistema de bandeiras tarifárias
Premial Sanction for the Environmental Law Through the Protector-Receiver Principle: water conscious consumption through the tariff flags system
Haide Maria Hupffer
Gustavo da Silva Santanna
Priscila Manique Torelly 123
- A Terceirização Diante da Globalização e o Modelo Legislado de Regulação do Trabalho
The Outsourcing in Front of Globalization and the Legislated Model of Labor Regulation
João Paulo Ocke de Freitas..... 143

Termo Inicial do Prazo Decadencial para Revisar Pensão por Morte Derivada de Outro Benefício Previdenciário <i>Initial Term of The Decadence to Review Death Pension Derived from Another Social Security Benefit</i> Leonardo Bas Galupe Lagos.....	167
O “Pêndulo” Decisório: uma breve análise sobre a instabilidade judicial, a partir das inconsistências argumentativas nas decisões exaradas nos autos das Ações Originárias ns. 1.893 e 1.773. <i>The Decision-Making “Pendulum”: a brief analysis on judicial instability, from the argumentative inconsistencies in the decisions in the cases of Originating Shares ns. 1,893 and 1,773</i> Luciana Laura Carvalho Costa Dias	201
Repercussões do CPC/2015 no Sistema dos Juizados Especiais Cíveis <i>The Impacts of the Civil Procedure Code/2015 in the Small Claims Courts and the intertemporal perspective as a bridge crossing</i> Ludmilla Camacho Duarte Vidal.....	221
De “Jogos de Linguagem” A “Jogos de Verdade”: a incorporação do poder nas análises discursivas <i>From “Language Games” to “Games of Truth”: the incorporation of power in discourse analysis</i> Meliza Marinelli Franco Carvalho Elias Kallás Filho.....	243
Penhora de Salário e a Dignidade do Credor <i>Seizure of the Salary and the Dignity of the Creditor</i> Paulo Roberto Pegoraro Júnior Monique Motter	257
Conflitos nos Programas de Acordos de Leniência Brasileiros nos Casos de Fraudes em Licitação <i>Clashes in Brazilian Leniency Programs in Cases of Bid Rigging</i> Patrícia Regina Pinheiro Sampaio Rafaela Coutinho Canetti.....	273
O Mito da Representação Política: do processo de representação política à construção dos direitos fundamentais: uma análise da atual situação representativa no Brasil <i>The Myth of Political Representation: from the process of political representation to the construction of fundamental rights: an analysis of the current representative situation in Brazil</i> Thais Machado de Andrade Alexandre de Castro Coura	293
A Remessa Necessária no CPC/2015, a sua Nova Roupagem e a Relação com Novos Institutos Processuais <i>The Required Consignment on the CPC/2015, your New Attire and the Relationship with New Procedural Institutes</i> Vinicius Silva Lemos	309

EDITORIAL

Caros leitores,

O ano de 2018 termina com muitas conquistas para a Escola da AGU. O credenciamento para a oferta de cursos de pós-graduação é uma conquista celebrada por toda a comunidade acadêmica brasileira.

Com a pós-graduação, a Escola da AGU passa a ocupar lugar de destaque no meio acadêmico, com o potencial de tornar-se um núcleo de produção de Inteligência jurídica inédito no país.

É um papel que não pode ser ignorado pela instituição, que tem dado passos largos nessa direção.

Membros e servidores reconheceram a importância desse novo papel, o que se evidencia pela disposição de mais de 200 colegas em atuar, voluntariamente, no âmbito dos Comitês Permanentes de Estudos Temáticos (CPETs), que serão vinculados à Coordenação de Pós-graduação.

Mas não foi só. Ao longo do ano, a Escola da AGU criou a Rede de Bibliotecas da AGU - ReBib-AGU (Portaria EAGU nº 10/2018) e ampliou sua base de dados virtuais de periódicos nacionais e internacionais, acessíveis remotamente em todo território nacional.

Ainda em 2018, a EAGU divulgou o EDITAL Nº 31/2018/DIREAGU/EAGU/AGU, que trata do Processo Seletivo de Financiamento de Cursos de Pós-Graduação para o período de julho de 2018 a dezembro de 2019.

As ações da Escola, note-se, incluem os membros da Procuradoria do Banco Central e os Procuradores da Fazenda Nacional como público da Escola da AGU, algo que não ocorria anteriormente. Isso permite que todos os servidores membros da instituição (Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores do Banco Central e Procuradores da Fazenda Nacional) possam capacitar-se e desenvolver suas aptidões sob uma mesma linha mestra pedagógica.

No sentido de atingir todos os municípios brasileiros que porventura contem com um membro ou servidor da AGU, a Escola

investiu esforços na atualização e disponibilização ao público interno do Ambiente Virtual de Aprendizagem – AVA – da EAGU. A versão atual da Plataforma Moodle, denominada EAD.AGU, advém da contratação de empresa especializada para criação, customização e desenvolvimento de soluções de educação a distância.

Finalmente, a Revista da AGU, que tivemos a honra de editar ao longo do ano, é mais uma iniciativa de excelência da Escola. Classificada no Qualis como B2, a REAGU foi cadastrada e indexada no Portal de Periódicos CAPES e no OASISBR, ampliando ainda mais sua relevância no meio acadêmico e profissional brasileiro.

A atual edição reforça essa relevância, com trabalhos de elevada qualidade técnica, intensa fundamentação teórica e marcante repercussão prática. A intensa exogenia, com artigos produzidos por mestrandos, doutorandos, estudantes, professores, advogados, membros do Ministério Público e das carreiras da AGU, só reforçam a convicção de que estamos no caminho certo.

Outros passos certamente serão dados em 2019. Na mesma direção: no caminho do debate, da dialética, da construção democrática de consensos; é esse o papel da Escola e de nossa Revista. Sempre em prol da Advocacia-Geral da União e da sociedade brasileira; sempre em prol do Brasil.

Desejamos uma ótima leitura a todos com o convite para navegarem pela revista eletrônica disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Douglas Henrique Marin dos Santos

RECEBIDO EM: 24/04/2017

APROVADO EM: 19/06/2017

A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO COMO MEIO DE SUPRIR A OMISSÃO PROTETIVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FRENTE ÀS DISPENSAS COLETIVAS

THE APPLICATION OF CONVENTION 158 OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION AS A MEANS TO SUPPLEMENT THE PROTECTIVE OMISSION IN BRAZILIAN LEGISLATION AGAINST COLLECTIVE DISPENSES

Ana Lara Tondo

Bacharela em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (CNEC/IESA). Acadêmica e Bolsista UNIJUI do Curso de Mestrado em Direitos Humanos do PPGD da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Advogada.

Jéssica Borchardt da Silva de Lima

Bacharela em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (CNEC/IESA). Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho, pela Universidade Estácio de Sá, em parceria tecnológica com o Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Advogada

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Tratamento Conferido á Dispensa Coletiva no Ordenamento Jurídico Pátrio; 2 O Caso Embraer: a necessidade de negociação coletiva prévia e da indenizaçãopor dano moral coletivo; 3

Demissão Coletiva no Brasil: a Convenção 158 da OIT como norteadora de parâmetros; 4 Projeto de Lei nº 6.787/2016: A Reforma Trabalhista Brasileira e o Canto da Sereia; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho tem por escopo abordar a temática da dispensa coletiva no direito brasileiro, analisando o tratamento dispensado ao instituto na legislação, na doutrina e na jurisprudência. Propor-se-á uma reflexão acerca das consequências advindas da dispensa coletiva, tendo em vista o grande impacto negativo que repercute em toda a sociedade, a fim de evidenciar a necessidade de regulamentação do instituto. Para tanto, a base teórica dessa pesquisa, além da própria Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, também foi apoiada pela análise jurisprudencial de Tribunais Superiores que já se pronunciaram sobre o tema em questão, além de consulta à doutrina disponível. Por fim, serão analisadas as diretrizes da Convenção 158 da OIT, analisando-se a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Dispensa Coletiva. Convenção 158. Organização Internacional do Trabalho. Dano Moral.

ABSTRACT: This assignment has to purpose to deal with the subject matter of the collective dispense in the brazilian law, analyzing the treatment of the institute in the legislation, doctrine and jurisprudence. To offer to do a reflection about the consequences produced by collective dispense, in viewing of the big negative impact that have repercussion in all society, in order to do become obvious the need of regulate the institute. For this, the theoretical base to this search, besides of the very same Convention 158 of the International Labor Organization, also has as support the jurisprudential analysis of the High Court that ever emitted opinion about the subject in question, besides of consultation to doctrine available. At last, will be analyzed the guideline of the Convention 158 of OIT, analyzing the possibility of your application in the legal native order.

KEYWORDS: Collective Waiver. Convention 158. International Labor Organization. Moral Damage.

INTRODUÇÃO

Diante do quadro de crise econômica presente no cenário mundial, vem à tona o debate em torno das demissões em massa, situação que comumente assola a vida de muitos cidadãos, diante do acelerado crescimento dos índices de desemprego no país.

Ao longo do texto, ver-se-á que os fundamentos e princípios norteadores de toda a estrutura formadora do Estado Democrático de Direito, regime político sob o qual se funda o Brasil, visam à garantia do emprego, havendo, todavia, uma omissão do legislador pátrio em regulamentar formas de proteção à dispensa coletiva, de modo que a dispensa em massa afronta diretamente a democracia e os postulados da Constituição brasileira, cujas premissas defensivas centram-se no respeito à dignidade da pessoa humana e à valorização do trabalho.

Para tanto, o problema de pesquisa girou em torno da seguinte questão: diante da omissão no ordenamento jurídico pátrio em estabelecer padrões em torno da demissão coletiva, como garantir a dignidade do trabalhador e evitar seu uso arbitrário, apenas por questões mercadológicas, ignorando os princípios trabalhistas?

Como hipótese para o problema posto, e tendo em vista que a omissão legal não constitui motivo suficiente para mitigar a proteção social do empregado, propõe-se a adoção das medidas estabelecidas pela Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, que trata a respeito da rescisão empregatícia por iniciativa do empregador. Por meio desse instituto, acredita-se que é possível evitar demissões imotivadas, garantindo-se uma despedida socialmente justa.

Para tanto, compreendeu-se como mais adequado, em termos de metodologia, a realização de pesquisa, quanto à coleta de dados, o método bibliográfico qualitativo, por meio da consulta à doutrina, jurisprudência, protocolos, e artigos de lei disponíveis.

Partindo dessas discussões, é que a pesquisa se debruçará sobre uma abordagem acerca do instituto no sistema jurídico brasileiro, quando se demonstrará a dificuldade existente em sua definição e a necessidade de haver uma proteção específica. Além disso, a discussão também irá girar em torno da possibilidade da aplicação da Convenção 158 da OIT como uma saída para abrandar as demissões em massa e, finalmente, se debruçará sobre a reflexividade que o projeto de lei nº 6.787/2016, que prevê uma reforma trabalhista inculirá ao cenário nacional.

1 O TRATAMENTO CONFERIDO À DISPENSA COLETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A proteção ao trabalho é um dos alicerces da República Federativa do Brasil. Desde o artigo inaugural da Constituição Federal de 1988 encontra-se expresso como um dos de seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, de forma que o Poder Constituinte reconhece o modelo capitalista, mas exaltando que o fim primordial é assegurar o trabalho digno, pois a ordem econômica foi consagrada com base na justiça social, tendo como um de seus princípios a busca do pleno emprego¹.

Na busca da valorização da dignidade da pessoa humana no trabalho, estabeleceu-se um rol de direitos mínimos no art. 7º da Constituição Federal, com o objetivo de amparar o trabalhador, hipossuficiente na relação de trabalho. A melhoria da condição social do trabalhador, portanto, é uma busca incansável em nosso sistema jurídico.

Falar em desemprego, dispensa em massa ou coletiva, vai, pois, de encontro ao texto constitucional. O término do pacto laboral afeta substancialmente a estrutura sob a qual se funda o Estado: o regime democrático de direito. A democracia é um meio de exaltar a figura do povo, ao mesmo tempo em que garante a participação dos cidadãos nas decisões políticas, requer a tutela estatal, uma posição de “Estado-guardião”. Assim, como não se pode negar a existência de fatos que levam à extinção do contrato de trabalho, seja por razões econômicas, seja por faltas do empregado ou empregador, cabe ao Estado proteger aquele que se vê sem o seu posto de trabalho.

Quanto à dispensa individual, ainda que precária – passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal, ainda não foi editada a lei complementar prevista no inciso I do art. 7º – há previsão de proteção no caso da dispensa sem justa causa, consistente na indenização de 40% do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), consoante o disposto no art. 10, I, do Ato de Disposições Constitucionais (ADCT). Já no que tange à dispensa coletiva, há uma grande lacuna legislativa. Não há definição legal, tampouco proteção ao instituto.

Nesse ponto, cabe salientar que há uma grande dificuldade em se definir o alcance da dispensa coletiva. No julgamento do RO-6155-89.2014.5.15.0000, em fevereiro de 2016, a relatora do recurso, ministra Maria de Assis Calsing, acentuou que, diante da ausência de norma que defina o

1 Art. 170 da Constituição Federal.

conceito de demissão coletiva ou critérios que balizem esse fenômeno, sob o aspecto causal, temporal e quantitativo das dispensas, cabe à Justiça do Trabalho a tarefa de suprir essa lacuna legislativa, buscando um conceito na legislação estrangeira, convenções e tratados internacionais². Observa-se:

Tem-se, como ponto de partida, que o núcleo do conceito de demissão coletiva está associado a um fato objetivo alheio à pessoa do empregado.

É o que se extrai, por exemplo, da Convenção Coletiva n.º 158 da OIT. Sem conceituar precisamente o que caracteriza uma demissão coletiva ou de fixar um critério quantitativo exato para tanto, a norma invoca, no art. 13, motivos de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou análoga para situar esta espécie de término do contrato pelo empregador³.

A partir das lições de Orlando Gomes⁴, é possível estabelecer que a particularidade da dispensa coletiva se encontra no objetivo do empregador de reduzir definitivamente o quadro de pessoal por uma causa comum, a qual surge por uma necessidade da empresa. Ou seja, ao contrário da dispensa individual, em que há um comportamento específico atribuído a cada indivíduo, na coletiva não se visa determinadas pessoas, mas sim a um conjunto, definido apenas por características comuns a todos, como a lotação ou o departamento.

Cabe ressaltar que o número elevado de rupturas contratuais não caracteriza, por si só, a despedida coletiva. Nesse caso, podem ocorrer várias despedidas em um determinado período de tempo, mas por motivo relacionado à conduta de cada empregado e com vistas à substituição da mão de obra, caracterizando a dispensa plúrima-individual⁵.

Ou seja, a dispensa coletiva ocorrerá quando o ato demissional atinge considerável número de trabalhadores, a um só tempo, ou por um determinado período aproximado, sem vistas à reposição do contingente retirado. Desse modo, uma dispensa coletiva causa impacto não só no campo privado de cada empregado que perdeu seu posto, mas também reflete na sociedade: envolve o trabalhador e sua família, a empresa e toda

2 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário n. 6155-89.2014.5.15.0000. Relator: Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, 26 fev. 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*. p. 22.

3 Ibidem, p. 23.

4 GOMES, Orlando. *Dispensa Coletiva na Reestruturação da Empresa – Aspectos Jurídicos do Desemprego Tecnológico*. São Paulo: LTr, 1974.

5 Ibidem, 1974.

a comunidade, ou seja, provoca repercussões no âmbito externo à relação de emprego. Essa é a lição do Ministro Maurício Godinho Delgado:

Além disso, o desemprego não interessa à sociedade como um todo. Causa o desemprego um impacto negativo de múltiplas dimensões (econômicas, sociais, psicológicas, etc.) sobre a pessoa do trabalhador atingido; porém contamina, na mesma profundidade, o âmbito comunitário que cerca o desempregado, em especial sua família. Tratando-se de desemprego maciço, o impacto atinge toda a sociedade, com a desestruturação do sistema de convivência interindividual e comunitária e o agravamento das demandas sobre o sistema estatual de seguridade e previdência sociais. A par disso, o desemprego acentua a diferenciação social, alargando a chaga da exclusão de pessoas e grupos sociais, que tanto conspira contra a Democracia. Mais ainda, esse fenômeno acaba por colocar todo o sistema econômico em perigosa antítese ao papel social que a ordem jurídica determina seja exercitada pela propriedade⁶.

Portanto, a dispensa coletiva não pode obedecer à mesma lógica e tampouco merecer o mesmo tratamento jurídico da dispensa individual. Há a necessidade de se conferir um regulamento mais rigoroso, mais criterioso, visando à proteção do corpo social como um todo.

2 O CASO EMBRAER: A NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA PRÉVIA E DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO

A EMBRAER, que é um conglomerado brasileiro de fabricantes de aviões, sofreu uma ação julgada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) em 2009, onde foi fixada a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores

A ação teve origem no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que reconheceu a abusividade da dispensa coletiva. O voto do relator Desembargador José Antonio Pancotti salientou que, no âmbito de direito coletivo do trabalho, a dispensa não constitui poder potestativo do empregador, o qual se aplica somente para as dispensas individuais, para a qual há proteção específica.

No TST, o Ministro Maurício Godinho Delgado afirmou que as dispensas massivas são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes e afrontam os princípios constitucionais, em especial o respeito

6 DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 3, p. 1096-1097. jul./set. 2011.

à dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e do emprego, a subordinação da propriedade à sua função socioambiental e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas⁷.

Colocou-se em evidência o problema social das demissões coletivas, cuja medida nem sempre é pautada por uma necessidade real, mas sim, sob o pretexto da inviabilidade econômica e financeira de manter os postos de trabalho diante da crise. Unilateralmente, o empregador, sem avisar, sem justificar, sem negociar, decide pela redução dos cargos⁸.

Diante dessas situações, a participação do ente sindical é imprescindível, pois reduz a disparidade lancinante que separa o trabalhador, como indivíduo, do empregador, o qual, isoladamente, já é um ser coletivo.

Assim, é plenamente justificável a exigência de negociação coletiva, pois a gama de direitos a se resguardar nesses casos é muito mais ampla, demarcados desde os princípios formadores do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, diante da repercussão social e econômica que provoca, Luiz Carlos Amorim Robortella destaca que a realização da dispensa coletiva deve estar sempre submetida a um controle estatal e sindical. Assim, afirma o autor:

O Estado ou o sindicato devem ser informados previamente da medida empresarial, para que, dentro de um interregno razoável, soluções alternativas mereçam exame, com vistas à reconsideração da medida, readaptação profissional dos empregados envolvidos ou atenuação do impacto social. No caso de se recusar o empregador a cumprir tal procedimento, a lei deve impor uma indenização especial⁹.

A necessidade de prévia negociação coletiva reside também no fato de que a sua falta viola diretamente o primado da boa-fé contratual objetiva. Sem haver a possibilidade de se verificar a conformidade das pretensões do empregador, pode-se estar diante de uma situação de omissão quanto aos reais motivos da dispensa coletiva ou, até mesmo, de total ausência de motivos, configurando a dispensa arbitrária.

7 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n. 30900.12.2009.5.15.0000. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 04 set. 2009.

8 Ibidem, 2009.

9 ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Idéias para a reforma da legislação do trabalho. *Revista do Advogado*, São Paulo, a. XXV, n. 82, p. 91. 2005.

A garantia do cumprimento pelo empregador do dever de boa-fé nas despedidas em massa é decorrente do próprio contrato de trabalho, pois os valores da boa-fé objetiva e seus consectários integram-no, impondo o dever de negociação das consequências da demissão. Nessa senda, não se deve reduzir o contrato às pretensões individuais dos contratantes, pois o instrumento deve, acima de tudo, estar em prol do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, servindo como meio de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade¹⁰.

Portanto, o contrato laborativo cumprirá sua função social quando se pautar no primado da solidariedade, o que será preservado mediante a adoção de negociação coletiva prévia, pois, assim, afasta-se a possibilidade de que a dispensa de empregados resulte de abuso de direito.

A dispensa coletiva é diametralmente oposta ao preconizado na Carta Magna. Dessa forma, tem-se por louvável a tese estabelecida pelo TST, pois a dispensa coletiva apresenta peculiaridades próprias, a sua dimensão atinge toda a sociedade, portanto deve-se buscar o contingenciamento de seus impactos negativos.

É através da negociação coletiva que os trabalhadores lesados terão assegurado o direito de exame da dispensa coletiva sob a ótica dos princípios protetivos, de modo que a sua ausência dá azo à condenação por indenização por dano moral coletivo.

O dano moral coletivo, além do caráter compensatório, tem uma finalidade pedagógica, no sentido de desestimular a prática danosa e evitar que novos casos continuem ocorrendo. Essa dupla finalidade da indenização por danos morais, vem sendo enfatizada pelo Colendo STJ, como ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº 860.705: “O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não volte a reincidir”¹¹.

Nessa senda, na IV Jornada de Direito Civil promovida em Brasília pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em outubro de 2006, foi editado o Enunciado nº 379, confirmando a validade do aspecto punitivo da indenização pelos danos morais, com a seguinte redação: “Art. 944. O art. 944, caput, do Código Civil não

10 DE PAULA, Carlos Alberto Reis. Dispensa Coletiva e Negociação. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 77, n. 2, p. 209-217, abr./jun. 2011.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 860.705. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 16 nov. 2006. *Diário de Justiça Eletrônico*, p. 1.

afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

De maneira categórica, o Ministro Aloysio Correa da Veiga, no julgamento do Recurso de Revista nº TST-RR-9800-84.2009.5.02.0251, também se pronunciou sobre o instituto:

A indenização por dano moral tem por fundamentos compensar o ofendido, sancionar o ofensor e prevenir novas condutas lesivas. Geralmente, por atingir o patrimônio psíquico, subjetivo e moral, afetando valores e sentimentos pessoais ou de uma coletividade, não permite que o ressarcimento ou compensação seja realizado de outra forma, senão pelo equivalente em dinheiro. No entanto, em muitas situações, a retratação ou o direito de resposta, mitigam o sofrimento vivido pelo lesado de forma a garantir uma compensação mais apropriada e resultando num efeito pedagógico e sancionador adequado.

No caso do dano moral coletivo, em que os aspectos inerentes à personalidade se mostram mais distantes (muito embora seja possível verificar a repercussão dos atos nos indivíduos singularmente considerados), os bens jurídicos precipuamente afrontados são os valores sociais e éticos da coletividade envolvida.

A dispensa coletiva, embora não possua regulação legal expressa, deve ser analisada com base nos primados da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da solidariedade, do direito de propriedade e da função social da empresa, todos de índole constitucional. Nessa perspectiva, diante da relevância e extensão dos efeitos, tem-se que a negociação coletiva prévia é imprescindível para a realização de qualquer dispensa coletiva. Tanto a negociação coletiva quanto a eventual dispensa a ser realizada devem se pautar pela observância dos princípios e garantias fundamentais atinentes ao indivíduo, ao trabalhador, à empresa, à relação de trabalho, tendo como base o dever de boa-fé objetiva, com a efetiva participação sindical. Nesse sentido, os art.7º, XXVI e 8º, III e VI, CF/88.

A inobservância da negociação coletiva prévia, por ocasião do despedimento em massa pelo empregador, se mostra abusiva por desrespeito ao dever de atuar com base na boa-fé objetiva que, mais que impor o dever geral de não prejudicar, acarreta obrigações adicionais inerentes ao dever de informação e de lealdade entre as partes.

Ante tais considerações, tem-se que a dispensa coletiva sem tentativas de negociação prévia se mostra autoritária, em afronta aos princípios constitucionais e legais aplicáveis à matéria, autorizando, em tese, o reconhecimento do dano moral coletivo¹².

Dessa forma, diante da conduta empresarial caracterizando a dispensa abusiva, sem prévia negociação coletiva, que viola normas de ordem pública, faz-se imprescindível a condenação por danos morais coletivos, visando à reparação da coletividade atingida, revertendo em benefício de toda a sociedade.

3 DEMISSÃO COLETIVA NO BRASIL: A CONVENÇÃO 158 DA OIT COMO NORTEADORA DE PARÂMETROS

A falta de amparo legal não pode constituir-se como óbice para a busca da efetividade do direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, tampouco para garantir o cumprimento do empregador às exigências da boa-fé objetiva e dos deveres anexos que impregnam o conteúdo do contrato de trabalho.

A legislação pátria prevê a utilização de analogia, da jurisprudência, dos princípios, dos costumes e do direito comparado quando houver lacunas, inclusive no campo do direito do trabalho (art. 4º LINDBc/c art. 8º CLT), de modo que não há que falar em liberdade no campo das despedidas em massa pela falta de disposição legal.

É justamente nesse contexto que se coloca em evidência a Convenção 158 da OIT, que versa sobre a rescisão do pacto laboral por iniciativa do empregador. Trata-se de um mecanismo para eliminar a despedida imotivada e efetivar uma despedida socialmente justa.

Ao observar o texto da norma, percebe-se que esta traz diretrizes a serem cumpridas pelo empregador visando atenuar as consequências adversas das demissões coletivas, de modo que a dispensa seja a última opção. Em seu artigo 2º sugere que sejam preservados os trabalhadores do quadro permanente da empresa em detrimento daqueles contratos ocasionalmente, para período de experiência ou com prazo determinado. No artigo 13 estabelece que seja oferecida aos representantes dos trabalhadores a oportunidade de verificarem medidas alternativas ao término do contrato:

12 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 9800-84.2009.5.02.0251. Relator: Ministro Aloysio Correa da Veiga. 27 set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, p. 9.

Art. 13 — 1. Quando o empregador prever término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos:

a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses termos;

b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre *as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos;*

(c) deverá notificar o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente, incluindo uma *exposição, por escrito, dos motivos dos termos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses termos (grifô nosso)*¹³.

Essas medidas são também compartilhadas pelos ensinamentos de Sérgio Pinto Martins:

Ao se tratar da dispensa, deve-se determinar qual o pessoal será atingido, podendo ser previsto o período em que as dispensas irão ocorrer. Para tanto, deverá haver a possibilidade de que outras alternativas possam ser empregadas, como de redução de salários e da jornada, possibilidade de os empregados dispensados serem os primeiros a ser reaproveitados em casos de contratações, concessão de férias coletivas, incentivos às aposentadorias voluntárias ou às saídas espontâneas¹⁴.

Infelizmente, a norma teve uma vida curta no ordenamento jurídico brasileiro, não chegando a ser aplicada. A convenção foi aprovada em junho de 1982, na 68^a reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra. No Brasil, o Decreto nº 68 de 16 de setembro de 1992

13 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 158. Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 68 de 16/09/1992. DOU 17/09/1992. s.p.

14 MARTINS, Sérgio Pinto. A convenção 158 da OIT e a Dispensa do Trabalhador. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, p. 477, 2008.

aprovou a convenção. Em 05 de janeiro de 1995, foi promovido o depósito do instrumento junto ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, para o respectivo registro. A convenção passou a vigor no Brasil a partir do decreto de promulgação: Decreto 1855 de 11 de abril de 1996¹⁵. Passados apenas 7 meses da vigência, em 20 de novembro de 1996 a convenção foi denunciada, com eficácia a partir de 20 de novembro de 1997. O Decreto 2100¹⁶ de 20 de dezembro de 1996 tornou pública a denúncia, no governo do então Presidente, Fernando Henrique Cardoso¹⁷.

Não obstante a denúncia da Convenção, tendo em vista o seu nítido caráter principiológico, não há óbices para sua aplicação no âmbito interno, não sendo relevante para tanto o fato de a mesma não vigorar no País, pois, conforme Arnaldo Süssekind¹⁸, as convenções não ratificadas constituem fonte material de direito, servindo de inspiração e modelo para a atividade legislativa nacional, bem como para os instrumentos de negociação coletiva.

Ademais, na doutrina e na jurisprudência vem sendo fortalecido o papel das normas internacionais como fonte subsidiária, como se pode ver no enunciado n° 3 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em Brasília:

3. FONTES DO DIREITO – NORMAS INTERNACIONAIS.

I – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES DA OIT NÃO RATIFICADAS PELO BRASIL. O Direito Comparado, segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. *Assim, as convenções da OIT não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria.*

15 O art. 16 da Convenção 158 da OIT estabelece o início da vigência no plano nacional após doze meses do depósito em âmbito internacional, já o art. 1º da LINDB estabelece que a norma somente passará a vigor na ordem interna do País depois de publicada no Diário Oficial.

16 Na ADI 1625 discute-se a validade do decreto de denúncia em razão da alegação de vício de inconstitucionalidade formal, pois o artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, atribui competência exclusiva ao Congresso Nacional para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, enquanto o decreto de denúncia foi editado pelo Presidente da República sem a participação do Congresso Nacional. A matéria está pendente de julgamento.

17 MARTINS, op. cit., p. 463-464.

18 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998

II – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. O uso das normas internacionais, emanadas da OIT, constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das Convenções ratificadas pelo país. *As demais normas da OIT, como as Convenções não ratificadas e as Recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica* (grifo nosso)¹⁹.

Ainda, não se pode esquecer o que preconiza a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho:

A Conferência Internacional do Trabalho,

2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação²⁰.

Nessa senda, os procedimentos indicados pela norma internacional valem como princípios gerais e, como tais, podem servir de parâmetro para as negociações coletivas no âmbito das demissões em massa, principalmente tendo em vista a premissa fixada pelo TST no Caso Embraer. Outrossim, já no art. 1º da Convenção 158 há referência para que as suas disposições “sejam aplicadas por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional”²¹.

No mesmo sentido, o Desembargador José Antonio Pancotti, no julgamento do dissídio coletivo de origem do caso Embraer, no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, defende a eficácia da Convenção 158 da

19 ENAMAT. 1ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Brasília: 23 nov. 2007. s.p.

20 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*, s.p.

21 Convenção nº 158, op. cit., s.p.

OIT para suprir a falta de previsão normativa que estabeleça critérios para a demissão coletiva, conforme se observa no seguinte trecho do acórdão:

Neste espectro de princípios basilares explícitos na Constituição da República encontram-se os fundamentos para sustentar que as demissões coletivas de trabalhadores por empresas, quer sejam por inovações tecnológicas, automações, crises econômicas etc., quer por supressão de estabelecimentos, por seus impactos econômicos e sociais, não são imunes a uma rede de proteção dos trabalhadores atingidos. Esta proteção deve ter outros parâmetros que não aqueles que o Direito do Trabalho expressamente concede aos trabalhadores que sofrem demissões individuais.

Os pressupostos do regime geral do Direito do Trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego na despedida individual são insuficientes para fazer frente à gravidade do fenômeno da dispensa coletiva.

Por esta razão, como visto acima, os ordenamentos jurídicos alienígenas, inspirados na Convenção nº. 158 da OIT, regulamentaram a demissão coletiva de forma minuciosa, partindo de diretrizes que exigem desde pedidos, autorizações ou comunicações prévias às autoridades competentes, negociações coletivas que previamente estabeleçam critérios de demissão e, finalmente, se não for possível evitar as demissões coletivas, determinam que se proceda com alternativas de proteção aos trabalhadores de modo a causar o menor impacto possível para as suas famílias e, por consequência, para a coletividade²².

Ademais, cabe destacar que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos – no caso, convenções da OIT, que são verdadeiros tratados especiais de direitos humanos – estão hierarquicamente acima da legislação consolidada, haja vista o status de supralegalidade, consoante a jurisprudência do STF, seguida pelo TST, como pode se observar nas conclusões do acórdão proferido no RR-2439-05.2011.5.15.0018, 7ª Turma, de relatoria do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho:

[...] c) mesmo que não se reconheça a natureza de normas materialmente constitucionais dos tratados internacionais sobre direitos humanos, a jurisprudência consolidada do STF lhes reconhece status de supralegalidade, o que significa afirmar estarem em patamar de hierarquia superior à CLT;

22 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Dissídio Coletivo n. 00309-2009-000-15-00-4.

Relator: Desembargador José Antonio Pancotti. Brasília, 30 mar. 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*, p. 22-23.

d) em virtude de constituírem instrumentos consagradores de direitos sociais, as convenções da OIT correspondem a tratados de direitos humanos e, por conseguinte, possuem tal hierarquia normativa, além de conteúdo mais favorável [...]²³.

Aliás, a despeito da natureza jurídica das convenções da OIT, como bem destacou Gabriela Neves Delgado ao comentar o julgado supramencionado, o que tem maior relevância para a aplicabilidade ou não de determinada norma é o alcance de sua proteção aos trabalhadores, levando-se em conta o quanto a norma garante a dignidade da pessoa humana:

Como os diversos jurídicos de proteção devem interagir em benefício dos indivíduos protegidos, e o que importa é o grau de eficácia dessa proteção, deve-se aplicar, em cada caso concreto, “a norma que ofereça melhor proteção à vítima”, adotando-se o valor humano, orientado pelo postulado da dignidade da pessoa humana, como referência maior para o cotejo da norma²⁴.

A adoção de normas internacionais encontra respaldo também no dever de responsabilidade social inerente à atividade empresarial. No Brasil, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) possui a ABNT-BR ISO 26000, que define os princípios da responsabilidade social, traçando diretrizes aplicáveis a todos os tipos e portes de organizações (pequenas, médias e grandes) e de todos os setores (governo, ONGs e empresas privadas).

Aplicável diretamente ao caso, o Princípio do Respeito pelas Normas Internacionais de Comportamento estabelece o dever de se adotar prescrições de tratados e acordos internacionais favoráveis à responsabilidade social, mesmo que não haja obrigação legal²⁵.

Ademais, segundo essa norma, estar-se-á cumprindo o Princípio do Comportamento Ético, ao agir com base nos valores da honestidade, equidade e integridade, perante as pessoas e a natureza e de forma consistente com as normas internacionais de comportamento.

Inferê-se desses princípios que os atos de gestão do empregador, dentre os quais se insere a demissão de trabalhadores, devem seguir de modo aceito

23 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª turma. Recurso de Revista n. 2439-05.2011.5.15.0018. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 4 de dezembro de 2015. *Diário de Justiça Eletrônico*, s.p.

24 DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 3, p. 65. jul./set. 2011.

25 ABNT. ABNT NBR ISO 26000. Diretrizes em Responsabilidade Social.

como correto pela sociedade, pautados, portanto, nos limites da responsabilidade social, do respeito à dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho humano, da função social da propriedade e da busca do pleno emprego.

Diante desse quadro, os ditames da Convenção 158 podem (e devem!) servir de modelo para que se busque evitar ou amenizar as dispensas em massa, pois assim o setor empresarial estará agindo de acordo com o que vaticinam os princípios da responsabilidade social.

O que a Convenção propugna nada mais é do que sugerir ao empregador a análise da situação por outro ângulo, para que, diante de uma necessidade, não veja a demissão de todo um grupo como a única solução.

Para tanto, é imprescindível que se busque o auxílio dos sindicatos representantes dos trabalhadores, para instaurar um diálogo à procura de meios para reverter o problema, principalmente em razão da característica da alteridade do contrato do trabalho, pela qual os riscos do empreendido são do empregador, não cabendo ao empregado o encargo de suportá-los.

O Ministério Público do Trabalho e o Poder Judiciário já vêm enfatizando que seja proposto às empresas a busca por soluções alternativas à dispensa, como se pode observar na recente decisão da Ação Civil Pública nº 01518-87. 2015.5.09.0013, em que o Banco Bradesco foi proibido de realizar uma demissão em massa após ser adquirido pelo HSBC. Na ação, o Ministério Público do Trabalho também pediu que o Bradesco fosse condenado a:

- pagar ou manter o pagamento de vale alimentação, auxílio alimentação ou benefício equivalente para cada trabalhador demitido pelo período de cinco anos, a partir do mês da dispensa;
- oferecer cursos de qualificação profissional a todos os trabalhadores dispensados, cujas vagas devem ser suficientes ao número de dispensados;
- garantir a todos os empregados dispensados serviços especializados de busca de postos de trabalho, a contar da data dispensa;
- assegurar a manutenção do seguro saúde ou crie benefício equivalente, pelo prazo de cinco anos, para cada trabalhador demitido, extensivo aos seus familiares;
- garantir a compensação financeira para todos os trabalhadores dispensados, correspondente ao pagamento do valor equivalente a um

salário bruto para cada ano de serviço prestado em favor do HSBC, de acordo com o valor vigente na data da dispensa, a ser pago até o 10º dia útil contado da data da dispensa; e

- manter o direito de preferência dos empregados dispensados no caso de recontração para os mesmos ou para novos postos de trabalho²⁶.

Dessa situação citada, o que se concluiu é que o modo de encarar os casos de dispensa coletiva vem mudando, com a adoção da postura defendida pela Convenção, no sentido de que o término da relação de trabalho somente estará justificado se existir uma causa relacionada com a capacidade ou o comportamento do trabalhador ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, exigindo-se procedimento prévio com possibilidade de defesa pelo trabalhador.

Logo, aplicar as diretrizes da Convenção é um meio efetivo para combater os abusos do poder econômico, da livre iniciativa e do poder potestativo, pois, mesmo diante de uma “crise mundial”, a conduta ética, a observância da boa-fé, dos princípios protetores do direito do trabalho não pode ser deixada de lado.

Diante do exposto, embora não haja um dispositivo legal específico para regular a dispensa coletiva, a Constituição Federal, e o próprio regime jurídico democrático sobre o qual se funda a República Federativa do Brasil, deixam claro a necessidade de se resguardar os direitos sociais dos trabalhadores frente o mercado econômico.

4 PROJETO DE LEI Nº 6.787/2016: A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA E O CANTO DA SEREIA

Vigora, no Brasil, desde 13 de maio de 1943 a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), criada pelo Decreto-Lei nº 5.452, que unificou toda a legislação trabalhista no país, desde então desempenhando um papel de proteção dos direitos do trabalhador. No entanto, a legislação trabalhista pátria sempre foi alvo de duras críticas, especialmente da classe empregadora, que questionavam a desatualização do regramento trabalhista no Brasil e a excessiva onerosidade que acarretava ao empregador. Assim, a reforma da legislação do trabalho não é pauta nova no cenário jurídico nacional e o desejo por uma flexibilização das relações empregatícias é visível no projeto neoliberal das reformas brasileiras.

26 BRASIL, 2016, op. cit., s.p.

Assim como nos outros países subdesenvolvidos, a formação do mercado de trabalho no Brasil foi marcada pelo rápido processo de urbanização e industrialização, com grande migração rural, que originou um mercado de trabalho heterogêneo, com postos de trabalho instáveis e baixos salários. O assalariamento é a forma prevalecente de inserção nesse mercado – ou dos que conseguem se inserir nele – sendo, todavia, insuficiente para absorver todo o contingente de trabalhadores que se dispõem a vender sua força de trabalho²⁷.

Esses processos acabaram gerando um mercado de trabalho estruturalmente distorcido, com postos de trabalho criados sem estruturas e abrangência limitada da regulação pública das relações de trabalho, com uma atuação sindical cerceada durante muito tempo, enquanto vigoravam regimes autoritários. Apesar disso, o aumento do trabalho assalariado formal e o aumento na absorção de mão de obra acarretaram uma elevada mobilidade social e uma expansão na assimilação de padrões de consumo, especialmente na classe média.

A partir da década de 1980, houve uma significativa diminuição no ritmo de crescimento da economia, e a economia brasileira sofreu com um grande processo inflacionário. Na política, os ideais neoliberais que defendiam uma maior abertura comercial e econômica, com privatização de empresas estatais, foram contidos pelo movimento de abertura política pelo qual o país passou na época. Isso permitiu que, no campo da regulação do trabalho, essa década fosse marcada pelos grandes avanços contidos na Constituição Federal de 1988, que ampliou a proteção social e estruturou as relações de emprego.

As políticas neoliberais, no entanto, voltaram a ser implementadas a partir da década de 1990, cujo discurso se mostrou sedutor diante da explosão das taxas de desemprego e avanço da informalidade ocorridas a partir de 1995. Além disso, também se fortaleceram críticas à legislação trabalhista, e passou a ser vista como a fonte rígida de mazelas, e o discurso em prol da flexibilização das leis trabalhistas passaram a se disseminar na sociedade. “O período 2004–2014, por seu turno, foi de reconfiguração do mercado de trabalho brasileiro, no sentido de uma reestruturação inclusiva”²⁸

Um mercado de trabalho formado em uma economia subdesenvolvida traz peculiaridades, e a retração econômica, invariavelmente, afeta o mercado de trabalho, gerando aumento no desemprego e queda dos

27 LÚCIO, Clemente Ganz; DUCA, Fernando Murta Ferreira. Crise econômica e mercado de trabalho no Brasil. *Carta Social e do Trabalho*, Campinas, n. 33, p. 1-16. jan./jun. 2016.

28 OLIVEIRA, Tiago. A estruturação distorcida do mercado de trabalho no Brasil e sua reconfiguração nos anos 2000. *Carta Social e do Trabalho*, Campinas, n. 33, p. 17-24. jan./jun. 2016, p. 22-23.

rendimentos²⁹. Essa situação parece dar fôlego para os críticos da estrutura normativa trabalhista brasileira, e a retomada das políticas neoliberais é privilegiada como única forma de impedir o retrocesso dos níveis de emprego e transferência de renda.

Fortalecido por esse cenário, em 23 de dezembro de 2016, o Projeto de Lei (PL) nº 6.786³⁰ foi apresentado, cujo objeto é a alteração da CLT, com a justificativa de modernização das leis trabalhistas. Esse Projeto integra a plataforma do Governo Temer (PMDB), que assimila as diretrizes do programa *Ponte para o Futuro* peemedebista, que posteriormente foi renomeado como *Para reconstruir o Brasil*, que nada mais é do que a retomada da agenda neoliberal dos anos 1990 a partir de medidas de austeridade³¹.

O Direito do Trabalho, nesse programa, se torna refém de um discurso empresarial, e é encarado como um obstáculo para o crescimento econômico, e a aclamada modernização do mercado de trabalho parece sustentar medidas que incluem, por exemplo, a ampliação da jornada laboral e a adoção de um sistema de contratos de trabalho de zero hora, em que há a ausência de uma jornada fixa.

O discurso do governo nada mais é do que “[...] a reprodução das diretrizes do Consenso de Washington dos anos 1990, que afirma a necessidade de privatização e desregulamentação como condição para o crescimento e a expansão capitalista”³².

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 23 considera o direito ao trabalho um direito humano. Além disso, a Constituição brasileira encara o trabalho como um direito social em seu art. 6º, e como base da própria ordem social, no art. 193. No entanto, a PL altera mais de 200 artigos da CLT, mudando profundamente as estruturas - e em claro desrespeito aos princípios constitucionais e trabalhistas.

O objetivo é adequá-la aos interesses do mercado e adversa, em última instância, aos mecanismos clássicos de distribuição de renda. Numa trajetória que reafirma nossas heranças patriarcais e escravocratas,

29 LÚCIO, Clemente Ganz; DUCA, Fernando Murta Ferreira. Crise econômica e mercado de trabalho no Brasil. *Carta Social e do Trabalho*, Campinas, n. 33, p. 1-16. jan./jun. 2016.

30 Informações obtidas a partir do website oficial da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 23 maio 2017.

31 SANTOS, Roseniura. A retomada do programa neoliberal do Governo Temer e seus possíveis impactos sobre a auditoria fiscal do trabalho brasileira. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 239, p. 795-812. 2016.

32 SANTOS, op. cit., p. 805.

alicerçadas na desigualdade e na exclusão social, fragilizam-se as políticas sociais de caráter universal, o papel do Estado e dos sindicatos, sem qualquer iniciativa no sentido de uma reforma que aponte para uma tributação progressiva e para a taxação das grandes fortunas³³.

Essas políticas de flexibilização acabam se concentrando apenas no trabalho temporário, enquanto outras relações de trabalho permanecem inalteradas desde os anos 1980. A *Organisation of Economic Cooperation and Development (OECD)* estudou o impacto das leis de proteção ao trabalho, e concluiu que ele vem sendo analisado por meio de estudos empíricos que apresentam resultados conflitantes. Além disso, essas leis ainda podem apresentar impactos negativos nas taxas de empregos de determinados grupos, como jovens e mulheres, que poderão apresentar maiores dificuldades no mercado de trabalho³⁴.

Até a data de atualização desta pesquisa, a reforma trabalhista havia sido encaminhada para votação pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado, e, se aprovada, ainda deverá ser votada pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS) e pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), antes de ser encaminhada para votação pelo plenário do Senado.

Dentre as propostas, o projeto insere o art. 477-A na CLT, com a finalidade de autorizar as dispensas coletivas ou plúrimas sem maiores entraves, pois equipara a dispensa coletiva à individual, dispensando a necessidade de intervenção sindical. A ausência da atuação sindical causa estranheza, vez que este ente poderia auxiliar na busca por soluções para minimizar o impacto que as demissões em massa causam na economia e na própria sociedade, contrariando de morte a Convenção 158 da OIT.

Tamanha proposta é um claro retrocesso e totalmente contrário ao preceito constitucional do valor social do trabalho, e afeta até mesmo a livre iniciativa, a função social da propriedade e a busca por emprego (arts. 1º, IV e 170, III e VIII da CF).

Alterar a regulação existente, da forma como é proposta, inclui o reestabelecimento de fronteiras, na criação de políticas e oportunidades, cujo principal efeito é uma desregulamentação do mercado de trabalho, em consonância com a política global das principais instituições de monitoramento econômico, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial

33 BIAVASCHI, Magda Barros; KREIN, José Dari. A ponte para a desproteção ao trabalho: o canto da sereia e os desencantos na nova ordem. *Carta Social e do Trabalho*, Campinas, n. 33, p. 81-86. jan./jun. 2016. p. 84-85.

34 ROGOWSKI, Ralf. *Reflexive Labour Law in the World Society*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc., 2015.

(BM), que observam o direito do trabalho com ideais próximos ao neoliberalismo, aumentando a possibilidade de barganha e acordos nas regulações trabalhistas. O efeito negativo desse cenário é que, a sociedade mundial e globalizada tem servido de palco para distribuições desiguais de renda e as democracias modernas estão sob uma pressão crescente para resolver essas relações desiguais³⁵.

No cenário atual, se faz muito mais necessária a intervenção estatal para combater as demissões em massa, que se propagam de norte a sul. Todavia, o Governo está buscando facilitar a demissão coletiva, em nítido retrocesso aos direitos sociais, o que é veemente vedado pela Carta Magna. Logo, a reforma é inoportuna e ineficaz para o momento de crise, tanto econômica quanto política que o país enfrenta, pois não servirá para diminuir os índices de desemprego como promete, mas tão somente beneficiar a classe econômica, desonerando os empregadores.

A promessa de modernização encartada pela reforma trabalhista nada mais é do que o canto da sereia, medida surreal que não corresponde com a realidade, cujo resultado será a precarização dos direitos trabalhistas arduosamente conquistados historicamente. No entanto, diante dos recentes escândalos de corrupção que tem sacudido as bases do governo, e a discussão em torno do golpe institucional, estaria a democracia brasileira forte o suficiente para suportar as mudanças nas estruturas de inclusão e exclusão que, invariavelmente, as propostas de desregulação e flexibilização acarretam ou será iludido pelo canto da sereia, que promete uma solução rápida para o cenário trabalhista nacional?

5 CONCLUSÃO

A omissão do legislador pátrio em regulamentar formas de proteção à dispensa coletiva afronta o cerne do Estado Democrático de Direito, regime político sob o qual se funda o Brasil, cujas premissas defensivas centram-se no respeito à dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho.

Dessa forma, não se pode cogitar, em um Estado que se funda na cultura do bem-estar social, que o trabalhador, sujeito de direitos, sofra com a inércia legislativa, vendo-se ao alvedrio do empregador, desamparado, impedido de alcançar o conjunto de direitos que lhe são constitucionalmente assegurados.

Evidente que a crise econômica é um fato objetivo a ensejar a demissão em massa, no entanto, deve-se buscar suavizar os seus efeitos com medidas alternativas, de modo que a demissão seja vista como a última opção.

35 ROGOWSKI, op. cit.

Felizmente, o Tribunal Superior do Trabalho, conforme observado no julgamento do caso Embraer, definiu a necessidade de prévia negociação coletiva, medida que proporciona uma melhor avaliação dos termos da demissão.

Contudo, exigir a negociação, por si só, não basta para diminuir os impactos sociais e econômicos da dispensa coletiva. É necessário que sejam estabelecidas diretrizes norteadoras da negociação, para que esta tenha força de reduzir as suas consequências.

O discurso das contingências econômicas não pode sempre triunfar, a dispensa coletiva deve ser um ato dialogado e não unilateral, a empresa tem o dever de demonstrar os motivos que a levaram a dispensa coletiva. Além disso, também se deve considerar o Projeto de Lei nº 6.787/2016, a famigerada Reforma Trabalhista, que, se aprovada, será um inegável retrocesso, cujos reflexos sob a dispensa coletiva serão drásticos, ameaçando todos os avanços conquistados até então.

A sociedade tem compromisso com a manutenção do pleno emprego resguardada constitucionalmente. Assim, as condutas do setor empresarial têm que estar pautadas sob a base da proteção ao emprego, comprovando que todas as alternativas foram buscadas para se evitar a demissão coletiva. A todos os empregados deve-se garantir a preservação da dignidade da pessoa humana, sem praticar nenhum ato ilícito.

Portanto, é plenamente cabível a utilização da Convenção 158 da OIT como parâmetro para a negociação coletiva, visando à formação de um diálogo intersindical no sentido de empreender todos os esforços para evitar as demissões.

REFERÊNCIAS

ABNT. ABNT NBR ISO 26000: *Diretrizes em Responsabilidade Social*. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/pontos-iso.asp#definicoes>. Acesso em: 17 ago. 2016.

BIAVASCHI, Magda Barros; KREIN, José Dari. A ponte para a desproteção ao trabalho: o canto da sereia e os desencantos na nova ordem. *Carta Social e do Trabalho*, Campinas, n. 33, p. 81-86. jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2016/11/Carta-Social-e-do-Trabalho-33.pdf#page=85>>. Acesso em: 23 maio 2017.

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

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário n. 6155-89.2014.5.15.0000. Relator: Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, 26 fev. 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RO%20-%206155-89.2014.5.15.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAANJZAAM&dataPublicacao=26/02/2016&localPublicacao=DEJT&query>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 9800-84.2009.5.02.0251. Relator: Ministro Aloysio Correa da Veiga. 27 set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=D2C569F8998B3CC903A793733BFD9B0B.tst32?conscsjt=&numeroTst=9800&digitoTst=84&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0251&consulta=Consultar>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n. 30900.12.2009.5.15.0000. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 04 set. 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*, Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2009&numProcInt=610045&dtaPublicacaoStr=04/09/2009%2007:00:00&nia=4889173>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Dissídio Coletivo n. 00309-2009-000-15-00-4. Relator: Desembargador José Antonio Pancotti. Brasília. 30 mar. 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*, Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br/consulta/owa/documento.rtf?pAplicacao=DOCASSDIG&pId=45510>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 860.705. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 16 nov. 2006. *Diário de Justiça Eletrônico*, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=860705&b=ACOR&p=true&l=10&i=9>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projetos de Lei e Outras Proposições*. PL 6787/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 23 maio 2017.

DE PAULA, Carlos Alberto Reis. Dispensa Coletiva e Negociação. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 77, n. 2, p. 209-217. abr./jun. 2011.

DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 3. Jul./Set. 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

ENAMAT. 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Brasília: 23 nov. 2007.

GOMES, Orlando. *Dispensa Coletiva na Reestruturação da Empresa – Aspectos Jurídicos do Desemprego Tecnológico*. São Paulo: LTr, 1974.

LÚCIO, Clemente Ganz; DUCA, Fernando Murta Ferreira. Crise econômica e mercado de trabalho no Brasil. *Carta Social e do Trabalho*, Campinas, n. 33, p. 1-16. jan./jun. 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. *COAD: Doutrina e Jurisprudência*. Fascículo Semanal n. 52, a. XLII, p. 497-510, 2008.

MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. A convenção 158 da OIT e a Dispensa do Trabalhador. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v. 14, p. 464-487. 2008.

MPT-PR, Bradesco não poderá realizar dispensa coletiva em função da aquisição do HSBC. *Notícias PRT Curitiba*. Curitiba, 16 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.prt9.mpt.mp.br/informe-se/noticias-do-mpt-pr/45-noticias-prt-curitiba/869-bradesco-nao-podera-realizar-dispensa-coletiva-em-funcao-da-aquisicao-do-hsbc>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

NETO, Xisto Tiago de Medeiros. Indenizações por danos morais coletivos. *Revista TST*, Brasília, v. 80, n. 1, p. 212-224. jan./mar. 2014. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/61242/017_medeiros_netto.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 ago. 2016.

OLIVEIRA, Tiago. A estruturação distorcida do mercado de trabalho no Brasil e sua reconfiguração nos anos 2000. *Carta Social e do Trabalho*, Campinas, n. 33, p. 17-24. jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2016/11/Carta-Social-e-do-Trabalho-33.pdf#page=85>>. Acesso em: 23 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 158*. Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 68 de 16/09/1992. DOU 17/09/1992. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_158.html>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2016.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Idéias para a reforma da legislação do trabalho. *Revista do Advogado*, São Paulo, a. XXV, n. 82. 2005.

ROGOWSKI, Ralf. *Reflexive Labour Law in the World Society*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc., 2015.

SANTOS, Roseniura. A retomada do programa neoliberal do Governo Temer e seus possíveis impactos sobre a auditoria fiscal do trabalho brasileira. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 239, p. 795-812. 2016. Disponível em: <<https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/268/235>>. Acesso em: 23 maio 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

RECEBIDO EM: 27/05/2017

APROVADO EM: 29/06/2017

CRISE, PROGRESSO, REVOLUÇÃO E INVOLUÇÃO NO DIREITO

CRISIS, PROGRESS, REVOLUTION AND INVOLUTION IN LAW

Clarice Gomes de Oliveira

*Doutoranda em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em
Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB).*

SUMÁRIO: Introdução; 2 Progresso, crise e retrocesso; 3 Progresso no processo: reformas processuais brasileiras; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O direito como regulador das relações sociais passa por periódicas transformações fruto das mudanças ocorridas nas demandas da sociedade. Desde a modernidade, a positivação do direito segue trajetória crescente, com ampliação de sua esfera de atuação. Tal trajetória enfrenta momentos cíclicos de estabilidade e crise. Em linhas gerais, o sentido vem sendo o da expansão da prestação jurisdicional, seja pela consagração de novos direitos, sobretudo de cunho social, coletivos e difusos, seja pela ampliação do número de demandantes. A sociedade moderna caracteriza-se por uma complexidade imanente. Consequentemente, a função judicante precisa adaptar-se à nova realidade. Em busca do ideal de justiça, reclama-se a simplificação e a celeridade do direito processual. As crises refletem-se no direito processual e atuam como gatilho para implementação de melhorias. Neste artigo exploram-se as reformas processuais brasileiras e seus motivadores. Conclui-se que há um paradoxo inerente entre o ideal de acesso à justiça e as condições de possibilidade de prestação jurisdicional de maneira efetiva e célere.

PALAVRAS-CHAVE: Crise. Direito. Reforma. Processo Civil. Acesso à Justiça.

ABSTRACT: The law as regulator of social relations goes through periodic transformations resulting from the changes occurring in the demands of society. Since modern times, the affirmation of law follows a growth trajectory, expanding its sphere of influence. Such trajectory faces cyclical moments of stability and crisis. In general, the main characteristic is the expansion of the jurisdictional provision by the recognition of new rights, mainly social, collective and diffuse, and the increase in the number of plaintiffs. Modern society is characterized by intrinsic complexity. Consequently, the judicial system must adapt to the new reality. Along with the pursuit of the ideal of justice, there is a need for simplification of procedural law. The crises are reflected in procedural law and they act as a trigger for the implementation of reforms. This article explores Brazilian procedural reforms and their motivators. The conclusion points out that there is a paradox between the ideal of access to justice and the conditions of possibility of jurisdictional provision in an effective and rapid manner.

KEYWORDS: Legal Crisis. Legal Reform. Civil Procedure. Access to Justice. Law

INTRODUÇÃO

Onde há sociedade, existe o Direito. Onde há sociedade, há intenção de progresso. Logo, é inevitável associar Direito e noção de progresso. Posto de outra forma, tendemos a pensar que leis mais adequadas, justas e que cubram um largo espectro das relações sociais são a materialização do progresso jurídico. Contudo, cumpre lembrar que leis são materializações de posições e escolhas políticas: são cristalizações de forças políticas¹ que, para serem aceitas por todos e aplicadas sem dificuldade são apresentadas ficticiamente como expressão da vontade geral².

Assim, antes de chegar na propriamente na produção legal, cumpre resgatar o componente político, contextualizar os sistemas nos quais as leis estão inseridas. Vivemos, no mundo moderno ocidental, a consagração da democracia. As monarquias que persistem em nada lembram os regimes monárquicos de outrora: são monarquias democráticas, parlamentaristas, nas quais o rei ou rainha encontra-se consideravelmente isolado da dinâmica do governo, da dinâmica dos três poderes. Esta talvez tenha sido uma das grandes transformações do direito nos últimos séculos: a constitucionalização dos regimes políticos e a conseqüente divisão de funções e tarefas: legislar, executar e punir quem infringir a lei. Com o passar do tempo e o aumento da complexidade das relações político-administrativas correlatas ao aumento das funções estatais, as fronteiras entre as funções passam a ser mais fluidas, evanescidas até, com o aumento da função legislativa, especialmente em prol do executivo. Tal é o contexto no qual a positivação do direito insere-se: o da crescente complexidade da sociedade moderna e da necessidade de efetividade dos sistemas jurídicos.

O processo de produção de leis, ou a positivação do direito é, para Ripert³, um processo que envolve a mediação de forças opostas: de um lado, forças conservadoras morais e religiosas, forças econômicas de defesa de bens e direitos, entre outras; de outro, forças reivindicativas e criadoras de um novo direito – a força dos proletários e as forças ideológicas. A dinâmica dessas forças faz com se alternem períodos de estabilidade das leis com outros de mudança trazidas pela ascensão de novos grupos ao poder. Para Calamandrei⁴, a estabilidade legal significa que as leis são representação de justiça da consciência social. Inversamente, a instabilidade

1 CALAMANDREI, Piero. *A crise da justiça*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p.18.

2 RIPERT, George. *Evolução e Progresso do Direito*. In: CALAMANDREI, Piero. *A crise da justiça*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 42.

3 *Ibidem*.

4 CALAMANDREI, op. cit.

legal ou a mudança de regime político significariam a busca por um novo padrão de justiça.

Portanto, temos fluxos complementares de complexificação: aquele que ocorre entre as forças sociais e políticas e, em decorrência disso, o que ocorre com a regulação da relação ente essas forças por meio do Direito. As mudanças são vistas, sobretudo por aqueles que a promovem, como progresso, como concretização de conquistas que representam avanços em relação à ordem anteriormente vigente.

Neste artigo discorre-se sobre a complexidade crescente das relações sociais e seus reflexos no mundo jurídico, gerando crises estruturais. Primeiramente, aborda-se o caráter recorrente das crises. Em seguida, trata-se dos reflexos dessas crises no direito processual, explorando as reformas processuais brasileiras e seus motivadores. Conclui-se que há um paradoxo inerente entre o ideal de acesso à justiça e as condições de possibilidade de prestação jurisdicional de maneira efetiva e célere.

1 PROGRESSO, CRISE E RETROCESSO

Foram as revoluções liberais que causaram a primeira grande transformação do Direito com a inclusão da separação de poderes como elemento central no conceito de Constituição, objetivando limitar o poder político e transferir a titularidade da soberania do monarca para o povo. Sendo uma revolução de cunho liberal, o reflexo nas leis seria a preservação das liberdades individuais, com cerceamento da função legislativa estatal, limitando o Estado a “produzir a lei, a executá-la, bem como a censurar a sua violação”⁵.

Ao longo do tempo, a expansão dos direitos individuais transforma o conceito de cidadania. Antes calcado na liberdade do indivíduo, este passa a ser dependente da prestação de serviços e de garantias por parte do poder público. Para ser cidadão, é preciso ter acesso a políticas públicas. Essa modificação de expectativas em relação ao Estado, acentuada desde meados do século XX, reflete-se na produção de leis.

O que faz o que chamamos de ordenamento jurídico é garantir um conjunto de valores hegemônicos a partir dos quais afirma-se o que a sociedade deve ser e o que os indivíduos e grupos devem fazer para poder obter os bens necessários para uma vida digna; tudo isso em função dos

5 CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 30-36.

processos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano que ditos valores hegemônicos propõem como os mais justos.⁶

O ordenamento jurídico passa, portanto, a incorporar mais e mais normas, a dispor cada vez mais sobre diversos aspectos das relações sociais, sobretudo em prol dos direitos sociais. A perspectiva histórica da evolução do Direito é fundamental para a compreensão dos fenômenos jurídicos, para a compreensão do direito em ação⁷. Esse crescimento do espaço normado tende a ser interpretado como indicador de progresso do mundo jurídico.

Só que o progresso jurídico não pode ser entendido como sujeito às mesmas regras do progresso científico. De acordo com Ripert⁸, o progresso científico pauta-se pela negação do passado: a cada nova descoberta científica, as teorias e explicações anteriores são derrubadas; no progresso jurídico, não se pode simplesmente negar o passado – a lei é conciliação entre presente e passado, é integrada à ordem jurídica existente. Uma lei nova, ainda que altere completamente a regulação do tema em questão, jamais pode ser entendida como a lei correta, fazendo da revogada a errada, mas tão somente como nova expressão da vontade geral (ou dos grupos que acessam os espaços de poder).

As novas forças políticas que ascendem trazem dinamismo ao direito e inovações legais, que refletem a nova ordem social: imprimem sua marca com a proliferação de leis, o que entendem como progresso. A pulverização das leis é acompanhada da heterogeneidade de seus conteúdos, o pluralismo das forças políticas e sociais, ciosas de afirmar suas pretensões na estrutura do Estado, reverbera na heterogeneidade dos valores e interesses expressos na lei⁹. No Estado Social, ocorrem dois fenômenos correlatos: a função legislativa atua como jamais atuou, com aumento considerável no número de leis; e o Estado recorre cada vez mais a outros instrumentos jurídicos que não a lei¹⁰.

Quando a lei muda constantemente, traz mais malefícios do que vantagens:

6 HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 65-6.

7 REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 31.

8 RIPERT, op. cit.

9 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. 9. ed. Madrid: Trota, 2009. p.37.

10 CLÈVE, op. cit., p. 49.

A abundância de leis pode ser uma necessidade em períodos em que se impõe o intervencionismo. Mas se constituir uma necessidade, será temerário considerá-la um progresso. Pelo contrário, é justamente uma das causas profundas da crise do direito esta mobilidade da legislação que deixa os sujeitos de direito na incerteza, impedindo-os de contar com o futuro, obrigando-os a modificar incessantemente sua conduta e fazendo-os duvidar do valor das leis.¹¹

Ao excesso legislativo Carnelutti¹² chama de hipertrofia da lei, que tem como consequência a perda de vista sobre as exceções e o equilíbrio entre certeza (da lei) e justiça (ponderação da exceção).

A multiplicação da atividade legislativa do Estado foi severamente criticada. Primeiro, porque o processo de interpenetração entre o direito e a economia, o jurídico e o social, conduziu à juridicização de tudo, com os mais graves inconvenientes. Em segundo lugar, porque tal processo banalizou o direito, retirando dele o seu caráter sagrado. Depois porque a inflação legislativa corrompeu um princípio caro ao universo jurídico: a presunção de que todos conhecem a lei. Afinal, o sistema jurídico sustenta a sua funcionalidade na suposição de que a norma jurídica é conhecida. O direito não consegue afastar-se do preceito segundo o qual *ignorantia legis neminem excusat*. Mas, quem conhece o direito quando ele entra em minúcias, sofre alterações constantes ou encontra-se veiculado por milhares de atos legislativos? O próprio princípio da segurança jurídica, e cumpre lembrar que a segurança foi uma das bandeiras justificadoras da Revolução Francesa, esboroa-se.¹³

Temos, portanto, duas dimensões da crise do direito: uma primeira dimensão ligada às mudanças e revoluções sociais. A crise da legalidade ocorre quando a lei que se aplica não mais representa a consciência social¹⁴. Mudanças políticas implicam tentativas de estabelecimento de uma nova ordem jurídica e são, em parte, bem-sucedidas posto que conseguem avanços concretos na regulação das relações sociais. Exemplo simples disso é a trajetória de acréscimo de direitos sociais e direitos difusos que se viu desde meados do século passado. A segunda dimensão correlata à primeira é a inflação legislativa: quando cresce o número de leis, diminui a possibilidade de sua formação cuidadosa e equilibrada¹⁵, afetando a composição sistêmica do direito.

11 RIPERT, op. cit., p. 46.

12 CARNELUTTI, Francesco. *A morte do direito*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 9.

13 CLÈVE, op. cit., p. 53.

14 CALAMANDREI, op. cit., p. 18.

15 CARNELUTTI, op. cit., p. 11.

De forma concreta, a crise se manifesta no momento da aplicação prática do direito, quando falha a pura lógica jurídica: no processo¹⁶. Demasiados processos, civis e penais, contenciosos e voluntários. A lei, ao perder o prestígio, seja porque não mais representa a realidade social, seja porque sua proliferação excessiva confunde em vez de ordenar, favorece a desobediência não só dos cidadãos, mais também do juiz¹⁷.

Quando a racionalidade do julgador cede face à paixão política, as garantias processuais formais passam a ser meros acessórios, perdem o seu valor, e a justiça do caso concreto já não importa¹⁸. O juiz político ganha espaço. O juiz não é um ser indiferente e as duas dimensões da crise acabam por criar uma terceira dimensão: a crise da motivação.

São períodos de crise da legalidade aqueles em que se revela que os juristas, mesmo sem querer, servem-se de sua hermenêutica lógica para fazer política: e que até suas teses jurídicas parecem – não obstante a ilusão desses em continuar sendo juristas puros – constituir teses políticas.¹⁹

A hermenêutica é desvirtuada. Em vez de buscar apreender o valor intrínseco do texto da lei, mediando relação entre texto e totalidade nele subentendida, como apregoava Gadamer²⁰, o intérprete sentencia baseado em paixões políticas, indo além do terreno da controvérsia concreta²¹. Para além da sentença, chega a sofrer o próprio processo.

Em cenário de crise, misturam-se elementos de inflação legislativa, aumento da discricionariedade dos juízes²², e inflação processual. As normas processuais já não dão conta de servir a seu propósito de solução dos conflitos de maneira efetiva. Seu reparo surge no horizonte dos juristas como solução.

16 CALAMANDREI, op. cit.

17 CARNELUTTI, op. cit, p. 12.

18 LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, a. II, n. 3. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 79.

19 CALAMANDREI, op. cit, p. 23.

20 GADAMER, Hans-Georg. *Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica*. O problema da consciência histórica. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 57-71.

21 CALAMANDREI, op. cit, p. 29.

22 Com o excesso de leis, não é difícil encontrar normas incompatíveis entre si, o que amplia a margem interpretativa. Tal fato não constitui, por si só, um risco para o exercício da função dos juízes, mas amplia o espaço daqueles interessados em imprimir seus próprios valores e ideologias à resolução dos casos, sobretudo em sede de direitos e garantias constitucionais. Trata-se de tema rico que vem sendo explorado pela literatura e que foge ao escopo de análise deste artigo.

2 PROGRESSO NO PROCESSO: REFORMAS PROCESSUAIS BRASILEIRAS

Olhando para a historicidade do processo enquanto fenômeno jurídico, tem-se a evolução sequencial do praxismo, com a racionalidade prática voltada unicamente à resolução do justo; para o processualismo, no qual a técnica jurídico-científica intencionava isolar o processo do direito material calcada em uma visão positivista; chegando ao formalismo, que objetiva concretizar valores constitucionais no processo, visto como instrumento para a consecução da justiça²³.

Essa evolução da técnica corresponde à própria dinâmica do entendimento do processo como um fato social, vinculado ao ideal de consecução da justiça. A passagem do praxismo ao processualismo coincide com o iluminismo, com a transição para o capitalismo e o fortalecimento das funções estatais. O formalismo, por sua vez, acompanha o entendimento dos valores constitucionais como orientadores de toda a consciência social. O processo é uma espécie de prestação de serviço por parte do Estado que busca, simultaneamente, a consecução de fins individuais – a resolução do caso concreto e a cessação do conflito entre as partes – e fins sociais – o reequilíbrio da relação entre norma, seu descumprimento e a punição decorrente. As mudanças no tecido social promovem também mudanças na organização do processo, por isso a relação entre crise, ou transformação social, e reforma.

No caso do processo, os fins consistem na solução da lide e no restabelecimento da paz social. Estes fins são atingidos através de um *modus faciendi* de um método de ação de partes, terceiros e juiz, a terminar na sentença, que é norma de conduta às partes desavindas. Tudo isto há de traduzir, evidentemente, o modo de ser, de viver e de sentir do respectivo meio social. O método de ação das personagens do processo implica em ritos e formas exteriores, ao sabor da ideia que a comunidade faça da função do processo e do valor intrínseco do rito. E o juiz é o representante do grupo social, que imprimirá naturalmente na sentença o mandamento da vontade geral, que é a lei.²⁴

As normas processuais visam garantir os meios para que as partes busquem resgatar o direito material que lhe foi porventura violado. A desigualdade entre os litigantes, decorrente de suas características econômicas, sociais, culturais, devem ser minimizadas em prol da equalização de condições para acesso à justiça, aqui entendida como o aparato institucional que garante a

23 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil*. 2004. p. 7-10.

24 LACERDA, op. cit., p. 75.

prestação jurisdicional. Assim, princípio consagrado é a prestação de assistência jurídica gratuita aos mais pobres e, mais recentemente, a criação e facilitação do acesso aos tribunais de pequenas causas, que objetivam solucionar conflitos entre particulares dispensando a intermediação obrigatória de um advogado. De maneira geral, afirma Wambier²⁵, espera-se do legislador, ao tratar das leis processuais, a criação de regras capazes de proteger a parte mais fraca.

O estabelecimento das normas processuais no Brasil e suas sucessivas reformas denota essa preocupação com a ampliação da jurisdição e das demandas, grande desafio em um país de dimensões continentais. Estão ligadas a tentativas de superar as crises e dar novamente coesão ao sistema. Para atingir esse objetivo, tenta-se reformar o conjunto normativo processual. Posto que não se vislumbram maneiras efetivas de combater a inflação legislativa, pensa-se ser possível, ao menos, ordenar melhor o processo e combater a inflação processual.

No Brasil, antes do Código de Processo Civil de 1939, éramos regidos pelas Ordenações Filipinas e por normas processuais imperiais ou republicanas nacionais e, após a Constituição de 1891, por normas estaduais esparsas. Predominava uma visão privatista do processo, marcado pelos princípios da iniciativa da parte e do dispositivo²⁶. A ascensão ao poder de um ditador totalitário e sua busca pela unidade administrativa e legal do país refletiu-se nos dispositivos criados. Assim justificou Francisco Campos ao enviar a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil:

As profundas transformações operadas em todos os campos da atividade humana, particularmente as transformações sociais e políticas, concorreram para manifestar a extensão dessa crise, pois levaram os benefícios da ordem jurídica a terrenos que a velha aparelhagem judiciária não estava capacitada para alcançar. O processo em vigor, formalista e bisantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces. As transformações políticas que entre nós se cumpriram abrem, entretanto, o gozo dos instrumentos de governo a uma imensa massa humana, que antes não participava deles senão indireta e escassamente, e assim impõem um novo regime à administração da justiça. [...]

25 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Civil Procedure in Time of Crisis. *Revista de Processo*, v. 244, jun 2015, p. 381.

26 VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *História do processo: uma análise do Código de processo civil de 1939 sob o Prisma terminológico*. 2006.

Responsável pelos bens públicos, o Estado não poderá deixar de responder pelo maior deles, que é precisamente a Justiça. Na sua organização e no seu processo, não poderia deixar de imprimir os traços da sua autoridade. À concepção duelística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo. À concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça.²⁷

Temos, portanto, coincidência entre um momento de mudança política e o estabelecimento de um código de processo nacional. Avaliava-se o cenário da época como deletério ao direito e à ideia de justiça, no qual prevaleciam a incerteza, a demora, a despesa e a injustiça. Posto de outra maneira: pode-se perceber a presença do primeiro elemento que orienta reformas: a preocupação simultânea com acesso à justiça e preservação da ordem social, maculados em cenário de crise. Cumpria-se racionalizar e simplificar o processo: mudar a forma das ações, dos recursos e das causas de nulidades de forma a diminuir a protelação da sentença final, mecanismo que favorece a parte que possui condições de manter a disputa por mais tempo.

A hipertrofia da função individual do processo conduz à tendência de desprezar-se o tempo de duração do litígio, na ânsia de realizar justiça plena, há de dar-se sempre oportunidade à parte insatisfeita de lograr o reexame da questão. O horror à injustiça, o exagero do escrúpulo, podem, inclusive, operar como preconceito social e cultural, a legitimar o eterno das demandas.²⁸

O papel de mediador entre as partes e representante do Estado, isto é, da justiça a ser servida, caberia ao juiz, a quem foram dados instrumentos para participar mais ativamente na produção das provas e investigação dos fatos. A vontade das partes em produzir provas deixa de ser elemento constituinte do processo, passando o tribunal a coordenar a participação dos peritos. Instala-se a concepção publicística do processo. Para efetivar esse papel do juiz e acelerar a lide, optava-se pelo processo oral e pela concentração: curto espaço entre as audiências, manutenção do juiz da instrução para o litígio.

O Código de Processo Civil de 1939, a que se chegou depois de um certo período em que tivemos inúmeros Códigos estaduais na matéria (pluralismo que só poderia ter fracassado, tendo em conta o nosso

27 CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. 1939.

28 LACERDA, op. cit., p. 80.

acentuado centralismo jurídico), mesclava alguns elementos modernos com institutos tipicamente pertencentes ao direito intermédio. Informado pela técnica da oralidade, o legislador de 1939 imprimiu ao processo um nítido sabor publicístico, outorgando ao juiz o encargo de dirigi-lo com o fito de alcançar ao povo justiça pronta e eficaz.²⁹

O estabelecimento de um código nacional não significou necessariamente a solução dos desafios que enfrentava o país. Uma vez terminada a ditadura de Getúlio Vargas, passados alguns anos, novamente os juristas apontavam problemas na organização das regras processuais. Trinta anos depois, os desafios a serem enfrentados na reforma do início dos anos 1970 não eram muito distintos. Naquele momento, conforme afirma Alfredo Buzaid:

[...] pôr o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico dos tempos atuais, [...] simplificar a estrutura, racionalizar o sistema e torná-lo um instrumento dúctil para a administração da justiça.³⁰

A ideia de progresso e cientificidade é retomada, como se um bom desenho processual, mediante alinhamento, redução e unificação de conceitos, pudesse ser capaz, uma vez mais, de atingir a prestação da sentença com economia de tempo e despesas para os litigantes, sem perder de vista as peculiaridades da extensão territorial do país.

Criticava-se o código vigente por ter mantido a existência de ações especiais, recursos semelhantes aos que existiam em Portugal e não ter inovado suficientemente nas regras de execução. Os princípios da oralidade e concentração não puderam ser aplicados na prática devido à movimentação dos juízes entre as comarcas³¹. O sistema carecia, portanto, de aderência à realidade. Nesse sentido, relativizou-se o princípio da identidade do juiz e o processo oral. A audiência passa a ser dispensável em algumas situações. Tudo em prol da celeridade.

[...] desde nossas mais fundas raízes experimentávamos o praxismo como modelo processual. Esse quadro só veio a alterar-se com o Código de Processo Civil de 1973, diploma normativo que inaugurou entre nós, inequivocamente, o processualismo, impondo um método científico ao processo civil à força de construções alimentadas pela lógica teórico-positiva, evadindo-o da realidade. Enxertando em nossa tradição

29 MITIDIERO, op. cit., p. 30.

30 BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. 1973.

31 BUZAID, op.cit.

elementos estranhos à mesma (pense-se, por exemplo, na positivação de um “Processo de Conhecimento” seguido, no mais das vezes, de um rígido “Processo de Execução”), não surpreende que suas linhas mestras tenham gorado em menos de trinta e poucos anos mercê de sucessivas reformas, que pouco mais fizeram além de resgatar algo que era próprio e peculiar à nossa cultura, ainda que em um outro nível de compreensão (pense-se na “nova” disciplina das ações cominatórias, art. 287, CPC, muito semelhante a que tínhamos a propósito no regime das Ordenações, e na positivação de tutelas interditais, arts. 273, 461 e 461-A, CPC).³²

Até este momento temos dois Códigos de Processo Civil que surgem após crises institucionais. Representam a nova ordem estabelecida e a visão das novas classes dirigentes sobre quais são os desafios a vencer para tornar o direito brasileiro mais sistemático e sistêmico. O estabelecimento de cada um objetivou superar o descompasso entre os novos ideais e a prática para, como nos advertiram Calamandrei e Carnelutti, superar a crise da lógica jurídica refletida no processo.

Contudo, as falhas práticas do processo são reflexo da permanente dicotomia entre a sua função social, de estabelecer o equilíbrio social, e a sua função individual, de fazer justiça às partes. Sobre as reformas processuais no Brasil nos anos 70, afirma Lacerda:

O [código] de Processo Civil distribuiu recursos à vontade, mantendo os embargos e a revista, em atenção antes de tudo aos interesses individuais. Pretendeu introduzir a oralidade moderna, mas olvidou a audiência inicial com as partes, com tentativa direta de conciliação. Substituiu tudo isto por uma fase postulatória rigidamente escrita, e pelo despacho saneador, ato que, a nosso ver, evidencia as características predominantemente escritas do processo brasileiro.³³

O Código de 1973 trouxe mais rigidez ao processo, reduzindo o espaço da oralidade e causando efeito contrário à celeridade do andamento das causas. O volume processual, bem como o volume de recursos, crescia, a resolutividade decrescia, afetando a própria imagem do Judiciário.

Com o fim da segunda ditadura vivida pelo país, o Código de 1973 passou a ser remendado. À medida que se avançava no direito material, precisava-se que o processual a ele correspondesse. No campo material,

32 MITIDIERO, op. cit., p. 31.

33 LACERDA, op. cit., p. 84.

viveu-se um fenômeno de descodificação do direito, isto é, a retirada de grupos sociais ou temas de dentro do Código para o estabelecimento de proteção específica em outras leis, via estatuto, visibilizando o reconhecimento da singularidade dos grupos tutelados³⁴. Em paralelo, especializa-se também a justiça, refletindo, em boa medida, o tratamento das tutelas específicas, com a multiplicação de juizados especiais.

As primeiras grandes modificações sofridas pelo direito processual civil – sem ainda considerar-se a incorporação, ao sistema processual, das ações coletivas – consistiram, fundamentalmente, nos seguintes pontos:

1º) manter, em escala apreciável, o modelo estrutural legado pelo século passado, ainda que com modificações, alteradoras da fisionomia individualista neste mesmo inseridas: a) o juiz não deve ser um espectador do litígio, senão que deve ser um juiz ativo, o que se traduz na possibilidade de determinar provas, para que tenha condições de conhecer a verdade, da mesma forma que é ao juiz que cabe conduzir o processo; b) o critério, mercê do qual deve o juiz apreciar as provas é o do seu livre convencimento, o que significa e importa também modificação do próprio valor que, em outros tempos, aprioristicamente, era atribuído a muitas provas, mercê do que estas deveriam prevalecer, ainda que o juiz, intimamente, pudesse estar convencido de não traduzirem elas a verdade; com isto, afetou-se mais poder ao juiz, com vistas à apuração de uma verdade, dita “verdade real”; c) distinguida a relação processual, ou o processo, do seu conteúdo, aquela fica fundamentalmente sob a fiscalização do juiz, quer no que diz respeito ao respectivo andamento, quer, ainda e principalmente, no que atine com os requisitos gerais de sua formação, resguardando-se espaço para as partes no que diz respeito ao objeto do litígio propriamente dito;

2º) se, de uma parte, estas alterações procuraram reequilibrar o processo tradicional, envergando o juiz de maiores poderes, passando e devendo este ser um juiz ativo, de outra parte, todavia, não resolveu os problemas maiores, que consistiam na possibilidade de equacionar a defesa de várias situações sociais: a) a dos mais enfraquecidos socialmente; b) aqueles que difusamente são os titulares de determinados bens, tais como o meio ambiente, os bens estéticos, artísticos, etc., e mesmo quaisquer outros interesses que possam merecer proteção jurídica;

34 GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade*: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

c) ainda, de uma maneira especial, o consumidor estava inteiramente desprotegido pelo sistema individualista.³⁵

De acordo com Zavascky³⁶, o tratamento de demandas que passam a se caracterizar como coletivas passou por duas fases:

Uma primeira onda de reformas, iniciada em 1985, foi caracterizada pela introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, destinados (a) a dar curso a demandas de natureza coletiva, (b) a tutelar direitos e interesses transindividuais, e (c) a tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada. E a segunda onda reformadora, que se desencadeou a partir de 1994, teve por objetivo não o de introduzir mecanismos novos, mas o de aperfeiçoar ou de ampliar os já existentes no Código de Processo, de modo a adaptá-lo às exigências dos novos tempos.³⁷

As reformas no Código de Processo Civil (CPC) visavam efetivar a proteção dos direitos difusos e coletivos consagrados na Constituição Federal de 1988 e que transformariam o entendimento da prestação jurisdicional: a criação do direito material deve ser acompanhada da criação do instrumento processual para efetivar o reconhecimento do direito; direitos coletivos esbarram em instrumentos processuais concebidos para contemplar demandas de caráter individual³⁸.

Após a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 14.07.1985, e do [Código de Defesa do Consumidor] CDC (Lei 8.078, de 11.09.1990), instituiu-se no direito brasileiro um completo e eficaz sistema para a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Esse sistema é formado, basicamente, pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Título III do CDC, conforme os art. 21 da Lei de Ação Civil Pública e 90 do CDC. O seu objetivo, como agora é fácil compreender, é proteger os novos direitos e aqueles típicos da sociedade de massa e, ainda, viabilizar a participação, mesmo que indireta, na reivindicação desses direitos.³⁹

35 ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, v. 64, p. 4, 1991.

36 ZAVASCKY, Teori. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2007. p. 14.

37 *Ibidem*, p. 14-15.

38 ALVIM NETTO, op. cit.

39 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 77.

Na prática, aconteceu que foram incorporados novos direitos sem a necessária compatibilização com o sistema processual vigente. Em que pese a solução para o tratamento das demandas coletivas, subsistia a dificuldade de acesso à justiça nos casos individuais. Os enxertos terminaram por trazer mais dificuldade à lógica sistêmica, que se tornou cada vez mais pesada. O Código de Processo Civil de 1973 rapidamente viu-se obsoleto. A ampliação dos direitos e, por arrastamento, do acesso à justiça, coloca ao sistema o desafio de lidar com o novo contingente de litígios e litigantes. As regras e mecanismos processuais se mostravam insuficientes:

Os pontos nodais, porque constitutivos de setores de estrangulamento do processo civil, que merecem destaque são os seguintes: 1) as custas judiciais, enquanto podem significar óbice de acesso à Justiça; 2) as Cortes menores, ou, mais especialmente, entre nós, os Juizados de Pequenas Causas e os Especiais, destinadas à absorção de contingentes imensos, que demandam acesso à Justiça; 3) a “incapacidade” ou a “inabilitação” da parte, do ponto de vista de não lograr se defender (= acionar [ativamente] ou defender-se, se acionada), o que também se sedia na temática do Acesso à Justiça; 4) a definição dos interesses difusos ou coletivos, para viabilizar que interesses e direitos com nova configuração e fisionomia possam ser defendidos, utilmente; 5) a conflituosidade da sociedade contemporânea, porque muito mais intensa, está a exigir a idealização de outros meios de solução para muitíssimos dos conflitos, tais como a intervenção de leigos, com vistas à obtenção incentivada de transação, e por intermédio de cujo processo, exercido de forma argumentativa e bilateralmente didática, em relação a ambas as partes, possível será, muitas vezes, que os contendores mais facilmente cheguem a transacionar, porque entendam, ao menos parcialmente, as razões do outro.⁴⁰

A segunda onda de reformas do CPC de 1973 atingiu mecanismos recursais, de execução e de tutela específica, em busca de maior efetividade no processo⁴¹. Contudo, as alterações pontuais já não eram satisfatórias para dar conta da nova realidade. Vivia-se, novamente, uma situação na qual as expectativas da sociedade em torno da consecução de direitos, mais uma vez expandidos, agora de forma coletiva, como direito a um meio ambiente saudável e a proteção da parte mais fraca na relação de consumo, pressionam os mecanismos existentes, isto é, cresce a função social do processo. Ao mesmo tempo, a morosidade da justiça precisava ser enfrentada, tanto para o atendimento das demandas individuais como das demandas coletivas.

40 ALVIM NETTO, op. cit., p. 1.

41 ZAVASCKY, op. cit., p. 18.

Quando a doutrina se refere à efetividade do processo, normalmente o faz afirmando que por meio do processo a parte deve alcançar resultados equivalentes aos que obteria caso tivessem sido observadas espontaneamente as disposições legais. [...]

Os escopos das reformas sucessivas a que tem sido submetido o processo civil brasileiro são, em síntese, simplificação, eficácia e celeridade do processo. Sem dúvida, porém, a preocupação maior das recentes alterações foi a busca da efetividade. Almeja-se, portanto, que o processo seja um instrumento para a efetiva realização dos direitos subjetivos violados ou ameaçados, devendo fazê-lo de forma célere e pouco onerosa.⁴²

Ganhava fôlego o movimento pelo estabelecimento de um Novo Código de Processo Civil. Pouco mais de 20 anos após a Constituição Federal de 1988, reuniu-se uma comissão de juristas para elaborar o anteprojeto de novo código de processo civil. Era a primeira vez que o código seria elaborado em regime democrático e, nesse ponto, não deixa de refletir a pluralidade de pontos de vista sobre qual sistema era necessário para o Brasil do novo milênio.

O diagnóstico feito pela comissão era: ineficiência do sistema processual, necessidade de simplificação e coesão – de ações, recursos e aproveitamento do processo – e de produção de decisão em pacotes – julgamento conjunto de demandas repetitivas, uniformização da jurisprudência –, além da busca pela desjudicialização – estabelecimento da mediação e conciliação prévia⁴³. Talvez sua maior inovação esteja na busca de aproveitamento do processo e na possibilidade de que este transite entre tribunais e que possa, inclusive, ter seu objeto alterado (modificação da causa de pedir, cf. art. 239 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Em que medida isso será positivo ou deletério só se saberá com a prática.

Destaca-se o compromisso do novo CPC com os princípios constitucionais, seguindo a nova tendência de valoração dos princípios na aplicação do direito:

Além de o novo diploma reproduzir diversos princípios e regras constitucionais ao longo do texto – característica visível não apenas nos primeiros artigos, mas, na verdade, em todo o seu texto –, reforça-se a relevância da leitura das disposições processuais a partir da ótica constitucional, cumprindo-se a percepção de que o direito constitucional

42 ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. A Crise da justiça e do processo e a garantia do prazo razoável. *Revista de Processo*, v. 112, p. 243-246, out./dez. 2003.

43 FUX, Luiz e outros. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015*. 2010.

seria um grande tronco da árvore, enquanto o direito processual, um de seus ramos.⁴⁴

Tenta-se, com a reforma processual, mais uma vez garantir a eficiência do sistema judicial. O caminho escolhido visa a desafogar a justiça. Transparece no diagnóstico acima uma preocupação com a massificação da prestação jurisdicional. Se com a ação civil pública e a ação civil coletiva cuidou-se do lado da organização da demanda, a nova fase trata de organizar a prestação da sentença ou resolução do conflito. É o que podemos depreender dos mecanismos de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e da conciliação. Este último, aliás, devendo ser estimulado pelos próprios juízes, conforme prescreve o inciso V do art. 139:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

A conciliação ou autocomposição do conflito parece ter a vantagem de operar em favor tanto do Judiciário quanto das partes. Para estas, é vantajosa porque permite a satisfação da prestação da justiça, ou atingimento da função individual do processo, de forma mais rápida (menos audiências) do que ocorreria com o trâmite regular, e com a certeza de que solução encontrada é definitiva. Para o Judiciário, tem a vantagem de evitar o prolongamento do processo por resistência de uma das partes em aceitar o resultado.

Quanto ao IRDR, seu objetivo é aplicar a mesma tese jurídica “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal”. Tem-se, com isso, a resolução massificada da questão, a prolação coletiva da sentença, alcançando não somente as ações em curso como também as ações futuras, isto é, oferecendo a solução de prateleira. Caberá a cada juiz, contudo, avaliar se diante do caso em si, aplica-se a tese firmada.

Em síntese, o IRDR tem natureza objetiva e sua instauração provoca julgamento coletivo e abstrato da questão de direito submetida à análise

44 DE CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. Normas Fundamentais do Código de Processo Civil de 2015: Breves Reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 17, n. 2, 2016.

do tribunal. O julgamento não se refere a um caso concreto, inexistindo no procedimento incidental qualquer conflito de interesses (lide) entre as partes ou interessados que o integram. A decisão não fica sujeita à coisa julgada material, mas apenas à preclusão, pois não julga o mérito do caso concreto.⁴⁵

Entre os novos instrumentos, a opção de criação do incidente de resolução de demandas repetitivas apresenta-se mais à serviço do Judiciário do que à serviço da justiça. É a consolidação da massificação da decisão, da homogeneização da justiça. Será esse o caminho que a sociedade pós-moderna espera ser perseguido pelo Direito?

O não conhecimento da realidade conduz a reformas baseadas em meras intuições sempre unilaterais, calcadas num empirismo primário, com o risco sério, senão que quase certo de inevitável fracasso, com o que, aquilo que estava imprestável, continuará a não prestar ou não vir a ser bom, como se esperava. É só o pleno e verdadeiro conhecimento da realidade que enseja condições para que se possa reformar para o bom – mesmo com a consciência de que não se irá, ao menos a curto prazo, atingir o ideal.⁴⁶

Ainda é cedo para avaliar se o novo CPC colaborará de fato à racionalização dos processos e ao combate à inflação processual. O ideal de ampliação da justiça como promotora da harmonia da sociedade e o compromisso com a rápida solução do litígio são elementos paradoxais. Na busca de efetividade do processo discutida em 1939, tratava-se de conceder maiores poderes instrutórios ao juiz, buscando o exemplo inglês, mesma tendência de aumento de poderes do julgador que voltou a ser discutida com o novo CPC, vide a ampliação dos poderes conciliadores do juiz⁴⁷.

Cumpra lembrar que o comportamento dos sujeitos processuais também influencia na crise do processo⁴⁸. O réu pode fazer uso dos recursos processuais para atrasar a resolução da lide. A outra parte, por seu turno, pode usar de instrumentos processuais para contestar a sentença ou o próprio mecanismo processual, buscando nova decisão mais favorável. Um bom desenho processual deve inibir esse tipo de comportamento estratégico dos litigantes, ao mesmo tempo em que estimule a resolução do conflito de forma rápida, inclusive mediante transação.

45 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 197.

46 ALVIM NETTO, op. cit., p.8.

47 VIANA, op. cit.

48 Cf. ZANFERDINI, 2003 e PRATA, 2011.

O desafio a ser enfrentado, como há tempos observou Arruda Alvim⁴⁹, está na solução dos problemas da justiça de massa. Para enfrentar o volume de demandas em prazo razoável, o sistema deveria primar pela oralidade, o rito sumaríssimo, formas alternativas de realização da justiça. Tais questões parecem estar sendo enfrentadas na área cível. Mas deveriam também ser pensadas na área penal, que também sofre o dilema da busca da verdade processual, sem dúvida em maior escala, dada a dimensão individual das consequências da condenação, versus a efetividade da justiça.

3 CONCLUSÃO

A customização e individualização, não individualismo, parece ser o mote dos tempos atuais. Tal fragmentação de desejos e expectativas sociais reflete-se na noção do que deve ser o Direito, como não poderia deixar de ser. Jurisfilósofos buscam novos conceitos: direto flexível, curvo, dúctil, opaco, tudo e nada parece dar conta da modernidade líquida⁵⁰. Antigos paradigmas já não explicam os desafios enfrentados, tampouco oferecem respostas adequadas à complexidade que nos cerca.

Em comum, todos tentam enfrentar a instabilidade das relações e a necessidade de soluções customizadas, coerentes, tanto quanto possível, com os princípios constitucionais e os ideais de justiça. A esse propósito, lembrava-nos Ripert⁵¹ no pós-guerra: os conceitos de direito e de justiça permanecem os mesmos dos filósofos gregos e juristas romanos.

Não se deve perder de vista que o Direito é o principal instrumento da política: muda o mundo, muda a lei, muda o processo. Este é fruto do seu tempo. Cabe-nos descobrir se o tempo em que vivemos é mesmo aquilo que imaginamos, para então adequarmos os instrumentos às necessidades do mundo real. A primazia da Constituição e a textura aberta de seus princípios amplia a margem de atuação dos juízes, flexibilidade necessária para permitir a durabilidade do texto constitucional. Na esfera prática, similar movimento de expansão das ferramentas à disposição dos juízes visa tornar o processo mais adaptável às necessidades dos litigantes: nesse sentido atuam a conciliação e a possibilidade de dilatar prazos processuais, por exemplo.

49 ALVIM NETTO, op. cit.

50 Ver CARBONIER; CALVO GONZÁLES; ZAGREBELSKY; CÁRCOVA e BAUMAN.

51 RIPERT, George. Evolução e Progresso do Direito. In: CALAMANDREI, Piero. *A crise da justiça*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 35-47.

A história do direito processual caminha, como não poderia deixar de ser, lado a lado com a evolução do direito material:

O formalismo aumentou, no falso pressuposto de que, assim, se fortalecia a garantia dos direitos individuais. A noção romana de *res judicata* foi mal compreendida, e indevidamente estendida a toda e qualquer interlocutória, o que ensejou a multiplicidade absurda dos recursos. A arbitrária criação de ofícios trouxe a pluralidade das instâncias, e como as questões eram infundáveis, o processo escrito, e muitas vezes secreto, dilatava o seu termo além da vida humana, a exemplo do canônico. Por outro lado, a menor infração formal provocava nulidade, e como esta se podia alegar a qualquer tempo, a consequência é que depois de anos de luta, muitas vezes o processo se frustrava. De meio que deveria ser, se transformava em fim em si mesmo, num fim oco e vazio. Esta simbiose, é evidente, importou em involução total, nenhum dos fins do processo passou a ser atendido. Nem o individual, porque não se fazia justiça às partes. Nem o social, porque os processos não alcançavam termo. Este estado de coisas predominou na Europa até fins do século passado e, entre nós, infelizmente, até hoje estende os seus efeitos.⁵²

O direito contemporâneo assume dupla instrumentalidade: organiza processos sociais, por meio de normas, e converte-se em instrumento de consecução de objetivos de políticas sociais. Decorrente disso, a lei assume duplo caráter e isso não corresponde à disfunção do direito, apenas caracteriza a função da lei no momento atual⁵³.

A crise do processo decorre de disfunções sistêmicas, do descasamento entre a realidade e regras. Não obstante, a inflação processual e a baixa resolutividade das demandas também decorrem de questões ligadas às técnicas da organização judicial. A demora no julgamento das ações prejudica o próprio sistema e atua contra as suas funções sociais e individuais. A justiça finda desacreditada. Em que pese parte da demora possa ser creditada à falta de pessoal, em um cenário de inflação legislativa e litigante, sempre faltarão magistrados para lidar com o volume crescente de demandas processuais. Estando a questão legislativa situada no âmbito no parlamento, resta-se trabalhar a solução trazendo mais racionalidade ao sistema processual, ao mesmo tempo em que se buscam mecanismos alternativos de resolução de conflitos fora da esfera judicial.

Antagônica é também a função do processo – fazer justiça às partes e restabelecer a paz social. Com efeito, o ideal de justiça, assim considerada,

52 LACERDA, op. cit., p. 83.

53 CLÈVE, op. cit., p. 56.

é individual, e, em certo sentido, despreza e se opõe ao tempo. Que importa este, aliás, em face do valor justiça? Essencial, segundo este conceito, é que o processo permita descobrir e alcançar a norma pura, justa e absolutamente adequada à solução do conflito individual de interesses. Claro está que a este ideal de perfeição se opõe a exigência social na eliminação pronta e eficaz do conflito, a fim de que retorne a paz ao grupo. Para esta componente social do dilema, o tempo de duração do litígio constitui fator preponderante.⁵⁴

Cada nova codificação justifica-se com a busca da simplificação. Simplificação de acordo com seu tempo. O valor de cada uma só pode ser medido na prática, na sua capacidade concreta de resolver os problemas a que se propôs. Celeridade, coesão e justiça foram elementos que se perseguiram em cada nova intervenção: estiveram presentes em 1939, 1973 e 2015. Os resultados nem sempre foram os previstos.

Recordemo-nos de que o direito é ficção. É um construto social à serviço da humanidade. Sua permanência deve-se à sua capacidade de adaptação e reinvenção a cada crise.

REFERÊNCIAS

- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, v. 64, 1991.
- BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. 1973.
- CALAMANDREI, Piero. *A crise da justiça*. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. 1939.
- CARNELUTTI, Francesco. *A morte do direito*. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 181-258.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DE CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. Normas Fundamentais do Código de Processo Civil de 2015: Breves Reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 17, n. 2, 2016. DOI 10.12957/redp.2016.26287.
- FUX, Luiz e outros. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015*. 2010.

⁵⁴ LACERDA, op. cit., p. 76.

- GADAMER, Hans-Georg. Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica. In: *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 57-71.
- GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, a. II, n. 3. São Paulo: Saraiva, 1961.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Mitidiero\(3\)-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Mitidiero(3)-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- PRATA, Edson. *Crise do Processo*. Revista dos Tribunais, v. 632, p. 56-66, jun. 1988.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- RIPERT, George. Evolução e Progresso do Direito. In: CALAMANDREI, Piero. *A crise da justiça*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 35-47.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *História do processo: uma análise do Código de processo civil de 1939 sob o Prisma terminológico*. 2006. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9201/8767>>. Acesso em: 31 jul. 2016.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Civil Procedure in Time of Crisis. *Revista de Processo*, v. 244, jun. 2015. p. 381-389.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. A Crise da justiça e do processo e a garantia do prazo razoável. *Revista de Processo*, v. 112, p. 240-267, out./dez. 2003.
- ZAVASCKY, Teori. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2007. p. 13-49.

RECEBIDO EM: 17/05/2017

APROVADO EM: 21/07/2017

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO
DE DEMANDAS REPETITIVAS
E O CONTENCIOSO DE MASSA
PREVIDENCIÁRIO: BREVES ANOTAÇÕES
SOBRE O IRDR E SUA ADEQUAÇÃO-
UTILIDADE NOS PROCESSOS
REPETITIVOS DE NATUREZA
PREVIDENCIÁRIA**

***THE REPETITIVE DEMAND RESOLUTION INCIDENT AND ITS
USE IN THE SOCIAL SECURITY MASS LITIGATION: BRIEF NOTES
AT THE IRDR AND ITS ADEQUACY-UTILITY IN REPETITIVE
PROCESSES OF SOCIAL SECURITY***

Danilo Von Beckerath Modesto

Especialista em direito penal e processo penal pela UNIFACS. Especialista em Direito Público pela UNB. Especialista em Direito Processual Civil pela UNINTER. Procurador Federal com exercício na PSF-Feira de Santana.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O IRDR e sua Aplicabilidade-Adequação às Causas Previdenciárias; 1.1 A Previdência Social e as Demandas Repetitivas; 1.2 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas-IRDR; 1.3 A Experiência do Direito

Alemão: Musterverfahren; 1.4 Críticas Gerais ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR; 1.5 A (In) Adequação do IRDR para Solver Questões do RGPS de Natureza Repetitiva; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: Com o novel Código de Processo Civil, criou-se a figura do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) como mecanismo para solução rápida, isonômica e econômica para alguns litígios de massa, garantindo-se maior segurança jurídica aos litigantes. Pretendia-se, com isso, evitar soluções díspares para jurisdicionados na mesma situação jurídica. O presente trabalho busca avaliar a utilização prática desse instituto, na resolução de conflitos previdenciários, caracterizados como altamente multiplicáveis e custosos para os cofres públicos. Teceremos comentários sobre a natureza dos conflitos previdenciários, estando de acordo que diversas causas previdenciárias possuem o potencial de repetitividade e multiplicidade perante o Poder Judiciário e demandam solução imediata. Trataremos do instituto propriamente dito, suas nuances, origem no Direito Alemão e aplicabilidade na resolutividade das ações previdenciárias múltiplas, que possuem, sempre, abrangência nacional e vultuosos números.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Previdenciário. Contencioso de Massa. IRDR.

ABSTRACT: With the novel Code of Civil Procedure, the Incident of Resolution of Repetitive Claims (IRDR) was created as a mechanism for quick, isonomic and economic solution for some mass litigation, guaranteeing greater legal certainty to litigants. It was intended, therefore, to avoid disparate solutions for jurisdictions in the same legal situation. The present work seeks to evaluate the practical use of this institute, in the resolution of social security conflicts, characterized as highly multiplying and costly for public coffers. We will comment on the nature of social security disputes, agreeing that several social security cases have the potential for repeatability and multiplicity before the Judiciary and demand an immediate solution. We will deal with the institute itself, its nuances, origin in German Law and applicability in the resolution of multiple social security actions, which always have national coverage and large numbers.

KEYWORDS: Civil Procedure. Social Security. Mass Litigation. IRDR.

INTRODUÇÃO

Grande parte das demandas que, hoje, se encontram aguardando resolução do Poder Judiciário, são demandas de massa. Desses litígios, mormente no que toca a Jurisdição Federal, boa parte se traduz em causas previdenciárias.

Objetivando a otimização de recursos públicos, aumento da resolutividade processual, diminuição da duração do processo, e melhor isonomia no tratamento dos sujeitos submetidos ao mesmo regramento jurídico, pretende-se analisar a figura do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), como mecanismo para solução rápida, isonômica e econômica dos litígios de massa, em que o INSS figura no pólo passivo.

O problema que se apresenta, então, é sobre a viabilidade da aplicação do IRDR às demandas de natureza previdenciária, principalmente do ponto de vista da necessidade e utilidade. Seria necessário e útil submeter as demandas previdenciárias ao procedimento do novel instituto? Traria vantagens aos jurisdicionados em termos de resolutividade e reconhecimento mais ágil de direitos?

O estudo é amparado na justificativa de que o Poder Judiciário se encontra assolado de processos, em demandas múltiplas, muitas das quais previdenciárias, a desafiar uma solução adequada e rápida, minorando os danos causados pelo elevado decurso de tempo às partes litigantes, quiçá se utilizando do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Primeiramente, será efetuada uma análise da natureza dos conflitos previdenciários, o volume de ações que tramitam dessa natureza, e as possíveis causas dessa multiplicidade.

Após, tratar-se-á do IRDR propriamente dito, suas nuances e peculiaridades, sem escapar das principais críticas doutrinárias sobre o tema.

Será traçado um paralelo com o *musterverfahren* do Direito Alemão, uma vez que o IRDR é nitidamente inspirado naquele instituto, onde se analisará as principais diferenças, mormente no que tange a aplicabilidade dos mesmos.

Por fim, o estudo tratará da aplicabilidade nas ações previdenciárias múltiplas, discorrendo se existe real vantagem na submissão dessas questões plúrimas ao procedimento do IRDR.

1 O IRDR E SUA APLICABILIDADE-ADEQUAÇÃO ÀS CAUSAS PREVIDENCIÁRIAS

1.1 A PREVIDÊNCIA SOCIAL E AS DEMANDAS REPETITIVAS

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 201, estabelece que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, e atenderá às mais diferentes coberturas de eventos, como doença, invalidez, morte, desemprego, maternidade, etc.

Pela sua natureza de filiação obrigatória e ampla cobertura é de se esperar números massivos de segurados atendidos e, conseqüentemente, números não menos expressivos de demandas judiciais.

Destarte, da CF/88 emerge, também, uma compreensão de que, sendo a Previdência Social parte integrante da ordem social (que tem como objetivos o bem-estar e a justiça sociais) e uma das bases da seguridade social, é evidente que a Previdência deve respeitar e homenagear nas suas atividades fins a consecução dos escopos previstos pelo princípio da justiça social.

Ainda, e mais especificamente na seara previdenciária, nos dizeres de Luis Fernando Barzotto:

Assim, para tomarmos um exemplo da previdência social, deve ser buscada, por uma exigência de justiça social, a maior igualdade possível entre os benefícios: “não corresponde às normas da justiça social e da equidade o estabelecimento de um sistema de seguros e de previdência social para os agricultores, inferior ao das outras categorias sociais. Assim, pois, os regimes de seguro e de previdência em geral não devem diferenciar-se notavelmente, qualquer que seja o setor em que os beneficiários exerçam a sua atividade ou de que tirem seus proveitos.” *A previdência deve ser considerada como “um bom instrumento para atenuar a diferença entre as diversas classes sociais.”*¹(grifo do autor).³

Nesse sentir, a busca pela isonomia no tratamento dos segurados, às vezes, falha, tratando-os desigualmente com base em decisões judiciais dissonantes, conseqüências que não se prestam à busca da justiça social almejada pela Previdência Social.

1 BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 03 set. 2013.

Aqui cabe um aparte. Evidentemente que o fenômeno de multiplicação de demandas no Poder Judiciário não foi provocado por um único agente. Embora se perceba essa realidade, bem presente no Direito Previdenciário, mister que se admita que esse fenômeno tem causas mais antigas, das mais diversas naturezas.

Só a título de exemplo, o assolamento do Poder Judiciário tem muitas razões, como causas econômicas (como aumento da inflação, desemprego) políticas e processuais, como a inexistência de um sistema adequado de tratamento de ações coletivas e excessos de recursos previstos na legislação.

Sobre a litigiosidade de massa, Leonardo José Carneiro da Cunha aduz o seguinte:

Na sociedade atual, caracterizada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um enorme agigantamento na quantidade de litígios, sendo, na advertência de Paolo Biavati, praticamente ilusório tentar conter tal crescimento. Tais litígios exigem soluções rápidas e eficazes, não se justificando mais a adoção dos instrumentos tradicionais de condução de processos judiciais. Daí a preocupação atual de se encontrar tipos alternativos de solução de conflitos. As demandas coletivas não têm conseguido resolver todos esses casos. Muitos dos problemas de massa são solucionados individualmente, em cada um dos milhares de casos propostos a respeito do mesmo tema. Com efeito, não é raro que uma determinada situação atinja, em massa, uma quantidade exagerada de pessoas, que, diante disso, passam a ingressar em juízo, na busca do reconhecimento de seu direito. Tais demandas de massa ou causas repetitivas são identificadas por veicularem esses casos judiciais massificados, que resultam de atividades reiteradas, realizadas no setor público ou na iniciativa privada.²

Ainda sobre o tema, Sofia Temer discorre:

De outro, considerando-se o sistema de uma perspectiva mais ampla, não é difícil perceber que estrutura judiciária não foi organizada e não está preparada para receber enxurradas de processos repetitivos e dar-lhes adequado tratamento e desfecho. Não há recursos suficientes e bem empregados para resolver o abarrotamento dos fóruns e tribunais em todo país, sendo deficiente a análise e o tratamento do fenômeno da litigância de massa também sob a dimensão panprocessual.³

2 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. *Revista Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre. v. 25. n.2, jul/dez. 2009.

3 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

Segundo o Anuário Estatístico da Previdência Social, em dezembro de 2015 haviam 30,5 milhões de pessoas recebendo benefícios do INSS. Em 2015, o valor da despesa total do INSS e FRGPS foi de R\$ 486,5 bilhões, o que significou um aumento de 9,5% em relação ao ano anterior. Desse montante, a despesa fruto de Precatórios e Requisições de Pequeno Valor atingiu a rubrica de 986 milhões de reais, no mesmo ano⁴.

Como se percebe, a litigiosidade contra o instituto previdenciário atinge números hercúleos. As sucessivas mudanças legislativas, estabelecendo e retirando direitos de trato sucessivo, reajustes, planos econômicos, divergências interpretativas. Em suma, qualquer fator sobre o qual exista uma pretensão resistida ou sob o qual resida a necessidade de um provimento jurisdicional, em se tratando dessa área, desemboca em incontáveis ações idênticas.

De acordo com o anuário Justiça em Números, de 2016, cerca de 37% das ações em todos os cinco Tribunais Regionais Federais, englobados Juizados Especiais Federais, Varas e 2º grau, tratam de demandas previdenciárias. Desse montante, por exemplo, 2,27% dizem respeito a questões envolvendo RMI (renda mensal inicial), o que, por sua natureza, emergem de questões comuns de direito, gerando causas marcadas pela repetibilidade⁵.

Essa capacidade de proliferação de litígios, talvez, só encontre paralelo em ações bancárias ou tributárias, que também sofrem com interpretações divergentes e massificação de contencioso.

Não alheia ao tema do aumento substancial de demandas repetitivas previdenciárias, a Procuradoria-Geral Federal, por meio da Portaria 688, de 28 de setembro de 2016, instituiu diretrizes para implantação, no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, do Gerenciamento de Contencioso de Massa. Estabeleceu-se que esse gerenciamento é a forma de organização interna de trabalho no âmbito dos órgãos de representação judicial da Procuradoria-Geral Federal com o objetivo de padronizar fluxos de trabalho, concentrando os atos administrativos e processuais em matérias repetitivas ou de menor complexidade, por meio do tratamento estratégico das demandas, devendo ser implementado nos Núcleos de Previdência e Assistência Social, dentre outros.

Evidentemente, para o litigante, quanto mais durar o processo, maior será o montante da possível condenação. Só como exemplo, a Lei 11.960/2009

4 *Anuário Estatístico da Previdência Social*/Ministério da Fazenda, Secretaria de Previdência, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência. a. 1, 1988/1992. Brasília: MF/DATAPREV

5 *Justiça em números 2016: ano-base 2015*/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 09 maio 2017.

estatuíu que, nas condenações impostas à Fazenda Pública, a remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. Isso significa dizer que, a cada mês que o processo tramita, o ente previdenciário se vê obrigado a corrigir monetariamente e aplicar juros de cerca de 0,5%a.m. ao montante principal da condenação porventura imposta. Antes de 06.2009, mês de promulgação da referida Lei, esse valor era da casa de 1%a.m..

Da mesma forma, a incerteza da validade jurídica da atuação questionada em juízo, e pendente de dicção jurisdicional por longo tempo, é meio plenamente hábil para determinar a multiplicidade de novas ações, corolário lógico da falta de segurança jurídica.

Ao que se percebe cotidianamente, as causas com maior possibilidade de repetição e potencial de abarrotar o Poder Judiciário são as demandas envolvendo revisões e reajustes nos valores iniciais dos benefícios previdenciários.

Com as sucessivas mudanças legislativas, interpretações divergentes e planos econômicos, ocorreram enxurradas de ações judiciais visando a à revisão da Renda Mensal Inicial dos benefícios.

Podemos citar, como exemplo, as revisões da ORTN/OTN, buraco negro, buraco verde, IRSM de fevereiro de 1994, revisão do teto, revisão do art.29, inciso II, revisão de cotas de pensão, desaposentação, revisão de vida inteira, dentre muitas outras. Dessas citadas, todas são caracterizadas pelo volume expressivo de ações idênticas e poucas estão pacificadas juridicamente com solução vinculante de última instância.

1.2 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR

O IRDR, ou incidente de resolução de demandas repetitivas, foi inaugurado no novo Código de Processo Civil, promulgado em 2015.

Preconiza o art.976, do Código de Processo Civil:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Em relação aos legitimados, o art.977 aponta que pode ser instaurado de ofício pelo Juiz ou Relator, a pedido das partes, Ministério Público ou Defensoria Pública.

O art. 978, por sua vez, estabelece que o julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Alerte-se que é incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. Ou seja, se houver recurso especial ou extraordinário, não se poderá suscitar novos incidentes da mesma questão de direito.

No IRDR, a técnica utilizada é de desmembramento do processo de cognição, para se extrair uma decisão-modelo, aplicável a todos os elementos que a ações individuais possuem em comum, deixando-se as singularidades restantes de cada caso a cargo do magistrado de primeiro grau.

No intuito de democratizar o máximo possível o paradigma que será aplicado às várias ações similares, buscou-se ampliar a publicidade, abrindo acesso a interessados, pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, nos termos do art. 983. Inclusive, por conta do art. 979, foi assegurada a ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, do julgamento.

O Conselho Nacional de Justiça já iniciou tratativas para a integração das informações dos diferentes IRDR's, conforme foi noticiado abaixo:

[...] serão discutidos os ajustes necessários à integração do cadastro nacional de IRDR aos bancos de dados da mesma natureza que deverão ser criados e mantidos pelos tribunais brasileiros. Esses bancos eletrônicos terão informações atualizadas sobre as questões de direito (material ou processual) relativas aos diferentes IRDRs e alimentarão o cadastro do CNJ. De acordo com o artigo 979 do novo CPC, a instauração e o julgamento de cada incidente deverão ter a “mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”.⁶

6 *CNJ debate tratamento de demandas repetitivas conforme novo CPC*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82205-cnj-debate-tratamento-de-demandas-repetitivas-conforme-novo-cpc>>. Acesso em: 17 maio 2017.

Ainda, o art.982, §3º, permite que qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Nesse diapasão, existe notícia do primeiro pedido de suspensão de Incidente de Demandas Repetitivas a cargo do Superior Tribunal de Justiça⁷. Tratavam-se de ações envolvendo inversão de cláusula penal em direito imobiliário.

Portanto, nos moldes que o instituto foi desenhado, pode-se inferir que o IRDR é desenhado para solver causas em que repousam direitos individuais homogêneos, muito mais do que direitos difusos ou coletivos.

2.3 A EXPERIÊNCIA DO DIREITO ALEMÃO: MUSTERVERFAHREN

O modelo brasileiro tem como base o procedimento-modelo (*musterverfahren*), do Direito Alemão, que consiste, basicamente, na tomada de uma decisão-modelo para diversos processos repetitivos. Sobre o instituto, esclarece Marcos de Araújo Cavalcanti:

A partir de 1991, em paralelo às “ações de associações” (*verbandsklage*), o ordenamento jurídico alemão começou a introduzir uma espécie de procedimento-modelo, como instrumento de resolução coletiva de conflitos massificados. Através dessas técnicas processuais o juízo, de ofício ou por meio de requerimento feito pelo autor ou réu de um dos processos repetitivos, instaura o processamento de um incidente processual coletivo, com o objetivo de obter uma decisão-modelo que resolva expressiva quantidade de demandas em que as partes estejam na mesma situação.⁸

O procedimento alemão nasceu, em 2005, fruto de uma conhecida fraude na bolsa de valores de Frankfurt, levando ao Tribunal milhares de ações idênticas, inviabilizando os trabalhos de julgamento. Tratavam-se de inúmeros acionistas da Deutsche Telekom que, por conta de informações equivocadas em um panfleto da companhia, teriam sido lesados financeiramente.

7 CONJUR. *STJ julgará seu primeiro incidente de demanda repetitiva, criado pelo CPC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-08/stj-ira-julgar-primeiro-incidente-demanda-repetitivo-criado-cpc>>. Acesso em: 09 maio 2017.

8 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. *Revista de Processo*, v. 238, p. 333, dez 2014. DTR\2014\19819.

Várias diferenças são encontradas entre o instituto pátrio e o estrangeiro.

Primeiramente, enquanto na Alemanha o incidente não pode ser proposto pelo juízo, no Brasil se admite a instauração de ofício pelo juiz ou relator.

A diferença mais relevante, contudo, repousa no objeto da análise do Incidente. No *musterverfahren*, a análise pode se estender, inclusive, a fatos, representando cisão parcial da etapa de conhecimento da demanda, e não só o estabelecimento de um paradigma abstrato. Neste sentido:

Pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. Esse detalhe é de extrema importância, pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo. Vale dizer, se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão, o que não ocorre aqui, com a vantagem de evitar as críticas aos processos-teste.⁹

Se existe um fato comum a todas as ações repetitivas, o tribunal superior pode decidir sobre sua existência ou não, muito embora a solução da demanda ainda fique a cargo da análise das individualidades de cada ação, pelos juízes de primeiro grau.

Por fim, no procedimento-alemão a decisão somente se aplica para os processos pendentes de julgamento, enquanto que o IRDR tem aplicabilidade diferida aos processos vindouros, conforme estatuído no art.985, do CPC.

1.4 CRÍTICAS GERAIS AO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR

O IRDR já nasceu alvo de críticas bastante pertinentes.

Da leitura dos requisitos de instauração, então, afigura-se correto dizer que o IRDR é um instrumento de tratamento de demandas repetitivas de caráter repressivo, uma vez que necessita da efetiva repetição de processos em questões unicamente de direito. A quantidade de processos para configurar a repetição também não está bem esclarecida.

9 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. *Revista de Processo*, n. 147, p. 123-146, maio 2007

Nos dizeres de Thais Hirata de Oliveira:

A crítica que se faz ao IRDR e nisso se aproxima das ações coletivas, é que embora possa reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário, não terá condão de evitar o ajuizamento de milhares de demandas repetitivas tendo em vista o seu caráter marcadamente repressivo, ou seja, só poderá ser instaurado diante da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.¹⁰

De igual forma, haverá o momento, como já ocorreu em diversos casos previdenciários, que as ações repetitivas atingirão âmbito nacional, o que ocasionaria diversas instaurações de IRDR's por todo país, resultando em soluções fatalmente diferentes em cada tribunal.

Esse caráter territorial do IRDR não nos afigura razoável pois dá azo a interpretações dissonantes, causando insegurança jurídica em matérias de âmbito nacional.

Nesse sentido:

Daí porque, poderemos ter uma decisão em IRDR definitiva, com eficácia limitada à competência do respectivo Tribunal — não interposto recurso aos Tribunais de superposição —, que eventualmente esteja em divergência com outros provimentos prolatados em IRDR's, mas que não será mais alcançada pelo incidente de suspensão (artigo 997, § 2º).¹¹

Mais prudente seria fazer uma releitura do incidente para deixar afeto ao STJ a pacificação de demandas repetitivas baseadas em Lei Federal, atribuição nata, com capacidade de afetar interessados em todas as unidades da federação, até porque o art. 985 estabelece que a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem, somente, na “área de jurisdição do respectivo tribunal”.

Resta claro, por conseguinte, que, mesmo após a resolução do incidente pelo Tribunal de Justiça, inúmeras outras causas ficarão sem solução unicamente por não pertencerem à mesma jurisdição territorial

10 OLIVEIRA, Thais Hirata de. *Mecanismos processuais de gestão das demandas repetitivas pelo poder judiciário*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Doi:10.11606/D.2.2015.tde-14122015-093133. Acesso em: 09 maio 2017.

11 JUNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Novo CPC e a necessidade de sua reestruturação*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI190704,31047Incidente+de+Resolucao+de+Demandas+Repetitivas+IRDR+no+Novo+CPC+e+a>>. Acesso em: 09 maio 2017.

do órgão julgador. Vale dizer, a resolutividade do IRDR fica bastante esmaecida diante de causas de abrangência nacional.

Mesmo se um IRDR obtiver sucesso, com paradigma fixado, tal não se configura garantia de sua aplicabilidade ao caso concreto. Chamando atenção para esse fato, Guilherme Rizo Amaral aduz o seguinte:

A decisão proferida no incidente, embora vincule todo e qualquer futuro julgamento a ser proferido acerca da matéria em discussão, não tem o condão de evitar o ajuizamento de novas ações. Muito pelo contrário, exige-se a instauração de processo judicial individual para que possa aplicar a tese jurídica.¹²

Neste ponto, em específico, o IRDR se afasta das ações coletivas.

Enquanto nas ações coletivas, a sentença é única, resolvendo o mérito de todos os casos, cabendo apenas o ingresso em fase executória dos interessados, no IRDR não há que se falar em liquidação ou execução da decisão, porque ela não constitui título executivo em nenhum caso. Aqui, os efeitos materiais decorrerão apenas quando da aplicação da decisão aos casos pendentes e futuros por outros juízos, abrangidos na mesma situação jurídica.

A inconstitucionalidade do instituto, também, é severamente discutida na doutrina. Abboud e Cavalcanti enumeram diversas inconstitucionalidades presentes no novo instituto, tratado ainda como Projeto de Lei, como se depreende, a seguir:

Apesar disso, não podemos fechar os olhos e ignorar algumas inconstitucionalidades constantes do texto projetado que violam diversos princípios constitucionais do processo decorrentes da cláusula do devido processo geral. O artigo tratará de algumas delas. São elas: (a) violação à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos Poderes: a vinculação da tese jurídica aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão não está prevista na Constituição da República; (b) violação ao contraditório: ausência do controle judicial da adequação da representatividade como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável aos processos dos litigantes ausentes do incidente processual coletivo; (c) violação ao direito de ação: ausência de previsão do direito de o litigante requerer sua autoexclusão (opt-out) do julgamento coletivo; e (d) violação ao sistema de competências

12 AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, Segurança e Massificação e a proposta de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista de Processo*. RePro 196/237.

da Constituição: a tese jurídica fixada no IRDR pelo TJ ou TRF será aplicada aos processos que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (art. 982, I, do NCPC).¹³

Outra crítica que se faz é que o art.976, §5º, estatui que o incidente é destituído de custas processuais, inclusive aqueles que correm nos Tribunais de Justiça dos Estados, o que pode gerar alguma controvérsia futura, visto que se trata de Lei Federal dispensando pagamento de taxas e emolumentos constituídos por Lei Estadual.

1.5 A (IN)ADEQUAÇÃO DO IRDR PARA SOLVER QUESTÕES PREVIDENCIÁRIAS DO RGPS DE NATUREZA REPETITIVA

A aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas às causas de natureza previdenciária passa pelas peculiaridades inerentes a esse tipo de litígio.

No Direito Alemão, o *musterverfahren* somente passou a ser adotado nas questões afetas à Justiça Previdenciária ou Social, a partir de 2008, através de emenda.

No Brasil, de fato, o que se percebe é que o IRDR já vem sendo utilizado na seara previdenciária, com certo espectro.

Se tem notícia que o TRF da 4ª Região admitiu dois IRDR's, ambos em matéria previdenciária, instaurados a partir de ações em curso nos Juizados Especiais Federais, seara da maior quantidade de ações contra a Previdência Social.

A instauração do IRDR se deu, por exemplo, em causa que trata da uniformização de entendimento para acréscimo de 25%, em virtude da necessidade de auxílio permanente de terceiros, no valor das aposentadorias em geral, e não somente na aposentadoria por invalidez. Vejamos o teor da ementa abaixo.

PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR. DEFLAGRAÇÃO DO INCIDENTE A PARTIR DE PROCESSO QUE TRAMITA

13 ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*. v. 240, p. 221-242, fev. 2015.

NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. POSSIBILIDADE. A UNIFORMIZAÇÃO DA MATÉRIA PERANTE A TNU.

1. Configurados todos os pressupostos legais, impõe-se a admissão do incidente para resolver a tese jurídica aventada.

2. É possível a instauração do IRDR a partir de processos que tramitam nos juizados especiais - precedente da Corte Especial do TRF4 na sessão de 22/09/2016 ao julgar a admissão do IRDR nº 5033207-91.206.404.0000/SC.

3. O fato de a TNU, em pedido de uniformização, já ter se pronunciado acerca da controvérsia em debate (concessão às demais aposentadorias concedidas sob o regime geral da Previdência Social, que não só a por invalidez, o adicional de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91), não impede a instauração do presente IRDR, uma vez que, ainda possui dissenso interpretativo da matéria nesta Corte.

4. Recebimento do Incidente para uniformizar a seguinte Tese jurídica (art. 345-C do RITRF4): *se o adicional de 25% previsto no art. 45 da 8.213/91, destinado à aposentadoria por invalidez, pode ser estendido aos demais tipos de aposentadoria, em face do princípio da isonomia.* INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (SEÇÃO) Nº 5026813-68.2016.4.04.0000/PR, TRF4.

Como já realçado quando se abordou o incidente, mesmo que se obtenha sucesso, o provimento-modelo somente poderá ser utilizado no âmbito territorial do Tribunal, deixando ao desamparo inúmeras outras ações previdenciárias, em que se questiona o mesmo entendimento.

Mais grave ainda, corre-se o risco de haver uniformização por conta de outros Tribunais Regionais em sentido totalmente divergente, o que implicaria em novas ações discutindo o mesmo tema, causando insegurança jurídica e tratamento desigual a segurados do RGPS na mesma situação fática.

Alerta Lucas Pinto Simão, sobre o tema:

Até que haja definição da tese jurídica pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal com eficácia nacional (§2º do artigo 987 do Novo Código de Processo Civil), certamente haverá decisões conflitantes proferidas pelos diversos Tribunais de Justiça e pelos diversos Tribunais Regionais Federais acerca da interpretação de determinada

tese jurídica. Isto leva à insegurança jurídica e a contradição entre as decisões, sendo estes justamente os malefícios que se pretende evitar ao instaurar um modelo de julgamento de demandas repetitivas.¹⁴

Essa situação é mais real quando se nota que a Carta do Fórum Permanente de Processualistas, estabeleceu, em seu último encontro, realizado em março de 2017, o seguinte enunciado:

(art. 976) É admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de 2º grau diferentes. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)¹⁵

Ao que parece, a pacificação de causas com repercussões nacionais deveria ter passado pela tutela dos tribunais superiores, principalmente o STJ.

Dando sua solução sobre o tema, assim se manifesta Daniel Amorim Assumpção Neves:

Os riscos apresentados, ainda que reconhecidamente pequenos, poderiam ter sido resolvidos de duas formas. O legislador poderia ter previsto para o tribunal de segundo grau apenas a análise da admissibilidade do incidente, sendo o julgamento o de seu mérito de competência privativa dos tribunais superiores. É a solução mais radical por que envolveria uma mudança significativa do procedimento. A outra forma teria sido criar uma nova hipótese de reexame necessário, prevendo-se que a decisão do incidente em segundo grau seria necessariamente revista pelos tribunais superiores. Seria uma solução inovadora, por que o reexame necessário atualmente é de sentença e não de acórdão, mas menos dramática do que modificar todo o procedimento do incidente.¹⁶

A priorização das cortes superiores, inclusive, foi uma das propostas para a redução mais eficiente no volume de ações previdenciárias, colocada no Estudo sobre Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira, realizado a pedido do CNJ, em julho de 2011:

14 SIMÃO, Lucas Pinto. *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas* ("IRDR"). Disponível em: <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/incidente-de-resolucao.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2017.

15 *Carta do Fórum Permanente de Processualistas em Florianópolis*. Disponível em: <<http://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

16 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm. 2016.

Priorização das cortes superiores na pacificação da jurisprudência sobre demandas previdenciárias: tal conduta poderia desestimular o excesso de judicialização na primeira instância e o ajuizamento de recursos repetitivos em massa. Tal procedimento minimizaria o fenômeno da criação de teses jurídicas oportunistas que se aproveitam de controvérsias jurisprudenciais para fomentar o ingresso de demandas de massa.¹⁷

Ainda, é característica inata das ações revisionais previdenciárias possuírem um potencial de multiplicação considerável em todo país, rompendo as barreiras da competência territorial de qualquer Tribunal.

Portanto, o intuito motriz do novel instituto processual, que é diminuir o assolamento do Poder Judiciário com demandas repetidas, perde em muito sua eficácia quando se envolvem causas repetitivas previdenciárias.

Mister que se diga, em tempo, que quaisquer causas de massa identificadas por veicularem casos judiciais massificados, que resultam de atividades reiteradas, realizadas no setor público ou na iniciativa privada padeceriam do mesmo mal. Não se trataria de privilégio exclusivo das ações que se discute direito previdenciário.

A par da crítica de Abboud e Cavalcanti (op.cit.) sobre o tema, que alegam a inconstitucionalidade do instituto em virtude da vinculação da tese jurídica aos juízes de hierarquia inferior não encontrar previsão na CF/1988, o que violaria o princípio da independência funcional, o fato é que entende-se que o legislador optou por privilegiar, através de um exercício de ponderação, o princípio da segurança jurídica, por entender mais prevalente a missão de entregar uma tutela jurisdicional idêntica a todos que estejam na mesma situação de direito.

Por outro lado, a inconstitucionalidade levantada pelos autores citados, de que haveria violação ao sistema de competências da Constituição, por aplicação da tese jurídica aos juizados especiais, na verdade reforça o entendimento de que as causas com repercussões nacionais deveriam ter passado pela tutela dos tribunais superiores que, em tese, estariam presentes na relação decisória do microssistema dos juizados.

Não obstante, vale a lembrança da Súmula 428, do STJ, que determina que o TRF é competente para decidir conflitos de competência entre juizados especiais federais e juízos federais, o que aponta para alguma subordinação

17 DEMANDAS REPETITIVAS E A MOROSIDADE NA JUSTIÇA CÍVEL BRASILEIRA, julho de 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc17246b66b.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2017.

hierárquica, mesmo que residual, entre esses órgãos. Portanto, percebe-se que não é tão estanque o limite de submissão do microsistema dos juizados especiais.

Por outro lado, existem méritos no incidente que precisam ser colocados.

A suspensão dos processos pendentes que tramitam na base territorial do Tribunal, até a solução final e definitiva da demanda, é provimento salutar para favorecer o amadurecimento da discussão em torno da aplicação da norma previdenciária controvertida, ampliando o raio de atuação da defesa do ente público, privilegiando a ampla defesa e o devido processo legal.

Sobre esse detalhe, Mendes e Temer discorrem no seguinte sentido:

A suspensão nacional tem como objetivo evitar a tramitação nos demais Estados e regiões de processos que versem sobre a questão que está em julgamento perante um tribunal estadual ou regional, porque é grande a probabilidade de que tal questão seja submetida aos tribunais de vvvuniformização posteriormente, alcançando, então, abrangência nacional. A suspensão nacional também pode ser útil para obstar a tramitação e julgamento de incidentes com o mesmo objeto, perante tribunais diferentes.¹⁸

A suspensão também evitaria decisões liminares dissonantes, com pagamentos provisórios, quase sempre irrepetíveis e alongados no tempo, colocando em risco o erário. Além disso, cria a possibilidade do Poder Público se preparar adequadamente para enfrentar os possíveis impactos econômicos, inclusive produzindo normas permissivas para realização de acordos, ou desistência de recursos.

Ademais, a instauração do incidente pode, em tese, abreviar o caminho do litígio até os tribunais superiores, na medida que, fatalmente, será entregue para análise via recurso extraordinário ou especial, abreviando-se os custos de um processo moroso para o Estado.

Neste ponto, Vinicius Silva Lemos leciona:

O incidente, de certa forma, funciona como uma forma preparatória e célere para o tribunal fixar questão de direito, debruçar-se sobre o tema, paralisando as ações afetadas, possibilitando uma maior discussão jurídica

18 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia Temer. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 243, p. 283-331, 2015.

sobre a matéria, em um espaço de tempo menor, com uma efetividade mais robusta. A instauração do incidente melhora a prestação jurisdicional em geral e, sobretudo, do efeito posterior da vinculação da decisão. A decisão certamente sofrerá impugnação via recurso especial ou extraordinário, remetendo a questão regional para um âmbito nacional, com a possibilidade de um julgamento por amostragem no tribunal superior, com um caminho processual, teoricamente, reduzido até o tribunal superior.¹⁹

Ainda, convém lembrar que existe uma limitação legal para o uso dos demais instrumentos processuais de ações coletivas para alguns temas previdenciários. O art. 1º da Lei 7.347/85, que trata da ação civil pública, veda o uso da mesma para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Nesse ponto, o surgimento do IRDR pode representar importante preenchimento de lacuna legislativa.

2 CONCLUSÃO

Buscou-se, no presente artigo, articular o incidente de resolução de demandas repetitivas, inaugurado no novel Código de Processo Civil de 2015, com sua aplicabilidade-adequação nas demandas de natureza previdenciária.

Pela sua natureza de filiação obrigatória e ampla cobertura, agravada por diversas alterações legislativas, sucessivos planos econômicos, desemprego, divergências interpretativas, é de se esperar que as demandas que envolvem direitos previdenciários sejam bastante numerosas.

As ações envolvendo a Previdência Social são comumente caracterizadas pela repetibilidade, mormente quando se tratam de ações revisionais. De acordo com o anuário Justiça em Números, de 2016, cerca de 37% das ações em todos os cinco Tribunais Regionais Federais, tratam de demandas previdenciárias. Desse montante, 2,27% dizem respeito a questões envolvendo RMI (renda mensal inicial).

A demora no julgamento dessas demandas gera insegurança jurídica e incerteza sobre a atuação administrativa correta, favorecendo o crescimento do número de ações.

19 LEMOS, Vinicius Silva. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 8, 2015.

O IRDR vem previsto no art.976, do CPC, e preconiza uma técnica de desmembramento do processo de cognição, utilizável quando exista efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O modelo brasileiro tomou como base o procedimento-modelo (*musterverfahren*), do Direito Alemão, que consiste, basicamente, na tomada de uma decisão-modelo para diversos processos repetitivos.

Críticas feitas ao instituto revelam que, mesmo que se obtenha o provimento-modelo, este somente poderá ser utilizado no âmbito territorial do Tribunal, deixando ao desamparo inúmeras outras ações previdenciárias, em que se questiona o mesmo entendimento, causando insegurança jurídica e tratamento desigual a segurados do RGPS na mesma situação perante a lei. Em verdade, qualquer demanda de massa envolvendo sujeitos e direitos que ultrapassem os limites territoriais dos tribunais de 2º grau, com frequência, padeceria do mesmo mal.

A par disso, entende-se que a previsão de suspensão dos processos pendentes favorece o amadurecimento da discussão em torno da aplicação da norma previdenciária controvertida, ampliando o raio de atuação da defesa do ente público e preparando adequadamente o Poder Público para enfrentar os possíveis impactos econômicos.

Portanto, embora se vejam alguns méritos nesse instituto processual, a consideração final que se chega é que o IRDR ficou longe do esperado para a solução definitiva das demandas de massa envolvendo a Previdência Social, assim como qualquer demanda de massa que ultrapasasse os limites territoriais dos tribunais de 2º grau.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, v. 240, p. 221-242, fev. 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, Segurança e Massificação e a proposta de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista de Processo*. RePro 196/237.

Anuário Estatístico da Previdência Social/Ministério da Fazenda, Secretaria de Previdência, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência, a. 1 1988/1992. Brasília: MF/DATAPREV

BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 08 maio 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. *Revista de Processo*, n. 147, p. 123-146, maio 2007.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo. v. 243. maio 2015.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. *Revista de Processo*, v. 238, p. 333, dez. 2014. DTR\2014\19819.

CONJUR. *STJ julgará seu primeiro incidente de demanda repetitiva, criado pelo CPC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-08/stj-ira-julgar-primeiro-incidente-demanda-repetitivo-criado-cpc>>. Acesso em: 09 maio 2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. *Revista Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre. v. 25. n. 2, jul./dez. 2009.

Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira, julho de 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2017.

JUNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Novo CPC e a necessidade de sua reestruturação*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI190704,31047Incidente+de+Resolucao+de+Demandas+Repetitivas+IRDR+no+Novo+CPCe+a>>. Acesso em: 09 maio 2017.

Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 09 maio 2017.

LEMOS, Vinicius Silva. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia Temer. “O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil.”

Revista de Processo, v. 243, p. 283-331, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: FREIRE, Alexandre et. al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

OLIVEIRA, Thaís Hirata de. *Mecanismos processuais de gestão das demandas repetitivas pelo poder judiciário*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-14122015-093133. Acesso em: 09 maio 2017.

Previdência Social. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/>>. Acesso em: 08 maio 2017.

SIMÃO, Lucas Pinto. *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas* (“IRDR”). Disponível em: <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/incidente-de-resolucao.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2017.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RECEBIDO EM: 05/05/2017

APROVADO EM: 11/01/2018

O RECORTE ETNICORRACIAL COMO CRITÉRIO À PROMOÇÃO DA IGUALDADE: POSSIBILIDADE JURÍDICA E ADEQUAÇÃO SOCIOPOLÍTICA SOB A PERSPECTIVA DA LEI 12.990/14

**THE RACIAL-ETHNIC CLIPPING AS CRITERIA TO PROMOTE
EQUALITY: JURIDICAL POSSIBILITY AND SOCIOPOLITICAL
ADEQUACY IN THE 12.990/14 LAW'S PERSPECTIVE**

Domingos do Nascimento Nonato

Doutorando em Direito com ênfase em Direitos Humanos junto à UFPA. Mestre em Direito com ênfase em Direitos Humanos pela UFPA. Advogado Militante (OAB/PA).

Raimundo Wilson Gama Raiol

*Doutor em Direito, pela Universidade Federal do Pará.
Mestre em Direito, pela Universidade Federal do Pará. Graduado em Direito, pela Universidade Federal do Pará.*

Daniella Maria dos Santos Dias

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Titular da Universidade Federal do Pará. Professora do Instituto de Ciências Jurídicas e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Pará; Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal do Pará (1996); Especialista em Direito Agrário pelo CESUPA; Professora da Universidade Federal do Pará (Graduação e Pós-Graduação).

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Lei 12.990/14: uma política governamental com feição de ação afirmativa; 2 Subsídios sociojurídicos à análise da compatibilidade da Lei 12.990/14 com o ordenamento jurídico de níveis nacional e internacional; 3 O recorte etnicorracial como parâmetro para a promoção da igualdade; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O recorte etnicorracial figura como parâmetro suficientemente atraente para justificar em favor dos autodeclarados negros a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos federais, como preconiza a Lei nº 12.990/14? Partindo dessa questão, tem-se por finalidade realizar reflexões acerca do critério sociopolítico que fundamenta a aludida reserva. Para tanto, consideram-se as disposições normativas pertinentes, inclusive aquelas acomodadas nos documentos internacionais; utilizam-se as contribuições de estudiosos da temática e recebem-se evidências empíricas quanto à problemática persistência de desigualdades raciais quanto ao acesso ao serviço público federal entre brancos e negros. Com manifesto caráter de ação afirmativa, a Lei em comento representa mecanismo institucional com possibilidade de promover a inclusão social, razão pela qual o Poder Público deve fomentar políticas públicas visando diminuir sensivelmente a discrepância entre os percentuais do segmento social negro, na população total do país, e os verificáveis no conjunto de servidores públicos do Poder Executivo Federal. Ainda que se considere que os concursos públicos constituam método de seleção isonômico, meritocrático e transparente, sua mera utilização não tem sido suficiente para garantir um tratamento equitativo entre negros e brancos, sendo, portanto, inquestionáveis a relevância e o mérito etnicorracial da Lei nº 12.990/2014, que, na condição de ação afirmativa, pretende efetivar a igualdade de oportunidades entre tais grupos sociais, de modo a imprimir uma mudança na composição racial do conjunto de servidores públicos do Poder Executivo Federal, tornando-a mais representativa da população brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Recorte Etnicorracial. Lei nº 12.990/14. Ações Afirmativas. Igualdade de Oportunidades. Concurso Público Federal. Poder Executivo Federal.

ABSTRACT: Does the racial-ethnic clipping figure as sufficiently attractive parameter to justify in favor of self-denominated black the supply of 20% of the spots in federal public tender, as the 12.990/14 law forebodes? From this question, there is the aim of making reflections about the sociopolitical criteria that supports the alluded supply. Therefore, it is considered the relevant normative dispositions, including those ones in the international documents;

using the contributions of experts in the area and receive empirical evidences about the problematical persistency of racial inequality related to the entering in the federal public service between black and white people. With the manifest character of the affirmative action, the law represents an institutional mechanism with possibility to promote a social inclusion, reason why the Public Power should encourage public politics aiming to reduce sensibly the discrepancy between the percent from the black segment from the total of people in the country and the ascertainable in the conjunct of federal employee from the Federal Executive Power. Even if we take into consideration the public tender, constitute an isonomic selection method, meritocratic e clear, its utilization has not been enough to assure an equal treatment between black and white people, therefore, it is unquestionable the racial-ethnic merit and relevance of the 12.990/14 law that, in the condition of affirmative action, intend to implement the equal opportunities between these social groups, in order to make a change in the racial conjunct of federal employees from the Federal Executive Power, becoming this way more representative of the Brazilian people.

KEYWORDS: Racial-Ethnic Clipping. 12.990/14 law. Affirmative Actions. Equality of Opportunities. Federal Public Tender. Federal Executive Power.

INTRODUÇÃO

A desigualdade racial entre brancos e negros é hoje apontada como uma das mais perversas dimensões do tecido social brasileiro, sendo a disparidade de acesso aos cargos e empregos públicos no âmbito federal uma delas. Essa situação demanda atuação do Poder Público no sentido de promover ações políticas objetivando mitigar as inaceitáveis distâncias que ainda separam tais segmentos sociais, em plena segunda década do século XXI, quanto ao mencionado acesso.

É necessária a articulação entre o propósito de enfrentar as desigualdades raciais e a implementação de políticas públicas de promoção de igualdade racial, vez que desvantagens cumulativas impedem a equalização social entre brancos e negros. Dentre os fatores que explicam essa cumulatividade, cita-se o “ponto de partida”, após a abolição formal da escravidão em 1888, entre brancos e negros, a respeito do acesso às oportunidades sociais. Esse fator representa um conjunto de condições historicamente desiguais que gerou, por seu turno, situações e possibilidades também desiguais, como assegura Osório:

No momento da abolição, foram suprimidas as barreiras formais que a escravidão oferecia à competição dos negros com os brancos pelas posições sociais. Mas quando os portões são abertos e se faculta aos negros o

ingresso na corrida, os brancos já estão quilômetros adiante. Essa é a condição inicial. Para que os negros superem a desvantagem imposta por ela, é preciso que, a cada geração, percorram uma distância maior do que a percorrida pelos brancos. Se não conseguem fazê-lo, a desigualdade racial existente no momento da abertura dos portões persiste.¹

Depreende-se que a abolição formal da escravidão foi responsável pela materialização de uma condição inicial que possibilitou a continuação de situações historicamente desiguais entre brancos e negros, perpetuando, por assim dizer, conjunturas dessemelhantes envolvendo tais segmentos sociais, com alto grau de persistência intergeracional e de (re)produção das desigualdades raciais, no país, até dos dias atuais. Portanto, é possível compreender também a defasagem do percentual de negros no serviço público em relação à parcela de negros na população brasileira, quando se consideram os aspectos históricos dos antecedentes estruturantes do mercado de trabalho, no Brasil.

Com efeito, impõe-se uma questão primária e seminal, há muito tempo diagnosticada no Brasil: as pessoas negras ainda sofrem com mais intensidade os impactos das desigualdades raciais no serviço público do Poder Executivo Federal. Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, Censo 2010), a parcela de negros na população brasileira é de 50,7% (cinquenta vírgula sete por cento), e, segundo levantamento realizado pela Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade (SEPPPIR), apenas 30% (trinta por cento) do total dos servidores daquele Poder seriam negros². Desse modo, não há correspondência entre a percentagem da população brasileira autodeclarada negra e os percentuais de pessoas negras que ocupam cargos efetivos e empregos públicos, nas esferas do Poder Público Federal. Há, isto sim, uma extrema desproporção entre o número de negros e o de brancos nos quadros de servidores do dito Poder.

Observa-se que a variante “acesso aos cargos e empregos públicos do Poder Público Federal pela população negra brasileira”, revela que as desigualdades raciais no Brasil são significativamente expressivas, disseminadas e extremamente arraigadas na sociedade, constituindo, ao longo do tempo, num verdadeiro ciclo que se (re)produz a cada geração, adquirindo, inclusive, certa estabilidade. Quando se toma por base a dita variante, a desigualdade

1 OSÓRIO, Rafael Guerreiro. Desigualdade racial e mobilidade social no Brasil: um balanço das teorias. In: THEODORO, Mário (Org.). *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília: Ipea, 2008. p. 66.

2 Informação veiculada no Portal Brasil sob o título “Funcionalismo público não reflete diversidade do povo brasileiro”. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2013/11/funcionalismo-publico-nao-reflete-diversidade-do-povo-brasileiro>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

racial opera como importante mecanismo de realimentação da desigualdade social, no Brasil. Esse mecanismo de reprodução social mantém os negros brasileiros concentrados na base da pirâmide social, ainda que se considere o decurso de quase 130 (cento e trinta) anos após a abolição oficial de escravidão, a despeito das mudanças estruturais que ocorreram, e ocorrem, no Brasil.

Indo ao encontro dessa problemática, no dia 9 de junho de 2014, foi sancionada a Lei nº 12.990, que

Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mistas controladas pela União.³

Trata-se, certamente, de uma ação afirmativa, mecanismo ou instrumento político decorrente de denúncias e reivindicações de especialistas e do Movimento Social Negro Brasileiro, almejando mitigar a discrepância verificada entre os percentuais do segmento social negro na população total do país e no conjunto de servidores públicos civis da Administração Pública federal. Não há, portanto, dúvida de que a Lei nº 12.990/14 enraíza, notadamente, um recorte etnicorracial.

É em meio a esse horizonte que se coloca uma questão vital, no âmbito da denominada democracia pluralista brasileira: em face da problemática persistência de desigualdades raciais quanto ao acesso aos cargos e empregos no âmbito do Poder Executivo Federal entre brancos e negros, o recorte etnicorracial figura como parâmetro suficientemente atraente, para justificar em favor dos autodeclarados negros a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos federais, como preconiza a Lei nº 12.990/14?

Partindo dessa questão, tem-se por finalidade realizar reflexões acerca desse critério sociopolítico que fundamenta a dita reserva. Para tanto, considera-se farta base normativa de índole nacional e internacional, bem como a significativa e seminal produção doutrinária pertinente, e ainda, evidências empíricas, mediante dados que demonstram a persistência de desigualdades raciais no tocante ao mencionado acesso.

3 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

Procura-se, ao longo do texto, discutir os valores que servem de base à Lei 12.990/14, buscando identificar os subsídios sociopolíticos que compatibilizem essa ação afirmativa, de métrica etnicorracial, implantada pelo Estado brasileiro, com o ordenamento jurídico em níveis nacional e internacional, de modo que essa medida seja ampliada e aperfeiçoada. Enquanto ação afirmativa, a Lei retromencionada converge para o princípio constitucional da igualdade, na sua dimensão que visa exatamente garantir a efetividade da isonomia material, assim como para a necessidade de previsão legal (princípio da legalidade) concernente à sua implementação.

1 A LEI 12.990/14: UMA POLÍTICA GOVERNAMENTAL COM FEIÇÃO DE AÇÃO AFIRMATIVA

O componente etnicorracial tem sido marca de diferenciação para a população negra, ao longo da história do Brasil e, mesmo observando a eficácia de algumas políticas públicas, estas têm efeitos diferentes e deficientes entre brancos e negros, mantendo sempre um “fosso” entre os dois grupos, em que os negros continuam em desvantagem, como afirmam Paixão e Carvano.⁴

Sabe-se que as políticas universalistas são incapazes de enfrentar, efetivamente, o abismo sociorracial no Brasil. Frente à persistência da desigualdade racial naturalizada entre negros e brancos, há a necessidade de ações governamentais específicas, cujas faces mais visíveis são as designadas ações afirmativas, mecanismos que visam mitigar a dita desigualdade, promovendo maior equalização entre tais grupos sociais quanto ao acesso a direitos e garantias fundamentais.

Apesar das polêmicas e das discussões acaloradas, no Brasil, o debate sobre as ações afirmativas e os avanços institucionais a esse respeito se encontram na ordem do dia, a exemplo do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF⁵, no Supremo Tribunal Federal, que além de decidir pela constitucionalidade das políticas de ação afirmativa mediante a reserva de vagas em universidades públicas com base no sistema de cotas raciais, incentivou a promulgação da Lei nº

4 PAIXÃO, Marcelo; CARVANO, Luis. M. (Orgs.). *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil: 2007-2008*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

5 A ADPF 186/DF foi proposta pelo Partido Democratas (DEM) contra a política de cota etnicorracial para o ingresso de estudantes na Universidade de Brasília (UNB), que reservava 20% das vagas para negros e um pequeno percentual para indígenas, pelo prazo de 10 anos. Em abril de 2012, por unanimidade, o STF a julgou improcedente.

12.711, de 29 de agosto de 2012⁶, e consignou importantes considerações acerca das ditas políticas, dentre as quais cabe trazer o seguinte excerto do extenso e minucioso voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski:

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita.

*Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente.*⁷ (Grifo nosso)

É apropriado, ademais, trazer à lume a definição de ações afirmativas elaborada por Gomes⁸

[...] as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo,

6 Reserva 50% das vagas ofertadas nos cursos de graduação para estudantes que cursaram todo o ensino médio na rede pública de ensino e, destas, 50% para alunos cuja renda familiar per capita seja de até um salário mínimo e meio, o que está sendo chamado de cota renda. Foi alterada pela Lei nº 13.409, de 28 de dezembro de 2016, para dispor sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnico de nível médio e superior das instituições federais de ensino. A Lei nº 12.711 foi regulamentada pelo Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012, que define as condições gerais de reservas de vagas, privilegiou o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) como critério de avaliação dos estudantes para o ingresso nas instituições federais de educação superior, previu a criação do Comitê de Acompanhamento e Avaliação das Reservas de Vagas nas Instituições Federais de Educação Superior e de Ensino Técnico de Nível Médio, dentre outras regulamentações. Há, também, a Portaria Normativa nº 18/2012, do Ministério da Educação, que estabelece os conceitos básicos para aplicação da lei, prevê as modalidades das reservas de vagas e as fórmulas para cálculo, fixa as condições para concorrer às vagas reservadas e estabelece a sistemática de preenchimento das vagas reservadas.

7 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186 - DISTRITO FEDERAL. Voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, STF, 2012, p. 21-22. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

8 GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.

que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *expost facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo.

Observa-se que a busca pela igualdade material ou substancial figura no centro de toda reflexão acerca das políticas promotoras de processos inclusivos de grupos sócio e culturalmente vulnerabilizados. Em que pesem as conquistas alcançadas pelo Brasil, os avanços no desmantelamento das desigualdades raciais ainda são lentos, insuficientes e ineficazes, para promover uma mudança substantiva na vida de tais grupos. Ações governamentais, mediante leis e políticas públicas, para a promoção da igualdade racial também são importantes para provocar mudanças que impactem positivamente a vida dos negros, no Brasil.

Os gestores públicos devem assumir, assim, papel cada vez mais importante, mormente quando as profundas e permanentes desigualdades raciais no Brasil tornam-se obstáculos ao acesso da população negra à estrutura de oportunidades, dentre elas, o mercado de trabalho, mais precisamente, os cargos e empregos públicos integrantes do Poder Executivo Federal, nos seus mais variados órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta. A atuação de tais gestores deve ser no sentido de adotar medidas para corrigir as desigualdades históricas que têm impedido os negros de ocupar determinados espaços, na sociedade, em particular aqueles cargos e empregos.

Evidenciam-se, desse modo, os processos de exclusão e estruturas históricas que reproduzem modelos fracassados e ineficazes de formular, gestar e consolidar políticas públicas para o combate das desigualdades etnicorraciais, na garantia do bem-estar social e econômico dos indivíduos, como se observa na sociedade brasileira, em relação à população negra, que soma 50,7% (cinquenta vírgula sete por cento) do contingente populacional (IBGE, Censo 2010).

O reconhecimento de que a igualdade formal não garante aos que são socialmente desfavorecidos o acesso às mesmas oportunidades de que usufruem aqueles que são socialmente favorecidos promoveu um esforço de ampliação não apenas do conteúdo jurídico da ideia de igualdade, mas das próprias possibilidades jurídicas de concretizá-la. Assim, as políticas de ações afirmativas sedimentam e tangenciam críticas ao princípio de

igualdade formal e organizam-se em torno de uma demanda concreta de igualdade – a igualdade de oportunidade.

A Lei 12.990/2014 é uma ação afirmativa focalizada, concebida para um público específico, a população negra, visando garantir-lhe maior acesso aos cargos e empregos públicos do Executivo Federal, porque as políticas públicas universalistas, ao longo da história do Brasil têm tido efeitos diferenciados entre os negros e brancos, deixando o segmento social negro numa recorrente desvantagem, segundo Paixão e Carvano⁹. Como bem observado por Piovesan¹⁰, Silva Júnior¹¹ e Gomes¹², a neutralidade estatal tem se traduzido em fracasso, sobretudo em sociedades com o perfil do Brasil, em que, por muitos séculos, manteve-se a subjugação legal de inferioridade legitimada pela lei como no caso da escravidão negra.

A reserva aos negros de 20% (vinte por cento) do total das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito do Poder Executivo Federal, representa medida política que vem ao encontro do entendimento ético acerca do reconhecimento das desigualdades raciais ainda presentes na sociedade brasileira em plena segunda década do século XXI, e da necessidade de assegurar a representatividade da diversidade etnicorracial no referido Poder, que tem o imprescindível papel de formular e promover medidas políticas que alberguem todos os segmentos da sociedade. Referida medida precisa ser vista como mecanismo indutor de mudanças quanto ao combate ao racismo institucional e suas formas correlatas, com elevado potencial de incentivar a adoção de ações semelhantes tanto no setor público (Administrações Públicas Diretas e Indiretas dos Poderes Executivos, Legislativos e Judiciários estaduais e dos Poderes Executivos e Legislativos municipais) quanto no setor privado (âmbito empresarial).

Diante da constatação de diversos estudos acerca da persistência de diferenças significativas quanto aos indicadores sociais das populações negra e branca, a Lei em epígrafe possui o escopo de proporcionar um tratamento mais isonômico entre essas populações, vez que essa situação se replica, também, na composição racial dos servidores daquele Poder, em que

9 PAIXÃO, Marcelo; CARVANO, Luis. M. (Orgs.). *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil: 2007-2008*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

10 PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. *Cadernos de Pesquisa*, 2005, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr.

11 SILVA JÚNIOR, Hélio. *Direito de Igualdade Racial: Aspectos constitucionais civis e penais*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

12 GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 40.

se verifica grande discrepância entre os percentuais da população negra na população total do país e naquela de servidores públicos civis do dito Poder.

Ao fim e ao cabo, com a adoção dessa política afirmativa no prazo inicial de 10 (dez) anos, almeja-se equacionar essa disparidade, tornando possível a aproximação entre a composição dos servidores do Poder Público retromencionado e os percentuais observados no conjunto da população brasileira. Desse modo, a proposta de reserva de vagas corresponde um avanço significativo na efetivação da igualdade de oportunidades entre as etnias branca e negra, garantindo que os quadros de servidores públicos reflitam de forma mais realista a diversidade étnica existente na população brasileira. Como explica Sandel: “Permitir que todos participem da corrida é uma coisa boa. Mas se os corredores começarem de pontos de partida diferentes, dificilmente será uma corrida justa.”¹³ Vê-se que, para além da perspectiva da igualdade formal de oportunidades, a igualdade de posições exige dos gestores públicos a implementação de políticas para compensar desvantagens naturais ou naturalizadas, de modo a que todos os membros de uma determinada comunidade possam, ao menos, ter o mesmo “ponto de partida”.

Por sua natureza e fins éticos, as ações afirmativas não podem ser universais, vez que a sociedade brasileira é pluriétnica e multicultural. Nesse sentido, deve ser garantido o recorte etnicorracial no conjunto das políticas públicas executadas pelos órgãos estatais, incorporando a perspectiva racial, tendo como premissa o princípio da factibilidade ética, ou seja, atendimento aos reais interesses e necessidades de negros, com base na ação ou intervenção dos gestores públicos. Nesse cenário, verifica-se que o grande desafio é consolidar uma perspectiva de democracia, para isso, combatendo as desigualdades raciais que atingem, frontalmente, a população negra brasileira.

A Lei em comento reconhece essas desigualdades raciais e, ao mesmo tempo, visa à promoção da igualdade de oportunidades, de tratamento e de condições objetivas de participação de maior número de negros naqueles cargos e empregos. Nesse sentido, representa uma política afirmativa ao propor providência obrigatória por parte do Poder Público Federal com a finalidade de promover a inclusão de um segmento etnicorracial notoriamente discriminado em relação às reais possibilidades de acesso àqueles cargos e empregos. Como a sociedade brasileira é marcada pela agudeza das desigualdades sociais fundadas no fator racial, é justificável e exigível a implementação de ações afirmativas por intermédio da Lei em comento, que pode, indiscutivelmente contribuir,

13 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 191.

reitera-se, se for bem gerida, para abrandar o *apartheid* escandaloso ainda encontrável na dinâmica social brasileira.

A Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, designada de Estatuto da Igualdade Racial, preconiza em seu art. 4º, parágrafo único:

Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.¹⁴

Percebe-se que o Estatuto da Igualdade Racial reconhece a formação de subjetividades e de subalternidades do racismo que pauta questões estruturais da sociedade. O peso ou reflexo de seus efeitos reafirma a persistência da diferenciação racial no acesso a serviços públicos e desvela as consequências da atuação sistemática de mecanismos de produção e reprodução das desigualdades em vários campos da vida social, como sublinham Silva e Goes¹⁵.

O fator histórico que permeou o surgimento do referido Estatuto é útil para compreender as origens da desigualdade social entre a população negra e o restante da população brasileira, desigualdade esta que representa formas sutis e veladas de discriminação que, na maioria das vezes, resultam na exclusão dos indivíduos, com base no critério racial de determinados espaços da vida coletiva (econômica, política, institucional, cultural e social) ou no bloqueio do acesso às oportunidades, em torrente de discriminação e exclusão. Nessa direção, Jaccoud Beghin comentam:

As políticas de ações afirmativas são medidas que buscam garantir a oportunidade de acesso dos grupos discriminados, ampliando sua participação em diferentes setores da vida econômica, política, institucional, cultural e social. Elas se caracterizam por serem medidas temporárias e por serem focalizadas nos afro-brasileiros, ou seja, por dispensarem um tratamento diferenciado e favorável com vistas a reverter um quadro histórico de discriminação e exclusão.¹⁶

14 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

15 SILVA, Tatiana Dias; GOES, Fernanda Lira (Org.). Igualdade racial no Brasil: reflexões no Ano Internacional dos Afrodescendentes. Brasília: Ipea, 2013, p. 13. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_igualdade_racialbrasil01.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

16 JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: Ipea, 2002. p. 56. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/>>

Se a questão mais ampla é questionar a dominância numérica dos brancos nos cargos e empregos do Poder Executivo Federal, porque tem ocorrido a inserção sobrerrepresentada da população branca via concursos públicos, a Lei 12.990/2014 é um mecanismo capaz de auxiliar na reversão da disparidade existente entre as características da população brasileira e as dos servidores do aludido Poder, ao tornar o perfil dos servidores públicos mais diversificado e corresponder às diferentes realidades sociais.

2 SUBSÍDIOS SOCIOJURÍDICOS À ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DA LEI 12.990/14 COM O ORDENAMENTO JURÍDICO EM NÍVEIS NACIONAL E INTERNACIONAL

A Lei 12.990/14 corresponde a uma necessária e adequada ação afirmativa, na perspectiva dos direitos humanos. Sua fundamentação sociojurídica está assentada em farta legislação de ordem constitucional e infraconstitucional, como a Constituição da República, o Estatuto da Igualdade Racial e o Programa Nacional de Direitos Humanos III, e em normas da órbita internacional, tais como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Declaração e o Programa de Ação de Durban.

No Brasil, com arrimo na significativa e seminal produção legislativa de ordem jurídica nacional e internacional atinente à promoção da igualdade etnicorracial, a Lei nº 12.990/2014 encontra fundamentação jurídica, de modo que, no campo estritamente normativo, há um verdadeiro arsenal de regras que exemplificam ou respaldam a adoção de ações afirmativas no Brasil, mediante a Lei em comento.

A Constituição da República alberga premissas destinadas ao fomento da igualdade etnicorracial ao revelar preocupação acentuada com a proteção igualitária de todas as pessoas e com a minoração ou supressão das desigualdades como desígnios à sua promoção. Ao longo de diversos dispositivos legais, ela sinaliza para a implementação de contextos sociais inclusivos a essa diversidade no Brasil, a começar por seu preâmbulo, em que aponta o ideário não discriminatório, de modo a que “o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” foram albergados “como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, ideário esse que se coaduna com alguns fundamentos da República, como a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III). Além disso, instituiu, como objetivos fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito, a busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e da marginalização social, a redução das

desigualdades sociais e regionais, visando à promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminações, em razão das características e condições das pessoas e grupos sociais, dentre as quais a raça ou cor (art. 3º, incisos I, III e IV). Comina, ainda, cláusula-garantia harmônica com o princípio da prevalência dos direitos humanos, fixado como regente, no art. 4º, inciso II, e com a garantia do direito à igualdade (art. 5º, *caput*).

Além de lobrigar valores constitucionais, como igualdade, cidadania e inclusão social, dignidade da pessoa humana como princípio jurídico fundante, e como fundamento de qualquer Estado que se pretenda Democrático, Social e de Direito, deve a Carta Magna ser erigida, também, como fonte legitimadora da Lei 12.990/14. Tais valores tencionam o Estado e a comunidade em geral a certos deveres de proteção, dentre outros, os da identidade e da diversidade etnicorracial.

Em 2009, o Brasil também lançou o Plano Nacional de Direitos Humanos – 3 (PNDH-3), que, em sua diretriz 9, “Combate às desigualdades estruturais”, bem como aponta como objetivo estratégico a “Igualdade e proteção dos direitos das populações negras, historicamente afetadas pela discriminação e outras formas de intolerância” (BRASIL, 2009, p. 86-88). Frisa esse documento: “Não haverá paz no Brasil e no mundo enquanto persistirem injustiças, exclusões, preconceitos e opressão de qualquer tipo”. Portanto, a equidade e o respeito à diversidade são elementos basilares, para que se alcance uma convivência social solidária e para que os Direitos Humanos não sejam letra morta na lei.

Na diretriz 10, “Garantia da igualdade na diversidade”, o PNDH-3 estabelece como objetivo estratégico o seguinte: “Afirmação da diversidade para a construção de uma sociedade igualitária”. Para tanto, enumera entre as ações programáticas, as consistentes na “realização de campanhas e ações educativas para desconstrução de estereótipos relacionados com diferenças étnico-raciais e promover ações de afirmação do direito à diversidade das expressões culturais, garantindo igual dignidade e respeito por todas as culturas” (BRASIL, 2009, p. 92-94).

No seu objetivo de reservar aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública do Poder Executivo Federal, a Lei 12.990 visa, precipuamente, garantir o cumprimento do Estatuto da Igualdade Racial, instituído pela Lei nº 12.288/2010 que, em seu art. 39, dispõe:

O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive

mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.¹⁷

De fato, o Estatuto da Igualdade Racial determina, em seus diversos artigos, o uso de instrumentos representados por ações políticas capazes de proporcionar um tratamento mais isonômico entre a população negra e não negra.

Na ordem jurídica internacional, diversos eventos e documentos além de proibirem toda forma de discriminação, também preveem a adoção de políticas de promoção da igualdade. Destaca-se, entre outros, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pela ONU em 1965, e a Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, promovida pela ONU, em 2001, na cidade de Durban, África do Sul.

Ratificada pelo Brasil em 1968, a aludida Convenção, desde seu preâmbulo assinala que qualquer “doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum”. Ressalta-se a urgência em se adotar todas as medidas necessárias para eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações e para prevenir e combater doutrinas e práticas racistas. Por estas razões, mencionada Convenção prevê, no art. 1º, item 4º, a possibilidade de “discriminação positiva” ou “ação afirmativa”, mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais, *in verbis*:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.¹⁸

17 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

18 Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

Por seu turno, a Conferência de Durban é considerada um marco político internacional no debate sobre as relações etnicorraciais. Insta os Estados a desenvolverem e elaborarem estratégias afirmativas ou positivas e planos de ações nacionais para promoção da diversidade, igualdade, equidade, justiça social, igualdade de oportunidades e participação de todos. No final da Conferência, foram elaborados a Declaração e o Programa de Ação de Durban para promover a equidade racial, sendo o Brasil signatário desses dois documentos internacionais, que, portanto, são de observância obrigatória e aplicação imperativa no território brasileiro, os quais resultaram da articulação e mobilização de movimentos sociais nacionais e internacionais que lutam pela promoção da igualdade racial.

Vê-se que, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos - segmento especializado do Direito Internacional Público -, há diversos instrumentos jurídicos de proteção de direitos fundamentais que, além de proibirem toda forma de discriminação, também preveem a adoção de políticas de promoção da igualdade racial. Tais instrumentos assumem uma dupla importância: consolidam parâmetros internacionais mínimos concernentes à proteção do direito fundamental à igualdade etnicorracial e asseguram uma instância internacional de proteção de direitos, quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas.

Tem-se, desse modo, um arcabouço jurídico na esfera nacional e internacional apto a legitimar a destinação aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos federais. Há, sem embargo, possibilidade jurídica e adequação sociopolítica entre essa medida e o ordenamento jurídico brasileiro, nas esferas constitucional e infraconstitucional e na ordem internacional. Estão, portanto, balizadas e sedimentadas as condições de legitimidade à aplicação desse tratamento jurídico diferenciado e desproporcional aos negros, via concurso público, na esfera do Poder Executivo Federal, materializando, assim, uma ação afirmativa que, no dizer de Rocha “tem o escopo de desigular desigualdades sociais para igualar juridicamente os sujeitos de uma relação cultural e tradicionalmente equivocada e injusta”.¹⁹

A *priori* pode parecer incompatível com certas disposições constitucionais a reserva de vagas para determinados grupos raciais em concursos públicos. Sabe-se que o princípio da legalidade, como manifestação legislativa, direciona ou condiciona o administrador público a agir na exata observância das disposições legais (lei em sentido estrito), ou seja, havendo

19 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, 1996. p. 95.

previsão ou autorização legal dessas vagas nos ditos concursos públicos federais, o gestor público é obrigado a cumprir a dita reserva. Do contrário, o administrador se encontra impedido de proceder à reserva de vagas, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. É inconstitucional, assim o estabelecimento de vagas em concurso público pelo critério racial apenas em editais, resoluções, decretos, portarias e demais atos normativos infralegais. Nessa mesma linha de raciocínio, se o estabelecimento de vagas decorrer de lei em sentido estrito, o princípio da legalidade terá sido devidamente observado, como se dá no caso da Lei 12.990/2014.

3 O RECORTE ETNICORRACIAL COMO PARÂMETRO PARA A PROMOÇÃO DA IGUALDADE

Nos últimos anos, no que diz respeito ao tratamento da temática etnicorracial, têm ocorrido no Brasil mudanças significativas que estão produzindo debates acalorados na sociedade em geral, e no meio acadêmico em particular, acerca da pertinência da adoção de políticas de ações afirmativas.

Oriundas de um longo processo de, pelo menos, duas décadas de articulação e reivindicações de movimentos sociais negros em torno de uma agenda construída e demandada ao Estado brasileiro, tais mudanças devem-se, igualmente, a existência de graves desigualdades etnicorraciais que caracterizam a sociedade brasileira, correspondendo, assim, a medidas político-institucionais no tratamento da temática racial pelo Poder Público.

Lafer²⁰ lembra que os direitos não traduzem uma história linear, não compõem a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma causa pedida de antemão, mas a história de um combate. Com efeito, isso remete, necessariamente, à discussão sobre a luta por reconhecimento, segundo Honneth²¹, e por reconhecimento e redistribuição, conforme Fraser²², ou seja, a emergência de determinados direitos a determinados grupos. No dizer de Habermas²³, essa luta pelo reconhecimento é motivada pelo sofrimento e pela indignação contra os casos concretos de desrespeito e menosprezo.

20 LAFER, Celso. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. XXII.

21 HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

22 FRASER, Nancy. "Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista". In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: EdUnB, 2001.

23 HABERMAS, Jürgen. *Paradigms of Law*. *Cardozo Law Review*. New York, 1996. p. 772.

A teoria desenvolvida por Honneth²⁴ conjuga os valores da igualdade e da liberdade no Estado Democrático e Social de Direito, por fazer uso da ideia intersubjetiva da consciência, segundo a qual só é possível entender a si mesmo como livre e igual, quando da existência de relações éticas bem estabelecidas, no seio social. O autor considera as relações de reconhecimento mútuo como pré-condição para a autorrealização, a autoconfiança e a autoestima individuais, ou seja, ressalta a importância das relações sociais bem sedimentadas para o desenvolvimento e a manutenção da identidade de uma pessoa. As lutas por reconhecimento, segundo Honneth, são de natureza morais e representam pressões sociais para o estabelecimento de instituições garantidoras da liberdade e da igualdade:

[...] São lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades.²⁵

Fraser²⁶ é conhecida pela sua teoria da redistribuição e reconhecimento. Por intermédio dessa teoria, ela defende a tese de que as demandas por reconhecimento são relativamente recentes na sociedade contemporânea, fazendo parte de uma evolução da sociedade capitalista, uma época chamada por ela de “era pós-socialista”. No entanto, as demandas dos movimentos sociais por reconhecimento de identidades culturais são precisamente a minimização das questões referentes às desigualdades econômicas, numa ordem social globalizada e marcada por injustiças econômicas. Com isso, a tese de Fraser é a de que a justiça nos dias de hoje requer tanto a redistribuição dos bens e das riquezas sociais, como do reconhecimento valorativo-cultural das diferenças, ou seja, as reivindicações de ordem redistributivas, as quais defendem uma busca por distribuição mais justa dos recursos e das riquezas, e as políticas de reconhecimento, em que a meta principal visa um mundo que acolha amistosamente as diferenças.

Vê-se que as articulações e reivindicações de movimentos sociais negros no Brasil contemporâneo se coadunam com as lutas por reconhecimento concebidas por Honneth e por redistribuições e reconhecimento formuladas por Fraser. Esses movimentos sociais provenientes da recente redemocratização brasileira têm um foco que perpassava o âmbito econômico, compreendendo

24 HONNETH, op. cit., 2002.

25 HONNETH, op. cit., 2003, p. 156.

26 FRASER, Nancy. “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: EdUnB, 2001.

também outras especificidades, associando a busca por reconhecimento grupal e reivindicando direitos.

É de se notar, dessa maneira, que a questão a ser analisada é, pois, saber se o recorte etnicorracial constitui critério adequado e legítimo a justificar suficientemente a destinação de 20% (vinte por cento) das vagas nos concursos públicos federais aos autodeclarados negros, como preconiza a Lei nº 12.990/14, que recentemente atraiu os holofotes da mídia e da sociedade em geral, particularmente de grupos contrários ao sistema de cota. Partindo dessa perspectiva, vê-se que a temática é complexa, mobiliza e articula questões sociais mais amplas, discutidas no debate sociojurídico sobre desigualdades raciais e na reflexão sobre políticas de redistribuição e políticas de reconhecimento. Não se tem a pretensão de abordar o tema de forma exaustiva, muito menos os efeitos das ações afirmativas em suas inúmeras facetas.

De longa data, sabe-se que o pressuposto de imperatividade da igualdade material corresponde a um ideal, em um Estado Democrático, Social e de Direito, e é núcleo que baliza e tangencia toda a problemática da legitimidade das ações afirmativas. Por ser um tema interdisciplinar e transversal, o debate sobre essas ações permite diversas conexões entre distintos campos do saber, sendo a questão da igualdade a principal delas. Partindo da premissa de que a ação afirmativa é aquela que, a partir da identificação de uma desigualdade, promove políticas para alterar esse horizonte, de modo a garantir acesso a bens semelhante ao restante da população, como o debate político e, particularmente, a efetividade da igualdade material devem contribuir para que aos negros seja assegurado esse acesso?

Por essa ótica, a condição de ser negro no Brasil é um atributo, uma característica de um grupo social, tornando insuficiente tratá-lo de maneira genérica e abstrata, sendo necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade/particularidade, logo, exigindo resposta específica e diferenciada. Com efeito, esse atributo que é constituído nas relações sociais e integra a identidade do negro, deve servir de baliza à promoção de direitos humanos e garantias fundamentais, em face da própria vulnerabilidade desse grupo. Nesse cenário, os negros devem ser vistos sob os ângulos das especificidades de suas condições sociais, o que lhes assegura um tratamento distinto à luz do reconhecimento e respeito à diferença. Sabe-se que políticas genéricas não resultam automaticamente na inclusão. Por derradeiro, para assegurar a igualdade enquanto processo, não bastam políticas universais, sendo imprescindível compatibilizá-las com ações específicas que acelerem ou abreviem a construção da aludida igualdade. São essenciais,

portanto, estratégias capazes de estimular a inclusão de negros nas carreiras de cargos efetivos e empregos públicos do Poder Executivo Federal, como prevê a Lei 12.990/2014.

Em conformidade com o que preconiza essa Lei, recorre-se às contribuições de Mendes: “pensar a igualdade significa considerar as diferenças e as peculiaridades humanas em todos os seus aspectos. [...] Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças”.²⁷ No deslindamento da igualdade, vale trazer a lume o apoio intelectual de Piovesan: “o reconhecimento da identidade e do direito à diferença é que conduzirá a uma sociedade emancipada e igualitária.”²⁸ No mesmo caminho, reflita-se sobre a manifestação de Cidadino: o compromisso com o princípio da cidadania igualitária envolve a atribuição de iguais direitos a todos e só admite a alteração desse esquema se a distribuição desigual de direitos vier a beneficiar os mais desfavorecidos.²⁹

Perceber que a democracia pluralista impõe igual consideração e respeito a todos os participantes da comunidade política vale como justificativa à mencionada Lei, pois desvalorizar e desconhecer como igual e excluir o outro ou diferente é desrespeitar a democracia em seu âmago. A matriz da igualdade não pode negar o diferente. Não se trata de ponderação entre valores constitucionais conflitantes. Trata-se, antes, da devida conformação de dois princípios complementares entre si e que são essenciais para as democracias pluralistas contemporâneas: a igualdade e a diferença. A complementariedade entre tais valores deve ocorrer levando em consideração a adequação envolvendo facticidade e validade da Lei nº 12.990/14, incorporando à promoção do direito fundamental a igualdade etnicorracial. Nesse sentido, a concepção de igualdade material precisa ser inclusiva e aberta, possibilitando que a cada caso seja dado o encaminhamento necessário.

Ultrapassa-se, assim, o ideal defendido pelo paradigma do Estado Liberal que não reconhece a diferença e a coloca em confronto e contradição à noção de igualdade. Como pronunciado anteriormente, não se deve entender igualdade e diferença como valores antagônicos, com a necessidade de uma

27 MENDES, Gilmar Ferreira. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*, s/d, p. 5. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

28 PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 50.

29 CITTADINO, Gisele. Invisibilidade, Estado de Direito e Política de Reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcante et al. *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 155.

ceder para que outra possa se afirmar. Ao contrário, a efetividade de uma depende, necessariamente, do exercício da outra: igualdade que considere todos os sujeitos sociais como merecedores de igual respeito e consideração, exatamente porque se reconhece que as diferenças fáticas entre eles existem. A compatibilidade e a mediação entre esses valores aceitam a diferença, não como uma exceção, mas, sim, como uma regra que deve ser tratada pelo direito por meio da política da igualdade, conforme Flores³⁰. Assim, “ninguém é igual a ninguém. Todo ser humano é um estranho ímpar”, como refere Drummond de Andrade³¹. Na mesma direção, ao discorrer sobre a distribuição desigual de talentos, Sennett³² reconhece que mesmo em um mundo idealizado em oportunidades e chances, as diferenças permaneceriam.

Afirma-se que, para além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, a Lei em análise deve induzir transformações de ordem cultural, de valores e de posturas, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, pois, ainda que não tendo fundamento biológico, atualmente a ideia de raça traduz-se na produção de efeitos socialmente perversos, estabelecendo hierarquizações e espaços sociais para determinados grupos de pessoas e, conseqüentemente, isso se reflete nos cargos e empregos públicos da órbita do Poder Executivo Federal. As desigualdades no acesso a bens relacionam-se com tais hierarquias raciais e se expressam em tais cargos e empregos.

A par desse contexto, a escravidão deixou marcas indeléveis na sociedade brasileira, fundas cicatrizes que “providências cosméticas não disfarçam”, como bem preleciona Sarmiento³³. Dentre essas marcas, merece destaque o racismo e, conseqüentemente, o conceito de raça. O racismo é um fenômeno de grande complexidade, a ponto de Munanga³⁴ compará-lo a um *iceberg*, cuja parte visível corresponde às manifestações do preconceito e a parte submersa equivale aos preconceitos não manifestos, presentes invisivelmente na cabeça

30 FLORES, Joaquín Herrera. La Construcción de las Garantías. Hacia una concepción Antipatriarcal de la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

31 DRUMMOND DE ANDRADE, C. Igual-Desigual. In: *A Paixão Medida*. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 77.

32 SENNETT, Richard. *Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual*. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 115.

33 SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. Direito Constitucional e Igualdade Étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coords.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 60.

34 MUNANGA, Kabengele. Prefácio. In: CARONE, Iracy; BENTO, Maria Aparecida Silva (Orgs.). *Psicologia Social do Racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. p 9.

dos indivíduos. Nos dias atuais, afirma-se que o racismo logrou maior evidência e destaque frente à pretensa democracia racial brasileira.

Do ponto de vista biológico, há entendimento majoritário de que não existem raças humanas. Firma-se a concepção de que a diferença biológica entre os grupamentos humanos é ínfima, apesar da grande variedade de características que as pessoas apresentam. O fato é que, do ponto de vista genético, o ser humano é só um, sendo extraordinariamente diminuta a distância entre os sujeitos. Na essência somos todos iguais, como postula Barbuiani, que faz a seguinte observação:

A palavra raça não identifica nenhuma realidade biológica reconhecível no DNA de nossa espécie, e que portanto, não há nada de inevitável ou genético nas identidades étnicas e culturais, tais como as conhecemos hoje em dia. Sobre isso, a ciência tem ideias bem claras. As raças, nós as inventamos e nós as levamos a sério por séculos, mas já sabemos o bastante para largar mão dela. Hoje em dia sabemos que somos todos parentes e todos diferentes, de acordo com o feliz *slog* criado pelo geneticista francês André Longaney, e não é preciso ter feito estudos aprofundados para convencer-se disso.³⁵

À toda evidência, depreende-se que, ao contrário da acepção biológica do termo raça, o que se deve considerar ao interpretá-lo é a sua valorização em termos político e sociológico. Logo, é um fenômeno social e histórico constituinte e constituído nas relações sociais. Por isso, observa-se que a Lei em epígrafe reconhece o fato de que a população negra, em diversos contextos, sofre os efeitos do racismo, baseado em suposto pertencimento a raça inferior. É um dos grupos ‘racializados’ no país. Ora, vários autores, entre eles Kaercher³⁶, têm observado que, diferente do que predomina no senso comum, o conceito de raça não diz respeito a fatores biológicos ou a características fenotípicas, mas é uma construção social e política. Kaercher³⁷, em seu estudo sobre as pedagogias da racialização, destaca que, na sociedade brasileira, as representações de branquidade e negritude, presentes nos mais variados artefatos culturais, constroem a pertença racial “como um processo ‘natural’, demarcado por traços fenotípicos: a cor da pele, o cabelo, a largura do nariz, a espessura dos lábios, demarcando o que constitui ‘ser branco’ ou ‘ser negro’”.

35 BARBUJANI, Guido. *A Invenção das Raças*. São Paulo: Contexto, 2007. p. 14.

36 KAECHER, Gládis Elise Pereira da Silva. Pedagogias da racialização ou dos modos como se aprende a “ter” raça e/ou cor. In: Bujes, Maria Isabel e Iara Bonin (Orgs). *Pedagogias sem Fronteiras*. Canoas/RS: Ulbra, 2010. p. 70.

37 Ibidem, 2010, p. 86.

Nessa linha, não é possível submeter o tema da raça a uma investida meramente biológica, com clara insuficiência na resposta de matéria tão complexa. Sabe-se que atualmente com o desenvolvimento científico das ciências naturais e sociais o conceito de raça é cada vez mais questionado em sua eficácia científica. Não existe nenhuma pesquisa que comprove que a cor da pele ou outras características físicas implicariam em certos comportamentos morais ou qualidades essenciais a um determinado povo, como se acreditava no final do século XIX. Não obstante, se do ponto de vista biológico o conceito de raça não se sustenta para discutir nossas diferenças, ele ainda opera reflexos na vida social, ou seja, o conceito de raça inexiste enquanto fato científico, mas existe, tão somente, enquanto construção social. Sabe-se que ser negro e branco no Brasil implica em diferenças de tratamento, por exemplo, no acesso ao mercado de trabalho ou no critério estético.

Compreende-se, igualmente, que, no Brasil, tradicional e convencionalmente, a noção de cor de pele está adstrita a uma derivação da ideia de raça, de modo que a cor ou raça funciona como um critério relevante no preenchimento de posições na estrutura de classes. Nesse sentido, a raça cumpre o papel ou mecanismo que criam desvantagens no acesso ao mercado de trabalho e a outros setores da vida social. Devido ao predomínio do mito da democracia racial, atribui-se à pobreza e ao passado escravista a situação de que os negros, no Brasil, se encontram nas camadas mais pobres da população, negando-se, assim, a existência do preconceito e da discriminação. Afirma-se que as desigualdades raciais, dentre elas a pobreza, têm cor no Brasil, de modo que a categoria raça ou cor são elementos essenciais para pensar as hierarquias sociais, pois são utilizadas cotidianamente e tem efeitos muitas vezes negativos na vida social; serve, não raras vezes, como critério para discriminar as pessoas negras, ilegitimamente.

Justifica-se, assim, tratamento diferenciado a quem está em situação de desvantagem em razão de pertencer a grupos racialmente discriminados. Registra-se que todo critério distintivo é absolutamente arbitrário e a cor da pele é, também, um aspecto particular, arbitrariamente escolhido pela sociedade brasileira como fator a justificar as hierarquias entre brancos e negros. No imaginário coletivo brasileiro, raça é algo evidente empiricamente, ainda que o discurso dominante, nesse imaginário, seja o da miscigenação ou o da democracia racial.

Frente à notória desigualdade de acesso à estrutura de oportunidades entre brancos e negros no Brasil, nos últimos anos tornou-se necessário discutir de forma mais efetiva a implantação de políticas públicas, com

vistas a minimizar um quadro considerado inaceitável. Nessa ordem de pensamento, as ações afirmativas despontam como um mecanismo da justiça distributiva, destinado a compensar inferioridades etnicorraciais entre tais grupos sociais, sendo que a adoção de cotas para ingresso de negros a cargos e empregos públicos, na órbita do Poder Executivo Federal, afigura-se como necessária e adequada medida para equacionar o desproporcional quadro de servidores desse Poder.

Nesse mirante, portanto, evidências empíricas demonstram que, embora a população negra represente 50,7% (cinquenta vírgula sete por cento) da população total do país, quando se considera o quantitativo dos servidores públicos civis no âmbito da Administração Pública federal, a representação cai consideravelmente. De fato, levantamento realizado pela Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), com base em dados disponibilizados pelo Ministério do Planejamento, mostra que do total de 519.369 (quinhentos e dezenove mil e trezentos e sessenta e nove) servidores públicos civis do Poder Executivo Federal que declararam a cor ou raça no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIAPE), apenas 30% (trinta por cento) são negros.³⁸ A sub-representação social dos negros no setor do serviço do Poder Executivo Federal afetará, por consequência, o acesso destes aos bens sociais disponíveis, como os cargos de que trata a Lei 12.990/2014.

Tem-se, assim, evidência de que, apesar de os concursos públicos serem meios de seleção isonômica, meritocrática e transparente, sua mera utilização não tem sido suficiente para garantir um tratamento igualitário entre as etnias branca e negra. Segundo a então ministra da Igualdade Racial, Luiza Bairros:

Há que considerar que o percentual de negros que ingressou no serviço público federal por meio de concurso variou de 22,3%, em 2004, a 29,9% em 2013. Isso significa que ao longo de dez anos, tal variação se mostrou insuficiente para uma redução significativa dos diferenciais de acesso de brancos e negros. [...] A cota proposta de 20% busca acelerar o ingresso de negros, de modo a assegurar a diversidade na composição racial do quadro de servidores.³⁹

38 Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2013/11/funcionalismo-publico-nao-reflete-diversidade-do-povo-brasileiro>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

39 Informação veiculada no Portal Brasil sob o título "Funcionalismo público não reflete diversidade do povo brasileiro". Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2013/11/funcionalismo-publico-nao-reflete-diversidade-do-povo-brasileiro>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

A cota racial para negros instituída pela Lei 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos na esfera da Administração Pública do Poder Executivo Federal, com vigência de 10 (dez) anos, tem o desafio de promover a igualdade, reduzindo as injustificadas desigualdades empiricamente comprovadas. Logo, a cota racial prevista na dita Lei não constitui violação ao princípio da igualdade. Ora, se negros e brancos vivem em situações ou condições desiguais, em função da cor da pele e outros atributos diferentes que apresentam, o vetor etnicorracial justifica tratamento desproporcional entre eles, nos concursos públicos. Há correlação lógica entre o fator utilizado nessa discriminação e a desequiparação procedida. A defasagem do percentual de negros no serviço público em relação à parcela de negros na população brasileira, justifica a discriminação jurídica positiva em favor dos negros, pressupondo-se que está se oriente no sentido de inclui-los igualitariamente em diversos arranjos sociais, dentre eles, o mercado de trabalho público federal. Sob o ângulo material ou substancial, o princípio da igualdade admite sim a discriminação ou a desequiparação, desde que o vetor utilizado seja empregado com a finalidade de promover a igualização, como bem preconiza a Lei em epígrafe.

Sabe-se que a configuração e delimitação das políticas públicas que concretizam as ações afirmativas estão ligadas aos princípios da proibição de excesso e proibição de insuficiência, ou seja, a discriminação autorizada legalmente é aquela necessária e suficiente à garantia da igualdade pretendida, intercambiando proporcionalidade e razoabilidade no desenho e implementação das ações afirmativas corresponde regra procedimental a ser obedecida.

A questão-chave diz respeito, portanto, à necessidade de se definir espaços avaliativos específicos quando se fala em igualdade, sendo imprescindível identificar se a métrica etnicorracial é realmente válida e necessária para justificar a destinação de cota para negros nos concursos públicos objetos da Lei 12.990/2014. Levando isso em consideração, não se ganha uma efetiva e substancial igualdade, sem que se tenha em conta as distintas condições das pessoas. Corroborando com essa assertiva, no exame que realiza sobre a ética da igualdade, Sen⁴⁰ traz à baila duas questões centrais: a) Porque igualdade? b) Igualdade de que? A construção da *igualdade basal*, como referida pelo autor, reconhece e respeita a diversidade humana, que deve ser considerada na formatação e promoção de políticas públicas. Conformando a teoria seniana com a métrica etnicorracial, impõe-se a seguinte questão: Se os negros estão sub-representados nos cargos e empregos federais, faz-se necessária a atuação estatal no sentido de implementar ações políticas substanciais, com o escopo

40 SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 43.

de minimizar ou corrigir as desigualdades que separam negros e brancos no que tange ao acesso a esses cargos e empregos.

Por esse ângulo, é salutar e plausível sim utilizar o recorte etnicorracial como critério de diferenciação ou discriminação positiva no Brasil. Como construção histórico-social e em termos de direitos humanos, a concepção de raça e seus pressupostos subjacentes carecem de compreensão em termos sociopolíticos, como uma ressignificação construída na luta pela superação do racismo na sociedade brasileira, pois, como afirma Piovesan⁴¹: “se a raça e etnia no país sempre foram critérios utilizados para excluir os afro-descendentes, que sejam hoje utilizados para, ao revés, incluí-los”. Igualmente, serve de aporte a esse entendimento a lição de Brito Filho⁴²: “É preciso, então, levar em consideração a diversidade dos indivíduos e o seu pertencimento a grupos determinados na hora de determinar, ao menos para bens fundamentais, as estratégias para obter igualdade entre as pessoas”.

Como imprescindível mecanismo de inclusão social, situam-se as ações afirmativas, sendo a Lei 12.990/2014 um necessário e razoável exemplo. A destinação de cotas para negros nos concursos públicos federais constitui medida específica e temporária que, buscando minorar um passado discriminatório, objetiva acelerar o processo de igualdade formal para o alcance da igualdade substantiva por parte desse segmento social. O entendimento de Feres Junior⁴³ vai nessa direção: “deve-se ter claro que a ação afirmativa visa atacar especificamente a reprodução da desigualdade que escapa o alcance das políticas universais”.

À Lei 12.990/2014 cumpre, desse modo, uma finalidade pública decisiva para o projeto que se quer democrático e inclusivo. Constitui medida concreta que almeja viabilizar o direito à igualdade com a crença de que ela deve acomodar o respeito à diferença e à diversidade. Por intermédio dela busca-se transitar da igualdade estritamente formal para a igualdade material ou substantiva. A Lei visa favorecer, de modo legítimo, a ascensão profissional dos negros que se encontravam em uma situação manifestamente comprovada de desigualdade racial.

41 PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. *Cadernos de Pesquisa*, 2005, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr.

42 BRITO FILHO, José Cláudio. *Ações afirmativas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 56.

43 FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas. *Revista Econômica*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, dez. 2004. p. 291-312.

Apesar das críticas que incidem sobre a Lei 12.990/14, é demasiadamente temerário utilizar o critério meritocrático como o único ou o melhor instrumento para preencher as vagas de cargos e empregos do Poder Executivo Federal. Insurgências quanto à meritocracia como requisito hegemônico ou exclusivo para o ingresso nos cargos efetivos e nos empregos públicos desse Poder são naturais, porém injustificáveis.

Tais críticas ou insurgências de pessoas ou grupos contrários a política de cotas não deixa de representar uma verdadeira afronta ao princípio da solidariedade disposto no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no artigo 3º da Constituição da República, que traz a lume a ideia de solidariedade como responsabilidade recíproca entre as pessoas, ensejando, dentre outras questões, prontidão e esforço coletivo para ajudar os menos favorecidos, reconhecimento e aceitação da diversidade social e entendimento das necessidades do outro, de quem se deve se aproximar e construir diálogos.

Aliás, a noção de reciprocidade é bastante recepcionada na teoria da dádiva⁴⁴ formulada por Mauss, que atualmente vem sendo recuperada como um viés interpretativo para se pensar os fundamentos da solidariedade e da aliança nas sociedades contemporâneas. Em particular na obra *Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas*, Mauss chega a uma conclusão mestra: as dádivas vão e voltam sempre. É uma estrutura de reciprocidade ternária, que reproduz também o sentimento e o valor ético de “responsabilidade” de modo intergeracional, de maneira que Mauss explica essa moral da reciprocidade como matriz da humanidade:

Convém que o cidadão não seja nem demasiado bom e subjetivo demais, nem demasiado insensível e realista demais. É preciso que ele tenha um senso agudo de si mesmo, dos outros e da realidade social (e haverá, nesses fatos de moral uma outra realidade?). Ele deve agir levando em conta a si, os subgrupos e a sociedade. Essa moral é eterna; é comum às sociedades mais evoluídas, às do futuro próximo, e às sociedades menos educadas que possamos imaginar! Tocamos a pedra fundamental. Nem mesmo falamos mais em termos de direito, falamos de homens e de grupos de homens, porque são eles, é a sociedade, são os sentimentos de homens de carne, osso e espírito que agem o tempo todo e agiram em toda parte.⁴⁵

44 A teoria da dádiva foi sistematizada por Mauss num ensaio clássico intitulado *Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas*, publicado inicialmente no ano de 1924, e que se encontra reproduzido numa coletânea organizada por Georges Gurvitch intitulada *Sociologia e antropologia*, São Paulo, Cosac Naify, 2003.

45 MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2003. p. 299.

Além do aspecto interacional, da natureza simbólica, Mauss deixa evidente a noção de “aliança” e “reciprocidade” como fio condutor constante da sociabilidade criada pela dádiva, mas tais relações que fundamentam as “sociedades arcaicas” revelam a centralidade destas questões também para se pensar as relações sociais atuais, sobretudo no que tange à crítica das concepções individualistas e às interpretações economicistas da realidade coletiva. Quando Mauss concebe as modalidades de troca como originárias de um enorme conjunto de fatos complexos nos quais “tudo se mistura, tudo o que constitui a vida propriamente social”,⁴⁶ a que denomina “fenômenos sociais totais”, o autor chama atenção para o caráter de totalidade que envolve o circuito da dádiva, revelado pelas características atribuídas aos bens destinados às trocas, os quais nunca se reduzem ao meramente material ou utilitário. Nessa toada, Mauss exprime a compreensão de que a vida social é essencialmente um sistema de prestações e contraprestações que obriga a todos os membros da comunidade. A concepção da sociedade como um todo inter-relacionado, joga por terra qualquer análise que dê tratamento isolado às diversas dimensões e elementos que constituem a experiência social, que é complexa, e, inevitavelmente, multifacetada.

Importa registrar que a posição teórica de Mauss é antiutilitarista ao demonstrar que o valor das coisas não pode ser superior ao valor da relação social e que o simbolismo é fundamental para a vida em sociedade. Reduzir as motivações humanas apenas à moral do interesse e do egoísmo e de considerar a economia de mercado como instância privilegiada na produção do bem-estar social decisivamente são concepções que não se coadunam com a noção de dádiva formulado por Mauss, de quem depreende-se que a compreensão das relações coletivas deve transcender as interpretações reducionistas e economicistas baseadas nos dois grandes paradigmas da chamada modernidade, o Estado e o mercado. Limitar o social às dimensões estatal (política) e mercantil (econômica) é não reconhecer os valores e a dialética da dádiva, que não pode servir de fundamento à estrutura político-institucional brasileira e a pessoas e grupos que se indispõem em face da Lei 12.990/2014.

A riqueza de possibilidades teóricas presentes na obra de Mauss abre também um amplo espaço para a sua crítica antiutilitarista do ocidentalismo europeu, que durante muitos séculos negligenciou saberes e vivências/experiências sociais não europeias, isto é, a hegemonia do universalismo liberal europeu tem desconsiderado ou obscurecido tais saberes e vivências, contribuindo para difundir uma imagem invertida,

46 MAUSS, op. cit., p. 187.

na qual as experiências sociais europeias são universais e as “outras” são particulares, por que não dizer inferiores. Nesse sentido, Mauss ajuda a desconstruir o eurocentrismo ou o universalismo europeu. Como a Europa ocidental colonizou ideologicamente o planeta mediante a submissão das populações às hierarquias coloniais de gênero, etnia, trabalho, religião, entre outras, há necessidade, portanto, de descolonizar, por intermédio de processos abrangentes, as concepções e posturas arraigadas no tecido social brasileiro que insistem em desqualificar o objetivo da Lei 12.990/2014.

Como muito bem lembrado por Bôas Filho, ao analisar os mecanismos que foram forjados para legitimar a expansão colonial europeia:

[...] o Estado-nação opera, nesse contexto, como uma máquina de produção de “outros”, fazendo que o africano, o ameríndio e o oriental apareçam como contraponto negativo da identidade europeia. O sujeito colonizado surge, no imaginário europeu, como uma espécie de amálgama indefinido composto de tudo aquilo que, em geral, se opõe à civilização [...].⁴⁷

Nessa ótica e retomando a disposição constitucional sobre o princípio da solidariedade, que se traduz na ideia de solidariedade como responsabilidade recíproca entre as pessoas, conforme defende Mauss, é obrigatório agregar ao conceito de solidariedade o reconhecimento e o respeito à diversidade. Não há como compreender uma sociedade solidária que não se reconheça como sociedade plural. Não existe sociedade solidária se não há repartição ou compartilhamento de responsabilidade ou compromisso em torno de problemas comuns, como o combate à pobreza, o enfrentamento ao racismo, a preocupação com o meio ambiente etc. Extrai-se da teoria da dádiva que a reciprocidade deve ser uma busca de todos, ou seja, a formação de uma sociedade solidária depende do fato de todos se tornarem responsáveis pelo bem comum, daí devendo decorrer a tomada de consciência de que cada indivíduo se sinta e se mostre solidário, e que que essa manifestação sentimental seja recíproca.

É temerário, igualmente, que a Lei 12.990/14 estabeleça apenas o fenótipo do indivíduo como parâmetro para este fazer jus a utilização da cota racial, ou seja, a autodeclaração baseada na cor da pele é suficiente para definir o candidato que se enquadra na cota racial? Aliados a cota racial, a Lei poderia ter previsto outros parâmetros, como critérios socioeconômicos,

47 VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A constituição do campo de análise e pesquisa da antropologia jurídica. In: *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 6, p. 336, 2007. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93400620>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

de modo a tornar a reserva de vagas mais precisa, diminuindo, com isso, margens para eventuais irregularidades, distorções e fraudes⁴⁸, bem como reduzir questionamentos administrativos e ações judiciais, porque, talvez, a característica cor ou raça negra não seja suficiente para dispensar tratamento diferenciado, ou seja, há incongruências em se determinar com confortável certeza quem é negro, aquele declarado preto ou pardo, conforme quesito cor ou raça utilizado pelo IBGE. Quem sabe fosse o caso de conjugar o modelo afirmativo social, nos termos da Lei 12.711/12, com o modelo afirmativo racial, concebido pela Lei 12.990/14, vez que aquela inclui ou contempla o quesito etnicorracial. É pertinente destacar que as privações ou dificuldades de acesso a bens sociais não se apresentam de maneira isolada, ao contrário, na maioria das vezes, estão inter-relacionadas e se reforçam. Entende-se, desse modo, que, para combater ou minorar uma forma de desigualdade, é preciso também enfrentar ou diminuir outras manifestações de desigualdade.

Também é plausível questionar por que a cota racial, nos termos da Lei 12.990/2014, não abrange os concursos públicos dos Poderes Legislativo e Judiciário Federais⁴⁹. Será que o parâmetro ou critério etnicorracial utilizado como fundamento para a previsão da cota racial nos concursos públicos na órbita do Poder Executivo Federal é injustificável ou inaplicável aos certames públicos na esfera dos Poderes Executivo e Legislativo Federais? Acaba sendo uma forma de discriminação negativa, e, ao que parece, não há justificativa para tanto.

Arremata-se que a cota racial, como a prevê a Lei 12.990/2014, é um sintomático e próspero reflexo da democracia, na qual se inspira a Constituição da República, como plataforma de reduzir as desigualdades sociais. Agrega-se, nesse patamar de considerações a sua importância transcendental como

48 Para evitar contestações e coibir eventuais irregularidades, distorções e fraudes na autodeclaração de candidatos para provimento das vagas reservadas a negros, que se declararem pretos ou pardos, em concursos públicos, nos termos da Lei nº 12.990/2014, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão editou a Orientação Normativa nº 3, de 1º de agosto de 2016, que dispõe sobre regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros para fins do disposto na Lei em comento. Segundo a dita Orientação Normativa, dentre os aspectos que os editais dos concursos devem informar e detalhar os métodos de verificação da veracidade da autodeclaração, com a indicação de comissão designada para tal fim (art. 2º, II), informar em que momento, obrigatoriamente antes da homologação do resultado final do concurso público, se dará a verificação da veracidade da autodeclaração (art. 2º, III), e as formas e critérios de verificação da veracidade da autodeclaração deverão considerar, tão somente, os aspectos fenotípicos do candidato, os quais serão verificados obrigatoriamente com a presença do candidato (art. 2º, § 1º).

49 Frisa-se que no âmbito do Poder Judiciário, o mecanismo da autodeclaração utilizada isoladamente ou em conjunto com a heterodeclaração, é objeto da Resolução nº 548 e da Instrução Normativa nº 63, do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), respectivamente, ambas de 18 de março de 2015, que instituem a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas nos seus concursos públicos para provimento de cargos efetivos, uma forma de identificar as características fenotípicas necessárias à utilização da Lei 12.990.

proclama Villa Boas Filho: “A referência à democracia parece ser indispensável à fundamentação legítima do direito e da política na atualidade.”⁵⁰ A isso averba o pensador: “O consenso acerca de suas virtudes aparece como inequívoco de modo a torna-la uma espécie de emblema que fundamenta o sistema simbólico de legitimação do poder político e do direito.”⁵¹ Justapõe-se a isso a consideração exteriorizada por Villas Boas Filho, inspirada em Rancière, no sentido de que, “De um lado, está o governo, definido como a forma de organizar a reunião dos homens em comunidade que, por isso, repousa sobre a distribuição hierárquica de lugares e de funções.”⁵², enquanto, no outro lado, “está a questão da igualdade. Esse âmbito, consistente na implementação de práticas guiadas pela pressuposição de igualdade de todos.”⁵³

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta dúvida de que a Lei 12.990/14 está inserida no bojo das ações afirmativas que o Brasil vem adotando, nas últimas décadas, e objetiva mitigar ou erradicar as visíveis e persistentes desigualdades raciais; trata-se, portanto, de uma norma que se vale nitidamente do recorte etnicorracial.

Hall⁵⁴ chama atenção para um elemento característico das tensões sociais, em diferentes sociedades contemporâneas: a centralidade que a dimensão política da noção de raça assumiu, nas últimas décadas. Desse modo, o argumento espreado ao longo deste texto caminhou no sentido de reconhecer que as atuais políticas públicas de ações afirmativas emergem e se constituem sob o signo de um efetivo processo de politização da questão racial no Brasil, sendo a Lei nº 12.990 um bom exemplo, nessa direção.

É digno de menção o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, como relator, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 (ADPF nº

50 VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013. p. 651. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67999>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

51 VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013. p. 651. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67999>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

52 VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013. p. 664. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67999>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

53 VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013. p. 664. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67999>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

54 HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

186/DF), ajuizada pelo Partido Democratas contra a política de cotas étnicorraciais da Universidade de Brasília (UnB), no qual o magistrado faz referência à “*justiça distributiva*” de John Rawls, nos seguintes termos:

Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo. [...].⁵⁵

É necessária, portanto, vontade política do Poder Público para levar a cabo ações, medidas ou estratégias tendentes a minorar desigualdades reais da sociedade, transformando o “direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais”⁵⁶.

Nessa trilha, é público e notório que a composição racial do quadro funcional dos servidores públicos do Poder Executivo Federal é desigual, quando se utiliza o critério étnicorracial para comparar a proporcionalidade entre brancos e negros. Frente a essa constatação empírica, a Lei 12.990/14 colima a possibilidade de garantir a igualdade racial em relação aos negros. À luz do Estado Democrático e Social de Direito, a Lei em epígrafe reconhece que os negros não possuem as mesmas condições e igualdade de oportunidades quanto ao acesso aos cargos e empregos públicos no âmbito do Poder Executivo Federal, quando comparados aos brancos.

O aporte doutrinário e normativo nacional e internacional aqui utilizado foi importante para reconhecer que a Lei 12.990/14 serve para balizar uma questão de fundo: ainda que se considere que os concursos públicos constituam meios de seleção isonômico, meritocrático e transparente, sua mera utilização não tem sido suficiente para garantir um tratamento equitativo entre negros e brancos, sendo, portanto, inquestionáveis a relevância e o mérito étnicorracial da precitada lei, que, na condição de ação afirmativa, se destina a efetivar a igualdade de oportunidades entre tais grupos sociais, de modo a imprimir uma mudança na composição racial do conjunto de servidores públicos da Administração Pública do Poder Executivo Federal, tornando-a mais representativa da população brasileira.

55 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186 - DISTRITO FEDERAL. Voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, STF, 2012, p. 21-22. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

56 Ibidem, p. 7. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

Se as desigualdades raciais no Brasil derivam de construções histórico-sociais, torna-se necessário desfazer essas iniquidades, obstruindo o ciclo que as (re)produzem, e, nesse horizonte, a promulgação da Lei 12.990/14 pode representar uma iniciativa que precisa ser fortalecida e dotada de continuidade. Culturalmente arraigadas no tecido social, as desigualdades raciais demandam que seja enfrentado um conjunto diversificado de fenômenos complexos que se encontram na base desse processo, permeado por fatores que atuam na manutenção da população negra nos espaços menos valorizados da sociedade.

É manifesto que esse enfrentamento, pela própria dinâmica das relações sociais, não avança sem contestações e resistências, permeadas por argumentos ou discursos conservadores contrários ao mecanismo de cotas raciais. É visível, também, que o ingresso de servidores nos quadros do Poder Executivo Federal apenas calcado no mérito e na impessoalidade, resta insuficiente para a democratização do acesso de pessoas negras aos quadros deste Poder. Controvérsias à parte, nos termos do art. 3^o⁵⁷ da Lei 12.990/14, a possibilidade de os cotistas serem aprovados tanto pela reserva de vagas quanto pela lista de ampla concorrência é ponto a favor da lei, pois permite que apenas candidatos que realmente precisem do mecanismo o utilizem. Resguarda-se, com isso, a vaga da reserva quando o candidato cotista seja aprovado dentro do número de vagas da ampla concorrência.

Igualmente, os candidatos autodeclarados pretos ou pardos, mesmo que sejam aprovados dentro da ampla concorrência, poderão ter suas declarações verificadas por mecanismos complementares à autodeclaração, uma maneira de evitar distorções, fraudes e oportunismos. Como um dos debates que se coloca atualmente em torno da Lei 12.990/14 diz respeito à constitucionalidade do mecanismo de verificação da autodeclaração dos candidatos, argumenta-se que se trata, antes de tudo, de um esforço normativo para que a respectiva reserva cumpra efetivamente seus desideratos, beneficiando seus reais destinatários. Tanto a autodeclaração quanto a heterodeclaração, ou a combinação dos dois mecanismos podem ser utilizadas no processo de identificação dos fenótipos dos candidatos. Não se pode deixar de fazer menção de que o fato gerador das distorções, fraudes e oportunismos podem ser produzidos pela declaração falsa, e não pela utilização ou não do mecanismo de reserva de vagas.

57 Art. 3^o Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§ 1^o Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

Nesse caso, a reserva de vagas desponta como mecanismo propulsor que visa diminuir a disparidade existente entre as características da população brasileira e dos servidores do Poder Executivo Federal: uma, majoritariamente negra – pretos e pardos – somam 50,7% (cinquenta virgula sete por cento) da população; a outra, predominantemente branca – parcela da população que historicamente acessa as carreiras no serviço público. A inclusão de perfis diferentes e que melhor reflete a diversidade etnicorracial brasileira deverá trazer benefícios para a sociedade em geral, porque se terá um corpo profissional muito mais habilitado a lidar com as diferentes realidades e questões sociais enfrentadas pelo Estado brasileiro.

À toda evidência, a reserva de vagas estabelecida pela Lei nº 12.990/14, é política de cotas, com inegável caráter transindividual, que visa à promoção da igualdade material entre negros e não negros, eliminando ou minimizando os desequilíbrios latentes. É bem de ver que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições etnicorraciais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear, tendo-se em conta a necessidade de se observar outros parâmetros socioeconômicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Programa Nacional de Direitos Humanos - 3 (PNDH-3)*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - revisada e atualizada. Brasília: SDH/PR, 2009.

_____. *Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010*.

_____. *Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012*.

_____. *Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014*.

_____. *Lei nº 13.409, de 28 de dezembro de 2016*.

BARBUJANI, Guido. *A Invenção das Raças*. São Paulo: Contexto, 2007.

BRITO FILHO, José Cláudio. *Ações afirmativas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

- CITTADINO, Gisele. Invisibilidade, Estado de Direito e Política de Reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcante et al. *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DRUMMOND DE ANDRADE, C. Igual-Desigual. In: *A Paixão Medida*. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas. *Revista Econômica*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, dez. 2004. p. 291-312.
- FLORES, Joaquín Herrera. La Construcción de las Garantías. Hacia una concepción Antipatriarcal de la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FRASER, Nancy. “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: EdUnB, 2001.
- GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. Paradigms of Law. *Cardozo Law Review*, New York, 1996, v. 17, n. 4-5, mar.
- _____. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: UFMG, 2009.
- HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico, 2010*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010>>. Acesso em: 20 abr. 2017.
- JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: Ipea, 2002,

p. 56. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/igualdaderacial/index.php?option=com_content&view=article&id=653>. Acesso em: 25 abr. 2017.

KAECHER, Gládis Elise Pereira da Silva. Pedagogias da racialização ou dos modos como se aprende a “ter” raça e/ou cor. In: Bujes, Maria Isabel e Iara Bonin (Orgs.). *Pedagogias sem Fronteiras*. Canoas/RS: Ulbra, 2010.

LAFER, Celso. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. XXII.

MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

MUNANGA, Kabengele. Prefácio. In: CARONE, Iracy; BENTO, Maria Aparecida Silva (Orgs.). *Psicologia Social do Racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

OSÓRIO, Rafael Guerreiro. Desigualdade racial e mobilidade social no Brasil: um balanço das teorias. In: THEODORO, Mário (Org.). *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília: Ipea, 2008. p. 66.

PAIXÃO, Marcelo; CARVANO, Luis. M. (Orgs.). *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil: 2007-2008*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

PAIXÃO, M. s/d. In: Charão, Cristina. *O longo combate às desigualdades raciais*. São Paulo, p. 4. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/igualdaderacial/index.php?view=article&catid=18%3Anoticias&id=711%3Ao-longo-combate-as-desigualdades-raciais&format=pdf&option=com_content>. Acesso em: 15 abr. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. *Cadernos de Pesquisa*, 2005, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, 1996, n. 15, p. 84-98.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 191.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. Direito Constitucional e Igualdade Étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coords.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 60.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SENNETT, Richard. *Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SILVA JÚNIOR, Hédio. Direito de Igualdade Racial: Aspectos constitucionais civis e penais. *Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

SILVA, Tatiana Dias; GOES, Fernanda Lira (Org.). *Igualdade racial no Brasil: reflexões no Ano Internacional dos Afrodescendentes*. Brasília: Ipea, 2013, p. 13. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_igualdade_racialbrasil01.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

STF. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186 - DISTRITO FEDERAL. Voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, STF, 2012, p. 21-22. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A constituição do campo de análise e pesquisa da antropologia jurídica. In: *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 6, p. 333-349, 2007. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93400620>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

_____. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 651-696, jan/dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67999>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

RECEBIDO EM: 09/04/2017

APROVADO EM: 13/09/2017

A SANÇÃO PREMIAL APLICÁVEL AO DIREITO AMBIENTAL POR MEIO DO PRINCÍPIO DO PROTETOR-RECEBEDOR: O CONSUMO CONSCIENTE DA ÁGUA ATRAVÉS DO SISTEMA DE BANDEIRAS TARIFÁRIAS

*PREMIAL SANCTION FOR THE ENVIRONMENTAL LAW THROUGH
THE PROTECTOR-RECEIVER PRINCIPLE: WATER CONSCIOUS
CONSUMPTION THROUGH THE TARIFF FLAGS SYSTEM*

Haide Maria Hupffer

Pós-doutora em Direito pela Unisinos. Doutora e Mestre em Direito pela Unisinos. Especialista em Recursos Humanos. Professora e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e no Curso de Graduação em Direito da Universidade Feevale.

Gustavo da Silva Santanna

Doutorando em Direito na UNISINOS. Docente e Pesquisador da Faculdades Integradas São Judas Tadeu/RS.

Priscila Manique Torelly

*Acadêmica de Iniciação Científica das Faculdades Integradas São Judas Tadeu .
Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas São Judas Tadeu.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Espécies de Sanções: Repressivas e Premiais; 2 O princípio do protetor-recebedor como forma de sanção premial; 3 O sistema de bandeiras tarifárias como implementação da sanção premial com vistas a fomentar o consumo consciente de energia elétrica; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo analisa a aplicação da sanção premial como forma de estimular a preservação do meio ambiente. Para tanto, faz-se um estudo acerca da norma jurídica, tendo por perspectiva a sanção (repressiva e premial) como forma de incentivar sua eficácia. Considerando as características dos danos ambientais envolvidos em todo o processo de geração e distribuição de energia elétrica, e sem abdicar da aplicação da sanção repressiva, enfatizou-se a aplicação da sanção premial como forma de fomentar atitudes inovadoras, com vistas a evitar a degradação do meio ambiente, bem como, inclusive, materializar o princípio do protetor-recebedor. Do ponto de vista de seus objetivos, a pesquisa é exploratória e descritiva, com utilização do método dedutivo para organização do raciocínio. Em relação aos procedimentos, utilizar-se a pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso. O artigo conclui que o exemplo do sistema de bandeiras tarifárias se apresenta como um mecanismo privilegiado para conscientizar o consumidor de energia elétrica, utilizando-se do princípio do protetor-recebedor, que, ao diminuir o consumo, além de pagar menos pela tarifa, contribui para evitar/minimizar/prevenir o dano ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Norma Jurídica. Sanção Premial. Direito Ambiental. Protetor-Recebedor. Bandeiras Tarifárias.

ABSTRACT: This article analyzes the premial sanction application as a way to stimulate the environmental preservation. In order to do so, a study of the legal norm is made, taking as a perspective the sanction (repressive and premial) as a way to encourage its effectiveness. Therefore, it is made a deep study on the norm in the perspective of the sanction (repressive and premial) as a way to reveal its efficiency. Considering the characteristics of environmental damage involved in the whole process of electric energy generation and distribution, and without abdicating the application of repressive sanctions, the application of the premial sanction was emphasized as a way to stimulate innovative attitudes, in order to avoid the environment degradation, as well as to materialize the protector-receiver principle. From the aspect of its objectives, the research is exploratory and descriptive, using the deductive method to organize the reasoning. Regarding to the procedures, will be used the bibliographical and documentary research, and case study. The article concludes with the example of the system of tariff flags, which presents itself as

a privileged mechanism to raise consumer awareness of electric energy, using the principle of protector-receiver, which, by reducing consumption, besides paying less for the tariff, contributes to avoid/minimize/prevent environmental damage.

KEYWORDS: Norm. Premial Sanction. Environmental Law. Protector-Receiver. Tariff Flags System.

INTRODUÇÃO

A ordem jurídica tem o objetivo de regular a conduta humana, prescrevendo o que *deve ser*. Para garantir a eficácia das normas jurídicas, o ordenamento estatui sanções, as quais são aplicadas quando as normas não são cumpridas. Todavia, a sanção não abrange apenas o sentido da punição, quando da inobservância das normas, mas também, com o advento do Estado Democrático de Direito, se fomenta cada vez mais o sentido do prêmio, ou seja, a sanção premial ou recompensatória, aplicada de forma a premiar aquele que age em consonância com a norma.

Na oferta de energia elétrica brasileira, o sistema hidráulico, considerado como fonte renovável, no ano de 2017 contribui com 67,9% da oferta total. Em períodos de escassez hídrica, como as que ocorreram no período 2013-2015, o sistema energético brasileiro, para dar conta da demanda, precisou recorrer a outras fontes de energia, como a energia produzida por usinas termoelétricas, que são muito mais poluentes e, por consequência, causam muito mais danos ao meio ambiente.

Partindo-se das peculiaridades dos danos ambientais produzidos pela cadeia de geração de energia elétrica, muitas vezes irreparáveis, é que se vai compreender o papel da coletividade na preservação do meio ambiente, através do princípio do protetor-recebedor, bem como a importância da sanção premial em sede de Direito Ambiental. Partindo-se dessas premissas, analisa-se o Sistema de Bandeiras Tarifárias implementadas ao Direito brasileiro no ano de 2015.

A metodologia utilizada consiste na análise exploratória e descritiva, segundo o método de abordagem dedutivo e de procedimento técnico sobre o objeto de estudo, por meio de pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso.

Para tanto, abordam-se as sanções repressivas e premiais como forma de estabelecer eficácia às normas jurídicas. Em seguida, conceitua-se o dano ambiental e o princípio do protetor-recebedor como forma de sanção

premieral, para ao final examinar o sistema de bandeiras tarifárias instituído no ano de 2015 como mecanismo privilegiado para implementação da sanção premieral, com vistas a fomentar o consumo consciente de energia elétrica.

1 ESPÉCIES DE SANÇÕES: REPRESSIVAS E PREMIAIS

O direito, segundo Kelsen (1996, p. 5) “é um sistema de normas que regulam o comportamento humano”, sendo assim, as normas estabelecem o que *deve ser*; conduzindo a sociedade a determinadas condutas. Nesse contexto, é importante salientar que sendo as normas dirigidas à sociedade, devem estar em harmonia com os fatos sociais, isto é, com a situação fática que ocorre entre as relações humanas. Isto quer dizer que quando uma situação de fato transforma-se em uma vontade coletiva, sendo, portanto, uma situação que *deve ser*; tal fato é assumido como um fato produtor de uma norma e, conseqüentemente, um fato criador do Direito (KELSEN, 1996). Portanto, a norma advém dos próprios interesses da sociedade, aquilo que ela assume como um *dever ser*.

As regras do agir adquirem no ordenamento jurídico o caráter de norma jurídica, as quais prescrevem as condutas que devem ser assumidas pelos homens em sociedade. Neste sentido, Kelsen (1986, p. 170) explicita a relação entre norma e conduta:

Que uma norma impõe uma conduta determinada, é equivalente a que uma norma obriga a uma conduta determinada. Que uma pessoa é “obrigada” ou tem o dever de conduzir-se de modo determinado é o mesmo que dizer uma norma válida impõe essa conduta.

As normas obrigam os homens a conduzirem-se consoante o que está preceituado em seus conteúdos. Todavia, não se pode olvidar que, em meio à complexidade das relações humanas, surgem conflitos de interesses entre os indivíduos e, conseqüentemente, a inobservância das normas por parte destes. Segundo Ehrlich (1986, p. 159): “Evidentemente, nunca se poderá eliminar de todo o agir inconvenientemente, pois não há dúvida de que ele faz parte da existência humana, mas somente como um obstáculo, como uma resistência ao meio”.

A norma prevê um modelo de conduta, ou seja, uma conduta devida. Entretanto, a conduta de fato pode corresponder à norma, bem como contrariá-la. A conduta contrária à norma, a qual pode ser chamada de antijurídica, configura na violação desta, que, segundo Bobbio (2001, p. 152), caracteriza o ilícito, o qual “consiste em uma ação quando a norma é um imperativo negativo e em uma omissão quando a norma é um imperativo positivo”.

Portanto, em que pese o poder normativo das regras, elas estão sujeitas a sua inobservância pela sociedade, razão pela qual, para garantir o cumprimento dos preceitos normativos, o ordenamento se utiliza de uma técnica de controle social chamada de *sanção* (RIBEIRO, 2010).

As sanções “são estatuídas por uma ordem normativa para garantir a eficácia dessa ordem” (KELSEN, 1986, p. 176). Assim, a norma prevê uma conduta a ser seguida e, quando não observada, aplica-se uma sanção para assegurar a eficácia dessa ordem. Nesse sentido, pode-se afirmar que a sanção é uma resposta à violação da norma.

A norma, ao prever a aplicação de sanções, visa evitar o mal causado, bem como promover o bem estatuído no caso de observância desta norma; ou seja, quando a conduta está em conformidade com a norma (KELSEN, 1986). Com efeito, a norma prescreve uma conduta ligando esta a uma desvantagem (pena) no caso de inobservância dela ou uma vantagem (prêmio) no caso de observância da mesma. Ao estabelecimento do prêmio ou do castigo como uma reação à conduta humana, Kelsen (1986) chama de *princípio retributivo*:

Se um membro da comunidade conduz-se de uma maneira que lesa aos interesses da comunidade, deve ser punido, i.e., deve ser-lhe causado um mal. Se se conduz, porém, de uma maneira que fomenta os interesses da comunidade, deve ser recompensado, i.e., deve ser-lhe causado um bem (KELSEN, 1986, p. 173)

Acrescenta ainda o doutrinador, que o prêmio e a pena são estabelecidos de forma a transformar o desejo do prêmio e o receio da pena em um motivo da conduta socialmente desejada. É aí que reside a eficácia da norma, pois segundo Kelsen (1996, p. 5), um ordenamento só é eficaz quando a conduta que condiciona a sanção é causalmente determinada pelo desejo do prêmio – ou da conduta oposta – pelo receio da pena. Nesse contexto, tem-se então que a sanção pode ser compreendida como uma ferramenta da norma para garantir a sua eficácia, seja ela no sentido repressivo – quando violada a norma, seja ela no sentido premial, quando observada a norma.

A sanção repressiva, também chamada de sanção punitiva, é aquela aplicada como uma resposta à violação da norma. Tem como pressuposto uma conduta antijurídica, ou seja, contrária ao ordenamento jurídico. Kelsen (1996, p. 35) define este tipo de sanção como uma ordem coativa: “reagem contra situações consideradas indesejáveis [...] como um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros”. Assim, a sanção repressiva prevê um castigo, uma punição àquele que

age de forma a lesar o conteúdo da norma prevista. O receio do castigo é o cerne da sanção repressiva, pois conforme Ribeiro (2010, p. 55), ela visa intervir na vontade humana, desencorajando o indivíduo através da punição. A sanção repressiva é vista pela sociedade como um mal e, conseqüentemente, o temor desse mal é que impede com que ajam em desconformidade com a norma jurídica.

Em contrapartida ao conceito da sanção repressiva, o ordenamento conta também com outra espécie de sanção para garantir a eficácia das suas normas, que é a sanção premial. Esta sanção é aquela aplicada sobre a conduta que está em conformidade com a norma, ou seja, é uma sanção que visa uma vantagem àqueles que cumprem as normas, um prêmio para os que agem de acordo com as condutas socialmente desejadas. Neste cenário, a sanção premial visa incentivar as condutas humanas não sob a ótica do desencorajamento em razão da punição, como ocorre com a repressiva, mas o contrário: visa intervir na vontade humana a fim de que estes cumpram com as normas jurídicas de forma a serem recompensados ou premiados por estarem em conformidade com a ordem legal.

Conforme arguido anteriormente, Kelsen (1986) atribui este tipo de sanção como um prêmio estabelecido para transformar o desejo desse prêmio em um motivo da conduta socialmente desejada. Entretanto, para o autor, este tipo de sanção somente se encontra no âmbito da moral, e não do direito. Todavia, tal entendimento vem sendo aos poucos rechaçado pela doutrina, pois conforme constata Ribeiro (2010, p. 47) as sanções premiaias

Representam uma forte característica do Estado Democrático de Direito, na medida em que este persegue novos fins para a realização do ordenamento jurídico através do incremento de normas de organização que incentivem os indivíduos em sociedade a cumprirem ou superarem as expectativas dos preceitos normativos. É a função promocional do ordenamento jurídico fomentada pelo Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, Bobbio (2007, p. 2) corrobora para saudar o advento das sanções premiaias em face das sanções repressivas, fazendo uma ampla análise do uso cada vez mais contínuo das sanções premiaias “as quais caracterizam a ação do Estado social dos nossos tempos e a diferenciam profundamente da ação do Estado liberal clássico”.

Referente às sanções negativas, Bobbio (2007) as distingue entre medidas retributivas e reparadoras (ressarcimento de um dano), afirmando

que esta mesma distinção pode ser aplicada às sanções premiaias. No que concerne à medida retributiva, a sanção premial consiste em uma reação favorável ao cumprimento de uma conduta desejável; quanto à medida reparadora, a sanção premial assume um caráter indenizatório, pois visa compensar o indivíduo pelos esforços dispendidos ao realizar a conduta favorável, proporcionando uma vantagem à sociedade.

A sanção premial tem o objetivo de dar eficácia à norma jurídica de forma totalmente diversa da repressiva. Ribeiro (2010) ressalta que a sanção premial é mais vantajosa para o ordenamento do que a repressiva, o que para o Direito Ambiental apresenta-se de forma absolutamente verdadeira, afinal, a recompensa surge como mecanismo desencorajador do dano ambiental, como será defendido adiante.

No que tange às recompensas das relações privadas, mister enfatizar a influência de Jhering (2002) sobre tal entendimento, uma vez que este autor traz como técnicas as alavancas sociais, ou seja, as forças propulsoras que movimentam a engrenagem da sociedade humana para seus fins: a coação e a recompensa. No entanto, a perspectiva da recompensa trazida por Jhering (2002, p. 76) como alavanca social dá-se principalmente no âmbito das relações negociais: “alavancas sociais inferiores ou egoísticas. Trata-se da remuneração e da coação. Sem elas inconcebível é a vida social, sem a remuneração não se pode cogitar de relações negociais; sem coação impraticáveis o Direito e o Estado”.

Todavia, não obstante o fato de Jhering (2002, p. 131) referir de forma mais incisiva sobre a recompensa real (dinheiro), ele traz também o pressuposto da recompensa ideal, a qual consiste em “um bem que alguém recebe como recompensa por um feito que a ela faça jus [...] uma recompensa pela virtude, pela diligência”. Logo, percebe-se de forma clara que, apesar de prevalecer na doutrina do autor a coação como essência da mecânica social nas relações jurídicas, bem como a recompensa de ordem econômica nas relações privadas, há também, ainda que no sentido moral, a existência da recompensa ideal, a qual é dirigida àqueles que a ela fazem jus: “a recompensa nesta acepção ampla é análoga à pena: a sociedade pune aquele que contra ela transgrediu; recompensa aquele que por ela fez algo” (JHERING, 2002, p. 131).

Portanto, tanto em Jhering como em Kelsen, as recompensas abarcam somente as honorárias e as relações comerciais entre os indivíduos, enquanto a coação se revela para o estado de direito como forma de controle efetiva no que tange ao respeito do ordenamento pelos indivíduos. Sob esse ponto, Bobbio (2007) chama a atenção para o fato de que essa diferença de alcance das penas e recompensas se deve ao fato de que, segundo aqueles autores, a

produção de bens competia unicamente aos particulares, enquanto ao Estado atribuir-se-ia a organização da força. Eis aqui a grande mudança surgida nos anos de 1900, capaz de mudar os conceitos trazidos pelos autores.

No momento em que o Estado toma para si a produção de outros serviços (Estado Social), promovendo de forma direta ou indireta a produção de bens, por óbvio que a concepção de que as recompensas estão adstritas apenas no âmbito da moral e das relações privadas deve ser revista. Nesse ponto, observa-se que à medida que o Estado dispõe de forma cada vez mais ampla de recursos econômicos, encontra-se apto a determinar o comportamento dos indivíduos não só através da coação, mas também oferecendo recompensas, fomentando assim condutas desejáveis, o que se adequa com a função promocional do direito (BOBBIO, 2007).

Assim, Bobbio (2007) propõe uma reflexão sob um viés diferente daquele trazido por Jhering e Kelsen, pois com as extensões das atividades do Estado e com advento do direito social/promocional, as sanções premiais de ordem econômica podem servir de alavancas para conduzir os comportamentos desejáveis. Nesse sentido, o jurista italiano afirma que “enquanto o poder coativo é habitualmente empregado como função repressiva, o poder econômico pode ser empregado também como função promocional, ou seja, não para punir, mas também para gratificar” (BOBBIO, 2007, p. 76).

Tal reflexão conduz a concluir que, em que pese a predominância da ordem repressiva na teoria geral do direito, com o advento do Estado Social/Democrático de Direito se torna cada vez mais presente o uso de técnicas de encorajamento, tomando forma então, a imagem do ordenamento com função promocional, em contraponto com a tradicional imagem do ordenamento protetor-repressivo (BOBBIO, 2007, p. 13).

2 O PRINCÍPIO DO PROTETOR-RECEBEDOR COMO FORMA DE SANÇÃO PREMIAL

O homem possui com o meio ambiente uma relação de interdependência, verificada, segundo Leite e Ayala (2015, p. 84), “de maneira incontestável pela relação homem-natureza, posto que não há possibilidade de se separar o homem da natureza, pelo simples fato da impossibilidade de existência material, isto é, o homem depende da natureza para sobreviver”. Os recursos naturais são essenciais para a sobrevivência dos seres humanos, sendo alguns desses recursos explorados de forma gratuita, como, por exemplo, o ar atmosférico. Contudo, inúmeros recursos são explorados e administrados pelo homem de forma onerosa, como o uso do solo, da água, etc. (MACHADO, 2012, p. 93).

O modelo jurídico tradicional alicerçado em normas de comando e controle não consegue garantir a plena efetividade das normas de proteção ambiental e a integridade dos ecossistemas. De igual modo, a demanda crescente por recursos naturais, o aumento de impactos ambientais das atividades humanas e a “redução da capacidade dos ecossistemas de prover os serviços ambientais indispensáveis” para uma vida digna, vem exigindo políticas indutivas por meio de incentivos positivos, como é o caso do princípio do protetor-recebedor. Tais políticas não tem a intenção de substituir o modelo de comando e controle, mas sim de incentivar práticas de conservação e sustentabilidade ambiental. (FRANCO, 2011, p. 105-110)

Não obstante haver o pagamento dos usuários pelo consumo dos recursos ambientais, a utilização destes de forma abusiva e irracional lesa o interesse da coletividade, pois são bens de uso comum do povo. Assim, reconhecida a esgotabilidade dos recursos naturais, bem como o compromisso de todos com a proteção ambiental, é mister a implementação de medidas que incentivem e estimulem os usuários a colaborarem com a conservação e perpetuação dos recursos.

Entre os incentivos positivos alinhados ao princípio do protetor-recebedor encontram-se o Programa de Pagamento por Serviços Ambientais, o ICMS Ecológico, o IPTR Ecológico, o IPTU Ecológico, as Reservas Particulares do Patrimônio Natural, isenções fiscais e tarifárias, garantia ou preferência de acessos a mercados, apoio para capacitação, facilidades para a obtenção de crédito, subsídios para a aquisição de equipamentos, programas de isenções fiscais para tecnologias limpas, entre outros. Com tais estímulos e reconhecendo comportamentos ambientais positivos, o Estado pode cumprir com suas funções protetivas promovendo retorno econômico aos protetores do meio ambiente.

Neste cenário é que sobrevém a utilização da sanção premial como forma de estimular a promoção do princípio do protetor-recebedor por atos em favor do meio ambiente, recompensando as condutas virtuosas que se alinham a preservar o meio ambiente.

Observe-se que, sob esta ótica, a função promocional do princípio do protetor-recebedor está em incentivar comportamentos socioambientais desejáveis ao atuar de forma preventiva criando mecanismos de estímulo para a preservação do meio ambiente. O referido princípio está relacionado ao princípio da participação, da equidade intergeracional, da prevenção e do desenvolvimento sustentável em consonância com o art. 225 e inciso VI do art. 170 da Constituição

Federal. Em outras palavras, na esfera do meio ambiente a preocupação é justamente prevenir a ocorrência do dano ambiental, salutar que o ordenamento jurídico envolva normas promocionais favorecendo condutas positivas, que cooperem com o encargo de preservar o bem ambiental previsto na Constituição brasileira.

Ressalte-se ainda que o princípio do protetor-recebedor é “uma forma mais eficaz de multiplicar agentes motivados” a proteger um bem natural em benefício da comunidade. É imperioso “estimular e não apenas impor obrigações, para que as questões ambientais aconteçam”. (RECH, 2011, p. 51-52).

A sanção premial toma força na medida que vem suprir as novas exigências do Estado assistencial, dentre as quais se encontra a proteção do meio ambiente como um direito fundamental. Uma vez que o direito não visa tão somente tutelar os atos desviantes, mas também agora procura promover atos inovadores, as sanções positivas alcançam uma importância linear com relação às sanções negativas, pois “dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis” (BOBBIO, 2007, p. 24).

Como visto, no ordenamento com função promocional, a técnica utilizada para fomentar as condutas desejáveis dá-se através da técnica de encorajamento, a qual busca estimular o exercício dos atos conformes, tornando os atos permitidos particularmente atraentes e os atos proibidos repugnantes. Portanto, é contrária à técnica de desencorajamento utilizada pelo ordenamento repressivo, que visa proteger os atos conformes e atribuir consequências negativas aos atos desviantes. A técnica de encorajamento evidencia a passagem de um controle social passivo, para um controle social ativo que se preocupa mais em favorecer os atos vantajosos do que desfavorecer os atos nocivos (BOBBIO, 2007).

Então, no que tange a premissa da técnica de encorajamento, vê-se claramente que ela se vale da facilitação como um meio de promover a conduta desejável e da sanção premial para recompensar o comportamento realizado. Bobbio traz como exemplo desta relação da facilitação com a sanção premial, as leis de incentivo, que:

No âmbito dessa categoria geral, é possível discernir os dois expedientes – o da facilitação (por exemplo no caso de uma subvenção, de uma ajuda ou de uma contribuição financeira, ou mesmo de uma facilitação de crédito) e o da sanção positiva, como no caso da consignação de um prêmio para um comportamento superconforme ou de uma isenção fiscal (BOBBIO, 2007, p. 18).

Nessa linha de utilização de instrumentos econômicos como forma de fomentar o uso da sanção premial, “configura-se em um instrumento eficaz na preservação ambiental, sobretudo quando empregado como veículo indutor de comportamentos nos sujeitos passivos, caracterizando a sua natureza extrafiscal” (ARAUJO; BARICHELLO; TEIXEIRA, 2007, p. 136). O tributo, de caráter ambiental, possui duas funções: a fiscal e a extrafiscal. A finalidade fiscal tem o objetivo de reparar ou compensar os atos nocivos ao meio ambiente por meio da receita pública que para tal fim seja empregada. Todavia, é de notória relevância ao presente estudo o caráter extrafiscal do tributo, visando a proteção do meio ambiente, pois possui uma finalidade distinta do arrecadatório, na medida que seu objetivo é deixar de render e nada arrecadar para o fisco, através de incentivos ou isenções fiscais, estimulando condutas ambientais corretas, as quais visem não degradar o meio ambiente (ARAUJO; BARICHELLO; TEIXEIRA, 2007).

Portanto, a compensação pode ser realizada por mecanismos fiscais, extrafiscais, monetários e não monetários, como: isenções tarifárias e fiscais; diminuição de tarifas pelo consumo consciente, facilidade na obtenção de créditos, oferta de tecnologia, infraestrutura e equipamentos, participação em programas especiais ou serviços públicos, preferência de acesso a mercados, assistência técnica e treinamento, licitações sustentáveis, entre outros mecanismos (BORN; TALOCCHI, 2002, p. 27-45).

3 O SISTEMA DE BANDEIRAS TARIFÁRIAS COMO IMPLEMENTAÇÃO DA SANÇÃO PREMIAL COM VISTAS A FOMENTAR O CONSUMO CONSCIENTE DA ENERGIA ELÉTRICA

Decisões sobre operações e planejamento do Sistema Elétrico Brasileiro (SEB) são complexas, principalmente se for levado em conta o tamanho do país, a predominância da matriz hidrelétrica – que se dá pela diversidade hídrica existente –, capacidade de regularização, “participação de diversos agentes no mesmo rio” e possibilidade de “complementariedade entre as regiões”, ser uma fonte renovável, entre outros aspectos (TOLMASQUIM, 2016, p. 19).

Dados de 2016 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) apontam que o parque gerador de energia elétrica brasileira é de 141.053 MW de capacidade instalada; desta, 65% está em usinas de hidrelétricas e 29% de termelétricas. Em relação ao sistema termelétrico, os 29% estão assim distribuídos: biomassa (9%), gás natural (9%), óleo diesel (3%), carvão (3%) óleo combustível (3%), outros combustíveis fósseis (1%) e usinas nucleares (1%). Também se percebe uma ampliação na capacidade

instalada de geração eólica e solar, que correspondem a 6% da potência instalada (TOLMASQUIM, 2016, p. 58).

Com as situações de escassez de recursos hídricos que o Brasil enfrentou no triênio 2013-2015, surgiram “também desafios diversos associados à manutenção da confiabilidade do sistema frente à baixa geração hidrelétrica associada, recorrendo ao combustível fóssil das usinas termelétricas para atendimento da carga” (TOLMASQUIM, 2016, p. 35). Quando os recursos hídricos são escassos, passar a utilizar usinas termelétricas para suprir a demanda por energia gera muitos questionamentos, principalmente “por ser muito cara” e por ter grande impacto no meio ambiente. Entretanto, em situações de escassez hídrica, “é o recurso disponível que deve ser utilizado para manutenção da segurança no atendimento”. Claro está que o Brasil já vem trabalhando para a “inserção de fontes não controláveis”, como as eólicas e fatovoltáicas, “tanto para atendimento energético quanto para a segurança da operação de energia elétrica”. Entretanto, como a geração ainda é baixa para um consumo crescente, em momentos de escassez de recursos hídricos tem-se usado mais o sistema termoeletrico (TOLMASQUIM, 2016, p. 35).

Nenhuma produção de energia elétrica é isenta de danos ao meio ambiente. Por exemplo, usinas hidrelétricas provocam destruição de florestas e habitats selvagens, devastação da mata ciliar, redução da biodiversidade aquática, degradação de áreas para construção dos reservatórios, declínio de serviços ambientais, emissão de gases de efeito estufa, impacto cumulativo na qualidade dos recursos hídricos, entre outros. Além de inúmeros impactos ambientais, este sistema também é responsável por impactos socioeconômicos, em especial, os que decorrem do deslocamento forçado da população ou exclusão física do seu território geográfico, e doenças associadas aos reservatórios, em que se proliferam espécies causadoras de graves epidemias e doenças (MAIA, 2012, p. 122-123).

O sistema termoeletrico utiliza como combustível o óleo, carvão ou gás natural, denominados “fósseis”, com alto grau de poluição. Os riscos e os danos das usinas termoeletricas ao meio ambiente são provocados pela “queima de combustíveis fósseis e outros para a geração de energia elétrica, o que se dá pelo aquecimento de uma caldeira com água, produzindo vapor de alta pressão que move pás de uma turbina e aciona o gerador de energia” (FRAGOMENI; GOELLNER, 2009, p. 81). Além do exposto, essa fonte de energia também é responsável por chuvas ácidas, interferências sobre o clima ou microclima local, contribuição para o efeito estufa, poluição atmosférica, degradação de paisagens, contaminação de recursos hídricos, interferência no sistema aquático e terrestre pela liberação de gases e materiais particulados de metais nocivos, além de inúmeros efeitos à saúde humana.

As atividades que envolvem a transmissão de energia também produzem impactos ambientais negativos, entre os quais destacam-se: i] supressão da vegetação em decorrência da “implantação de Linhas de Transmissão – LTs e Subestações – SEs”; ii] emissões indiretas de gás Hexafluoreto de Enxofre – SF₆; iii] utilização de “óleo mineral em grandes quantidades, como isolantes elétricos nos equipamentos das subestações em operação”; iv] utilização de “solventes em decorrência do uso deste óleo”; v] “resíduos sólidos perigosos gerados na manutenção preventiva e corretiva que envolve o processo de transmissão de energia elétrica” (SANTOS, 2016, p. 19).

Portanto, aumentar o consumo de energia elétrica, além de aumentar o custo da energia gerada, causa impactos ambientais em toda a cadeia de geração de energia: “usinas, tratamento da energia em Subestações – SEs, seu transporte em grande escala em Linhas de Transmissão – LTs e sua distribuição aos diversos pontos de consumo em Linhas de Distribuição – LDs” (SANTOS, 2016, p. 22).

Até o ano de 2050 as projeções indicam que “o consumo de eletricidade no mundo terá crescido 150%”. A escolha dos tipos de usinas que serão erguidas para dar conta da demanda mundial por eletricidade terá como pressuposto dois fatores muito relevantes: “o custo estimado da eletricidade produzida e a capacidade de mitigação dos problemas ambientais relacionados”. Em termos ambientais, a energia elétrica acarreta para as gerações presentes e futuras um “passivo ambiental importante, cuja extensão se faz refletir em vários segmentos naturais” (FRAGOMENI; GOELLNER, 2009, p. 79-80).

Reduzir os impactos ambientais locais e globais gerados pela produção de energia elétrica exige decisões e ações políticas que fomentem formas de conservação e geração de energia. No intuito de repassar a informação deste custo de forma mais clara ao consumidor, foi criado o Sistema de Bandeiras Tarifárias em 2015. O principal objetivo, declarado pela ANEEL, é “recompôr os gastos extras com a utilização de energia de usinas termelétricas, que é mais cara do que a de hidrelétricas” (ANEEL, 2017b). O Sistema de Bandeiras Tarifárias,

É o sistema que sinaliza aos consumidores os custos reais da geração de energia elétrica. O funcionamento é simples: as cores das bandeiras (verde, amarela ou vermelha) indicam se a energia custará mais ou menos em função das condições de geração de eletricidade. Com as bandeiras, a conta de luz fica mais transparente e o consumidor tem a melhor informação para usar a energia elétrica de forma mais consciente (ANEEL, 2015).

Pelo sistema de bandeiras tarifárias, a variação do custo de energia é demonstrado ao consumidor através das cores das bandeiras: verde, amarela e vermelha. A bandeira verde é adotada quando as “condições hidrológicas para geração de energia são favoráveis”. Neste caso, a tarifa da energia não sofre nenhum acréscimo e parte de um patamar mais baixo que a tarifa calculada pela metodologia atual”. Portanto, em condições favoráveis de geração de energia “não há qualquer acréscimo nas contas”. Por outro lado, quando diante de condições de geração “menos favoráveis, a bandeira passa a ser amarela e há uma cobrança adicional, proporcional ao consumo, na razão de R\$ 2,50 por 100 quilowatt-hora (kWh) consumidos”. Entretanto, quando as condições são ainda mais desfavoráveis, como em situações de grave déficit hídrico e quando a geração de energia fica mais onerosa, “a bandeira fica vermelha e o adicional cobrado passa a ser proporcional ao consumo na razão de R\$ 5,50 por 100 kWh. A esses valores são acrescentados os impostos vigentes” (ANEEL, 2015).

Com a implantação do sistema de bandeira tarifária, possibilitou-se, ainda, a verificação por parte da sociedade de quanto é o custo pela geração da energia, e qual a importância da utilização racional desta, como se observa:

Os custos de energia representam atualmente a maior parcela de custos (53,5%), seguido dos custos com Tributos (29,5%). A parcela referente aos custos com distribuição, ou seja, o custo para manter os ativos e operar todo o sistema de distribuição, representa apenas 17% dos custos das tarifas (ANEEL, 2015).

Antes da implementação das bandeiras tarifárias, as variações dos custos da geração de energia eram incluídas no cálculo de reajuste das tarifas e repassados aos consumidores um ano depois de ocorridos, quando a tarifa reajustada passava a valer. Portanto, o consumidor não tinha conhecimento de que a geração de energia estava cara. Com as bandeiras tarifárias, segundo a ANEEL (2014), a conta de energia passou a ser mais clara e objetiva, pois este custo é repassado mensalmente ao consumidor, refletindo a variação do custo de energia no momento em que ela acontece, sinalizada através das cores das bandeiras. De acordo com a ANEEL (2015) as bandeiras não representam um custo adicional ao consumidor, elas “são uma forma diferente de apresentar um custo que hoje já está na conta de energia, mas que geralmente passa despercebido”.

Neste cenário, o novo sistema permite ao consumidor identificar qual a bandeira do mês e, em sendo condições desfavoráveis de custo de energia, portanto, vigendo a bandeira vermelha, ter a oportunidade de reagir ao preço da tarifa, reduzindo o consumo e utilizando a energia elétrica de forma mais consciente.

Ademais, as bandeiras tarifárias estimulam os consumidores a terem um papel mais ativo no que tange à colaboração com a redução dos custos de energia, pois através de um consumo consciente, os valores do custo de energia no país diminuem e, conseqüentemente, ocorre a redução da conta de energia, o que acarreta na diminuição dos valores da tarifa paga e na alteração da cor da bandeira de vermelha para amarela e ainda de amarela para verde. Essa redução do valor da conta de energia configura em um benefício aos usuários, restando evidente a aplicação da sanção premial no sistema das bandeiras tarifárias.

Para o relator da proposta das bandeiras, Tiago de Barros, a importância deste sistema consiste que “uma resposta consciente dos consumidores a esse sinal de preço mais realista possa reduzir a pressão da demanda sobre o setor e levar à retirada das bandeiras vermelhas” (ANEEL..., 2015). Além da questão econômica, a proposta das bandeiras é um importante mecanismo educativo para combater o desperdício de energia elétrica e de mitigação de danos ambientais.

Em agosto de 2015, passados apenas 08 meses da implantação das bandeiras, elas já apresentaram resposta positiva, pois em 28/08/2015, a ANEEL divulgou a aprovação da redução de 18% no valor da tarifa da bandeira vermelha (TARIFA..., 2015). Essa redução significou que o valor de R\$ 5,50 para cada 100kWh consumidos caiu para R\$ 4,50, o que representou para os consumidores uma redução de 2% no custo da conta de luz. Em fevereiro de 2016 foi divulgado um novo patamar de bandeira tarifária vermelha, barateando ainda mais a conta dos consumidores (BRASIL, 2016).

Sendo assim, no início do ano de 2017 as bandeiras continuam com as três cores sinalizando o custo de energia; contudo, no que tange à cor da bandeira vermelha, tem-se dois patamares de valores de cobrança da tarifa, de acordo com as condições de geração desse custo. Foram instituídas duas bandeiras para a cor vermelha, a saber: i] Bandeira Vermelha Patamar 1: “CVU da última usina térmica a ser despachada for igual ou superior a 422,56 R\$/MWh, e inferior ao valor de 610,00 R\$/MWh”. Neste caso, a conta da energia elétrica é acrescida de R\$ 3,00 a cada 100kwh; ii] Bandeira Vermelha Patamar 2: quando o “CVU da última usina térmica a ser despachada for igual ou superior ao valor de 610,00 R\$/MWh”, acresce na conta da energia elétrica R\$ 4,50 a cada 100kmh (ANEEL, 2017a).

Foi na mesma linha que a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) criou uma forma de incentivar o “consumo consciente” da água. Ainda que de forma transitória (perdurou apenas entre

os meses fevereiro de 2013 e janeiro de 2014), o consumidor que reduzisse o consumo médio de água em 20% obteria o desconto de 30% na conta (SABESP, 2014). Diferentemente do sistema de bandeiras tarifárias, que tenta criar uma “consciência coletiva” quanto ao consumo de energia, de forma que quanto menos poluente a geração de energia for, menor será a conta de luz, o incentivo dado pela SABESP trabalha com uma “consciência individualizada” de cada consumidor, refletindo diretamente na sua conta de água. Mas tanto um sistema quanto o outro acabam utilizando o princípio do protetor-recebedor e, conseqüentemente, da sanção premial.

Portanto, ante aos resultados positivos do Sistema de Bandeiras Tarifárias, evidencia-se de forma clara que o referido sistema se utiliza do princípio do protetor-recebedor em conjunto com a sanção premial, como forma de incentivar a participação coletiva para a redução dos custos de energia e na redução de impactos ambientais para gerar mais energia.

Vale notar que a sanção premial toma força, na medida em que vem suprir as reivindicações do Estado promocional de direito, uma vez que o direito não visa tão somente tutelar os atos desviantes, mas também agora procura promover atos inovadores. Assim, as sanções positivas em Bobbio (2007, p. 24) alcançam uma importância linear com relação às sanções negativas, pois “dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis”. Pelo que foi pontuado até o momento, prevalece que, no ordenamento com função promocional, a técnica utilizada para fomentar as condutas desejáveis dá-se através da técnica de encorajamento, a qual busca estimular o exercício dos atos conformes, tornando os atos permitidos particularmente atraentes e os atos proibidos repugnantes. A técnica de encorajamento evidencia a passagem de um controle social passivo para um controle social ativo, que se preocupa mais em favorecer os atos vantajosos do que desfavorecer os atos nocivos (BOBBIO, 2007, p. 15).

Sob esta perspectiva, pode-se concluir que as bandeiras servem como um meio de atender, ainda que de forma estreita, a previsão constitucional no que tange à preservação do meio ambiente. Através da sanção premial – redução da tarifa sinalizada pelas cores das bandeiras – as bandeiras tarifárias têm o objetivo de fomentar uma conscientização coletiva com relação ao consumo racional da energia elétrica, o que se alinha com as novas exigências do Estado Socioambiental de Direito, dentre as quais se encontra a proteção do meio ambiente como um direito fundamental.

Em síntese, a recompensa pode ainda fazer surgir na coletividade uma mudança de comportamento, ou seja, a realização de condutas favoráveis ao meio

ambiente, condicionadas não apenas ao recebimento de prêmios e recompensas, mas também podem levar a uma conscientização coletiva ambiental.

4 CONCLUSÃO

Quando se trata de direito ambiental, os mecanismos tradicionais de comando e controle não estão conseguindo realizar uma concreta e incisiva tutela do meio ambiente, pois a sua aplicação depende primeiramente da ocorrência do dano ambiental para depois a incidência da sanção punitiva. Veja-se a complexidade da questão: se os objetivos do Direito Ambiental são fundamentalmente preventivos há que se falar também na utilização de instrumentos econômicos para um posicionamento proativo e, assim, estimular condutas ambientais protetivas, em oposição as ferramentas repressivas e ressarcitórias. Daí a importância de promover mecanismos de incentivos para quem, de alguma forma, contribui para a conservação e perpetuação do meio natural.

O Brasil, conforme exposto, apresenta algumas experiências com resultados satisfatórios em relação a aplicação da sanção premial com vistas à proteção do meio ambiente, com a utilização do princípio do protetor-recebedor. É o caso, por exemplo, do Programa de Pagamento por Serviços Ambientais, ICMS, ITR e IPTU Ecológicos. Entretanto, essas sanções, ainda que beneficiem a coletividade em razão de favorecer o meio ambiente, recompensam um número determinado e certo de pessoas, visto que premiam diretamente àqueles que se adequam com as normativas previstas pelas referidas sanções premiaias.

É neste contexto que o sistema de bandeiras tarifárias, ao utilizar a sanção premial, conjuntamente com o princípio do protetor-recebedor, atua de forma educativa, incentivando a participação coletiva na busca pela minimização de impactos ambientais gerados pela cadeia de energia e também pela redução dos custos de energia. Como exposto, em períodos de escassez de recursos hídricos é acionado o sistema de termoeletrica, que além de ser muito mais danoso ao meio ambiente, tem custos mais elevados para a produção e distribuição de energia. Assim, quando o usuário consome mais, ele paga mais caro o valor da tarifa; todavia, se consome menos, recebe o benefício previsto pela sanção premial, que é a diminuição do valor da conta de energia. Cumpre reiterar que neste cenário o benefício não é somente aos consumidores, mas também ao meio ambiente, pois a redução do consumo impacta diretamente no uso de recursos naturais e na mitigação de danos ambientais.

As bandeiras tarifárias são uma forma de compensar os usuários “protetores”, que passam a receber uma “sanção premial” por conta da

realização de ações para reduzir o consumo de energia elétrica. É o Estado, no exercício da regulamentação de comportamentos socioambientais, valendo-se de instrumentos positivo-compensatórios.

A sanção premial, assim, acaba por deslocar o sujeito ativo (realizador da conduta) de titular da obrigação, para um titular do direito, uma vez que, ao realizar uma conduta conforme a norma, tem o direito de receber a recompensa prevista. Logo, o desejo pela recompensa tem o condão de estimular a coletividade a praticar atos socialmente desejáveis.

Conforme visto, na esfera do meio ambiente é de suma importância que se fomente atitudes inovadoras que visem a preservação do meio ambiente, pois contar apenas com um sistema coativo não atende às necessidades do direito ambiental, visto que a punição apenas pode ser aplicada após a ocorrência e verificação da lesão ambiental.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Bandeiras Tarifárias*. Publicado em: 24 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=758>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. *Dezembro encerra o ano teste das bandeiras tarifárias*. Publicado em: 18 dez. 2014. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=8278&id_area=90>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. *Bandeira tarifária verde em fevereiro*. Publicado em 27 jan. 2017. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao/-/asset_publisher/XGPXSqdMFHrE/content/bandeira-tarifaria-verde-em-fevereiro/656877>. Acesso em: 09 abr. 2017.

_____. *Bandeiras tarifárias terão novos valores neste ano*. Publicado em 14 fev. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-02/bandeiras-tarifarias-terao-novos-valores-em-2017>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

ANAEL explica o sistema de bandeiras tarifárias e dá dicas de economia. *Ambiente e Energia*, fev. 2015. Disponível em: <<https://www.ambienteenergia.com.br/index.php/2015/02/aneel-explica-o-sistema-de-bandeiras-tarifarias-e-da-dicas-de-economia/25502>> Acesso em: 09 abr. 2017.

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; BARICHELLO, Stefania Eugenia; TEIXEIRA, Michele Oliveira. Tributação ambiental: considerações sobre o ICMS ecológico e alguns tributos verdes de países desenvolvidos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 135-151, jul./dez. 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do Direito*. São Paulo: Manoele, 2007.

BORN, Rubens Harry; TALOCCHI, Sergio. Compensações por Serviços Ambientais: sustentabilidade ambiental com inclusão social. In: *Proteção do capital social e ecológico: por meio de compensações por serviços ambientais (CSA)*. São Paulo: Vitae Civilis, 2002. unidade 1, p. 27-45.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. *Portal Brasil*. Infraestrutura. Conta de luz fica mais barata a partir de hoje, com novas regras tarifárias. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/02/conta-de-luz-fica-mais-barata-a-partir-de-hoje-com-novas-regras-tarifarias>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

FRAGOMENI, Claudia; GOELLNER, Claud. O impacto no meio ambiente pela atividade da geração de energia elétrica pelo uso de recursos hídricos. *Justiça do Direito*, v. 23, n. 1, p. 76-85, 2009. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/2132>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

FRANCO, José Gustavo de Oliveira. Aspectos prático-jurídicos da implantação de um sistema de pagamento por serviços ambientais com base em estudo de caso. In: RECH, Adir Ubaldo (Org.) *Direito e Economia Verde: natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por serviços ambientais, como instrumento de ocupações sustentáveis*. Caxias do Sul: Educus, 2011. p. 97-149.

JHERING, Rudolf Von. *A Finalidade do Direito*. Campinas: Bookseller, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. 7. ed. revisada, atualizada e ampliada São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MAIA, Leonardo Castro. Usinas hidrelétricas: em defesa do meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, v. 921, p. 121-162, jul. 2012.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RECH, Adir Ubaldo. O valor econômico e a natureza jurídica dos serviços ambientais. In: RECH, Adir Ubaldo (Org.) *Direito e Economia Verde: natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por serviços ambientais, como instrumento de ocupações sustentáveis*. Caxias do Sul: Educus, 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SABESP (Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo). *Sabesp cria incentivo econômico à redução no consumo de água*. Publicado em: 01 fev. 2014. Disponível em: <<http://site.sabesp.com.br/site/imprensa/noticias-detalle.aspx?secaoId=65&id=6105>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

SANTOS, Isadora Rodrigues dos. *Elaboração de matriz referencial de impactos Ambientais e de diagnóstico de passivos Ambientais para empresas transmissoras de Energia Elétrica do Sul do Brasil*. 2016. 257f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Ambiental) Programa de Pós-Graduação em Engenharia Ambiental, Fundação Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, 2016. Disponível em: <http://www.bc.furb.br/docs/DS/2016/361013_1_1.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2017.

TARIFA da bandeira vermelha na conta de luz cai 18%. *Correio do Povo*. Economia, Porto Alegre, 28 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/565294/Tarifa-da-bandeira-vermelha-na-conta-de-luz-cai-18>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno (Coord.). *Energia Termelétrica: Gás Natural, Biomassa, Carvão, Nuclear*. Rio de Janeiro: EPE, 2016.

RECEBIDO EM: 02/05/2017

APROVADO EM: 01/08/2017

A TERCEIRIZAÇÃO DIANTE DA GLOBALIZAÇÃO E O MODELO LEGISLADO DE REGULAÇÃO DO TRABALHO

*THE OUTSOURCING IN FRONT OF GLOBALIZATION AND THE
LEGISLATED MODEL OF LABOR REGULATION*

João Paulo Ocke de Freitas

Doutorando em Ciência Política na Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-graduado em Teoria Geral do Direito e em Direito Empresarial; Graduado em Ciências Sociais e em Direito pela Universidade Federal do Paraná; advogado.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O modelo legislado de regulação do trabalho no Brasil; 2 A globalização e as novas relações de trabalho; 2.1 Relações de trabalho e sistemas produtivos; 2.2 Cadeias produtivas globais e flexibilização do trabalho; 3 A terceirização e a hipótese da precarização do trabalho; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo investigar o modelo legislado de regulação do trabalho do Brasil diante do processo de globalização econômica que vem se constituindo desde a década de 1980. Para tanto, este artigo discute as razões pelas quais o modelo corporativo não define o modelo regulador das relações de trabalho no Brasil e analisa as implicações do modelo legislado com base na matriz teórica liberal. Adota-se como fundamento a tese de que toda análise sobre as relações de trabalho deve considerar as formas de organização do sistema produtivo. Assim, o desenvolvimento da “especialização flexível” no mercado de trabalho altera não só as formas de regulação das relações de trabalho como a própria estrutura de produção. A flexibilização do trabalho é examinada sob a perspectiva do processo de constituição das cadeias globais de produção e com base no impacto provocado pelas tecnologias da informação. A Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, e o Projeto de Lei da Câmara nº 30, de 2015, visam flexibilizar as relações de trabalho, no sentido de ampliar a inserção do Brasil na economia global sem necessariamente impor perdas para o trabalhador e representando uma vantagem para o mercado de trabalho. Conclui-se que a terceirização não leva fatalmente à precarização do trabalho, mas é preciso estar atento às causas de desestabilização do trabalhador para garantir que a globalização e as medidas de flexibilização sejam uma oportunidade para aperfeiçoar as relações de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Flexibilização do Trabalho. Relações de Trabalho. Globalização. Estado Regulador.

ABSTRACT: This article aims to investigate the legislated model of labor regulation in Brazil in the face of the process of economic globalization that has been constituted since the 1980s. For this, this article discusses the reasons why the corporate model does not define the regulatory model of labor relations in Brazil and analyzes the implications of the legislated model based on the liberal theoretical matrix. It is based on the thesis that every analysis about labor relations must consider the forms of organization of the productive system. Thus, the development of “flexible specialization” in the labor market alters not only the forms of regulation of labor relations but also the structure of production itself. The labor flexibilization is examined from the perspective of the process of formation of global production chains and based on the impact caused by information technology. The Law no. 13.429, of March 31, 2017, and the Bill no. 30, of 2015, aim to flex labor relations in order to expand Brazil’s insertion into the global economy without necessarily imposing losses on the worker and representing an advantage for the labor market. It is concluded that outsourcing does not lead to the precariousness of work, but one must be aware of the causes

of worker's destabilization to ensure that globalization and flexibilization measures are an opportunity to improve labor relations.

KEYWORDS: Outsourcing. Labor Flexibilization. Labor Relations. Globalization. Regulatory State.

INTRODUÇÃO

O mundo do trabalho sempre foi dinâmico e não pode ser compreendido com base na contribuição exclusiva do Direito. A produção de bens que levam à sobrevivência dos indivíduos e de sociedades inteiras expressa um movimento contínuo, fundado em múltiplas determinações. Isso implica admitir que produção, circulação e consumo de bens são categorias econômicas que revelam vários aspectos de uma totalidade que dizem respeito, por exemplo, a uma determinada forma de organização política e até mesmo às crenças religiosas de uma dada sociedade situada historicamente.

Nesse sentido, os campos do conhecimento são intercambiáveis e não devem ter a pretensão da univocidade, pois que tal postura inviabiliza a compreensão das complexidades crescentes das relações humanas e, especificamente, das relações de trabalho. A compartimentalização do conhecimento, portanto, é uma medida a ser rejeitada, tendo-se em vista que a compreensão acerca do mundo real, objeto de todas as Ciências, não cabe num esquema fixo e definitivo de métodos, estilos e princípios. Assim é que o universo do trabalho não prescinde do imbricamento de campos de investigação, já que a produção de bens é uma atividade que desperta interesse da Economia, da Sociologia, da História, da Filosofia, da Medicina, da Psicologia e do próprio Direito.

Com efeito, as investigações jurídicas referentes ao mundo do trabalho devem muito aos conhecimentos produzidos por outros ramos do conhecimento e este artigo não rompe com essa tradição: com base nas pesquisas desenvolvidas, sobretudo, pela Sociologia, deve-se admitir a pertinência de serem investigadas as implicações socioeconômicas das medidas de flexibilização do trabalho. Para tanto, não se pode descolar as medidas destinadas a flexibilizar o trabalho das características decisivas da contemporaneidade: os rápidos avanços tecnológicos, os novos desafios econômicos e as recentes demandas políticas afetam radicalmente o mundo do trabalho e esse é o contexto diante do qual se impõe a tarefa de avaliar o fenômeno da flexibilização.

Por isso, no horizonte deste estudo está a recusa em aderir radicalmente a uma matriz teórica específica para responder às questões postas pelo tema a ser investigado. O marxismo, por exemplo, é uma corrente de pensamento

que desenvolveu métodos e princípios extraordinariamente férteis para a análise do capitalismo e, por extensão, do universo do trabalho; mas considera-se aqui que sua influência e domínio sobre as pesquisas referentes a esse universo não podem eliminar outras abordagens, notadamente, as provenientes do campo liberal. Com essa postura pretende-se alcançar uma compreensão o mais ampla possível a respeito dos dilemas que cercam um dos aspectos cruciais da atual relação entre o capital e o trabalho.

Finalmente, este artigo se insere na perspectiva de que é legislado (e não corporativo) o modelo regulador das relações de trabalho no Brasil e que, em consequência, as medidas que levam à flexibilização do trabalho devem ser situadas entre os processos de reestruturação desse modelo.

1 O MODELO LEGISLADO DE REGULAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL

É preciso definir um critério para caracterizar os modelos de relações de trabalho. Seguindo a orientação de Eduardo G. Noronha (2000), com base na definição dos *loci* onde as normas trabalhistas são produzidas e garantidas, distinguem-se três espaços normativos das relações de trabalho: a lei, os contratos coletivos e as normas das empresas.

O Brasil adota o modelo em que a lei predomina sobre os acordos coletivos e sobre o poder das empresas. Essa conclusão é fortalecida pelo fato de levar em conta mais do que os conflitos trabalhistas e o mercado de trabalho ao incorporar as normas trabalhistas e a identificação de seu espaço decisório. Assim, torna-se mais preciso o reconhecimento da força relativa dos atores sociais envolvidos na afirmação dos seus respectivos interesses de classe. (NORONHA, 2000).

Dessa forma, o modelo de relações de classe no Brasil é legislado. Essa assertiva é corroborada por um número significativo de estudiosos. Destaque-se também o posicionamento de Adalberto Moreira Cardoso que, ao analisar a causa da intensificação da judicialização das relações de trabalho, identificando-a com o fato de os empregadores promoverem a deslegitimação da norma legal, rejeita categoricamente a tese de que é corporativo o modelo brasileiro de relações de trabalho. (CARDOSO, 2002, p. 495).

Mesmo admitindo-se que o pensamento corporativista tenha representado um papel significativo na conformação do projeto revolucionário de 1930 e na definição do ordenamento legal e constitucional trabalhista, não é possível reconhecer a vigência do corporativismo durante a Era Vargas e mesmo no período pós-varguista. Ao considerar a realidade mais ampla sobre

a qual assentou a ideologia e os regulamentos corporativistas, fica patente que o corporativismo foi importante como exceção, teve fraca repercussão e variou de intensidade e conteúdo no pós-1930. (CARDOSO, 2002, p. 498).

Houve, de fato, a breve manifestação da repressão e do totalitarismo típicos do fascismo, mas não houve a concretização do projeto comunitarista de Oliveira Vianna, ideólogo influente do período varguista. Segundo o autor de *Problemas de Direito Corporativo* (1938), a sociedade deveria assumir a configuração de “um corpo funcionalmente integrado pelo interesse privado tornado interesse público, comunitário”. (CARDOSO, 2002, p. 498).

As ações estadonovistas implicaram um controle estrito da organização sindical e a adoção de medidas que levaram à submissão da militância operária; portanto, o sistema jurídico corporativo não implicou a participação direta dos trabalhadores nos órgãos de representação classista, mas, sim, implicou a exclusão dos trabalhadores nos conselhos estatais e a repressão sobre o movimento operário. O projeto de Oliveira Vianna pressupunha que os sindicatos operassem como instância deliberativa e de participação popular e empresarial para influenciar a formulação de políticas públicas e, dessa forma, assumissem o papel de sustentáculo da ordem social. O que ocorreu, de fato, foi a estatização dos processos de formação, seleção e reprodução das elites sindicais e a criação de um imposto sobre a renda dos trabalhadores para financiar essas elites; além disso, foi estatizada toda a formulação da legislação trabalhista e social, sem a participação dos trabalhadores. Por isso, os conflitos entre o capital e o trabalho adquiriram um caráter público e o Estado, através do seu aparato regulatório, assumiu a tarefa de incorporar as agitações do mercado de trabalho. (CARDOSO, 2002, p. 498-500).

Ainda assim, pode-se identificar o período compreendido entre 1939 e 1943 como o mais nitidamente corporativista:

Nesse pequeno interregno, o Estado não era propriamente o árbitro do conflito entre as partes, posto que esse conflito era simplesmente tido como ilegítimo ou, para muitos e certamente no discurso do ditador, inexistente. O Estado tampouco era o canal de expressão do interesse privado, porque a ideia de interesse privado era alheia ao programa comunitarista típico do corporativismo, segundo o qual o Estado incorpora uma vontade geral descolada daqueles interesses, formulada no interior do próprio aparelho de Estado e adjudicada aos agentes privados, obrigados, assim, a esposar uma razão pública. Por outras palavras, o Estado, por meio tanto de sua burocracia repressiva quanto da legislação social e trabalhista, *era o lugar* da formulação do interesse

coletivo, em especial dos trabalhadores. A legislação social e trabalhista era, na ideologia estadonovista, precisamente isso: a objetivação da clarividência do Estado relativamente à vontade geral, incapaz ela mesma de expressar-se senão na linguagem menor e conflituosa do interesse privado. Tinha, pois, estatuto de direito público, e não é outra a essência do corporativismo fascista. (CARDOSO, 2002, p. 500).

Com efeito, os órgãos de representação de classe foram praticamente alijados do processo de formulação de regras contratuais, transferindo para o Estado a responsabilidade para a solução de conflitos, não por causa de um eventual corporativismo do Estado, mas, sim, porque o Estado se tornou o produtor do mercado de trabalho e o seu regulador ou uma instância que parecia constituir as próprias relações de classe por meio de legislação federal. Não sendo a contratação coletiva o espaço privilegiado da produção de normas, está dada uma condição que permite a afirmação de que o modelo de relações de trabalho é legislado:

O conflito de interesse típico do capitalismo, aquele que opõe coletividades em luta pela distribuição de riqueza produzida pelo trabalho, foi tornada universal ao transformar-se em conflito de direito, e isso independentemente do caráter mesmo da assimilação *dos órgãos de classe* ao aparelho de Estado. (CARDOSO, 2002, p. 503).

A Constituição de 1988 assinalou de forma decisiva o declínio dos sinais autoritários do corporativismo. Mesmo que tenham sobrevivido a unicidade e a contribuição sindical para todos não há que se falar em manutenção de um modelo corporativista de relações de trabalho:

[...] o princípio de unicidade, aliado ao sistema de enquadramento de base municipal e por categorias, conduziu, ao longo do tempo, à extrema fragmentação sindical. Segundo o IBGE, em 1990 havia 6.715 sindicatos, sendo mais de 60% de base municipal, 26,6% intermunicipal e apenas 0,2% de base nacional. De fato, há monopólio da representação [...] no sentido de que não pode haver sindicatos de uma mesma base territorial e de categoria. Mas é um monopólio fragmentado e o sistema é competitivo, no sentido de que há eleições sindicais periódicas. (NORONHA, 2000).

Num contexto marcado por radicalizações do liberalismo no mundo da política e da economia, a Constituição de 1988 ampliou o modelo legislado, ao ter expandido direitos e incorporado matérias celetistas. As causas dessa ampliação dizem respeito ao relativo isolamento internacional do país, à tradição jurídica, à eficaz atuação dos sindicatos e à ideia difundida de que a Constituição poderia

ser um meio para compensar injustiças sociais historicamente acumuladas. Ocorre que essa característica sintetizada na Carta de 1988 não foi um momento isolado na história do país; na verdade, essas circunstâncias contribuíram para a perpetuação do modelo legislado de relações trabalhistas. O fato é que as decisões sobre as relações de trabalho efetivamente ocorrem no âmbito do Congresso Nacional e mesmo os políticos situados no campo liberal reforçam o modelo legislado para impedir o avanço das regulamentações expansivas das relações de trabalho. (NORONHA, 2000).

Além disso, “a criatividade normativa do contrato está limitada pela influência da lei. Os contratos coletivos no Brasil tendem a regular mais aquilo que a lei já regula. Complementam a lei, mas raramente são capazes de normatizar aquilo que a lei não cobre.” (NORONHA, 2000). No mesmo sentido, as normas sociais de caráter trabalhista tendem a amarrar ou limitar o poder dos empregadores e mesmo o mercado informal de trabalho não fica imune a certas regularidades provenientes da CLT: pode-se identificar um espelhamento das práticas legais nos contratos informais assalariados. (NORONHA, 2000).

Ora, toda a discussão sobre a necessidade de expandir a regulamentação ou desregular o mercado de trabalho gira em torno da relação de forças e do jogo de interesses entre o capital e o trabalho. Ou seja, a discussão sobre a flexibilização das regras atinentes às relações laborais não implica forçosamente a reestruturação do modelo legislado, até porque há outros mecanismos sociais capazes de impactar o mercado:

A lei não é o único elemento a regular e, possivelmente, a criar rigidez no mercado de trabalho, nem o contrato coletivo é a única forma flexível e democrática de regulamentação do mercado, nem o poder discricionário do empregador garante flexibilidade e plena racionalidade econômica. O mercado de trabalho é uma instituição, como dizem os autores da sociologia econômica. Se nem a lei nem os contratos o regulam, há, ao lado da racionalidade econômica que pauta as decisões empresariais, normas sociais e práticas arraigadas que orientam as relações de trabalho na esfera local. (NORONHA, 2000).

2 A GLOBALIZAÇÃO E AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO

2.1 RELAÇÕES DE TRABALHO E SISTEMAS PRODUTIVOS

As relações de trabalho estão estreitamente vinculadas ao modo específico como se organizam os sistemas produtivos; vale dizer que os conflitos entre capital e trabalho não surgem por acaso nem pairam, etéreos, como se fossem produto

de desvarios. Toda a reflexão voltada para o aprimoramento das relações de trabalho sempre diz respeito, direta ou indiretamente, ao que ocorre efetivamente na estrutura produtiva. É daí efetivamente que surgem e se configuram os maiores (e os menores) problemas que são o objeto da macropolítica, das revoluções, das teorias econômicas e dos estudos e soluções apresentadas pelo Direito.

Então, quando se pretende analisar a regulação das relações de trabalho não se pode dissociar essa análise das especificidades dos sistemas produtivos que vêm se destacando desde o final do século XIX. A lógica dos sistemas produtivos afeta sobremaneira os aspectos concernentes à exploração do trabalho ou às condições de trabalho e das contratações, à estipulação salarial, aos índices de desemprego, à segurança do trabalho, etc. Cabe reconhecer, porém, que dois dos mais importantes desses sistemas, o taylorismo e o fordismo, não mais trazem respostas prontas e satisfatórias para o mundo da produção globalizada.

Frederick Taylor (1856-1915) desenvolveu uma concepção de administração científica, fundamentada no objetivo de sistematizar ao máximo o processo de trabalho, criando métodos para a execução das tarefas da melhor forma possível, por meio da especialização rigorosa e padronizada das tarefas no processo produtivo.

Henry Ford (1863-1947) se apropriou de muitas das ideias de Frederick Taylor, constituindo, assim, o sistema de produção fordista. A palavra “fordismo” foi criada nos anos 1930 pelos socialistas Antonio Gramsci e Henri de Man e expressa características próximas ao taylorismo, tais como: adoção de um sistema de produção contínuo, através de uma linha de montagem com esteira rolante; fragmentação e rotinização das tarefas realizadas pelos trabalhadores; noção rígida de especialização; rígido controle do tempo de execução das tarefas; e monitoração contínua dos trabalhadores através de vários mecanismos de vigilância.

Pode-se identificar também um sistema pós-fordista, marcado por uma “especialização flexível”, que adota uma tecnologia mais flexível e que conta com trabalhadores polivalentes capazes de trabalhar em equipe para a produção de bens mais individualizados visando atender a demandas de consumo específicas. Por óbvio, a possibilidade de introduzir alterações constantes nos produtos requer o uso de novas tecnologias baseadas na computação.

Todavia, a ideia do pós-fordismo é problemática. O termo é usado em referência a um conjunto de mudanças sobrepostas que estão ocorrendo, não apenas no domínio do trabalho e da vida econômica, mas na sociedade como um todo. Alguns autores afirmam que a tendência para o pós-

fordismo pode ser vista em esferas tão diversas quanto a política partidária, os programas de bem-estar social e as opções de estilo de vida e consumo. Embora os observadores da sociedade contemporânea possam apontar para muitas das mesmas mudanças, não existe consenso sobre o significado exato do pós-fordismo ou, de fato, se essa sequer é a melhor maneira de entender o fenômeno que temos testemunhado. (GIDDENS, 2012, p. 633).

Diante desse novo processo produtivo, a flexibilidade do trabalho implica a superação da rigidez da separação entre trabalho intelectual e manual, bem como a mitigação da especialização absoluta do trabalhador. Vale dizer que a competência dos trabalhadores passa a ser mais bem incorporada na produção, por força da maior autonomia por eles usufruída, o que lhes permite atuar na estrutura produtiva de tal forma que há uma suavização da própria organização hierárquica empresarial – daí a valorização da capacitação para o trabalho em equipe, em que a contribuição intelectual do trabalhador adquire relevância.

Nesse sentido, o trabalho num cargo imutável, com um conjunto fixo de funções vem sendo progressivamente substituído pela desverticalização operacional, com base na qual os trabalhadores atuam em vários setores numa mesma empresa, trabalhando juntamente com outros profissionais de diferentes especialidades e habilidades com o objetivo de obter melhores resultados na produtividade e na resolução de problemas.

O modelo da especialização flexível implica, portanto, que os trabalhadores desenvolvam habilidades múltiplas, capazes de suportar um maior número de responsabilidades, que incluem a capacidade de pensar, decidir e agir. Para tanto, há a necessidade de o trabalhador se submeter a constantes treinamentos para conseguir acompanhar as mudanças que cercam todo o processo produtivo. (GIDDENS, 2012, p. 633).

Pode-se admitir que a base para a constituição desse novo modelo produtivo de “especialização flexível” foi o “sistema Toyota de produção” ou toyotismo. Essa avaliação foi reforçada após a Toyota ter ultrapassado a norte-americana General Motors na produção mundial de veículos, no primeiro trimestre de 2007, desbancando uma liderança que a GM sustentou por 73 anos. (TOYOTA, 2007).

É quase certo, contudo, que o fordismo vem passando por algumas alterações, sem que esteja havendo propriamente uma superação do sistema fordista. Afinal, as técnicas de produção em massa ainda dominam

vastos segmentos industriais, mesmo num mundo em que a globalização fundamenta os processos econômicos.

No interior das empresas japonesas, é possível, inclusive, identificar significativos índices de estresse e desgaste físico e mental no trabalho, tendo aumentado o fenômeno, por exemplo, do *karoshi* – a morte por trabalho estafante. Deve-se considerar também que o poder sindical fica enfraquecido diante de acordos mais individualizados entre os trabalhadores e as empresas porque as práticas e as ações coletivas perdem a força nesse processo. Muitos sindicatos, inclusive, atuam no sentido de promover a interação de trabalhadores e empresa, de tal forma que os empregados passam a assumir o papel de agentes internos à produção. (GIDDENS, 2012, p. 633, 635-637).

Noutro sentido, o sistema de “especialização flexível” está fundamentado no aumento das exigências de qualificação do trabalhador, o que faz crer que ofertas de trabalho sempre estariam garantidas para todos aqueles que alcançassem patamares significativos de qualificação profissional. O que se observa, no entanto, é o aumento dos índices de desemprego mesmo naqueles segmentos de trabalhadores altamente qualificados profissionalmente. Além disso, responsabilizar individualmente o trabalhador pela sua situação de desempregado, por nunca ter uma qualificação suficiente, pode agravar problemas sociais que estejam relacionados ao mercado de trabalho. (GIDDENS, 2012, p. 651-659).

Como se isso não bastasse, a Volkswagen ultrapassou a Toyota em vendas globais de veículos no primeiro semestre de 2015, dando um claro sinal de que a combinação entre sistemas produtivos e relações de trabalho não apresentará padrões fixos no mundo global do século XXI. (VOLKSWAGEN, 2015).

2.2 CADEIAS PRODUTIVAS GLOBAIS E FLEXIBILIZAÇÃO DO TRABALHO

Se se considera o fim da Guerra Fria como marco inicial do processo de globalização, já lá se vão quase 30 anos de transformações peculiares no mundo do trabalho. Nesse contexto, o colapso das experiências socialistas estimulou importantes reflexões sobre a validade ou a viabilidade do controle estrito do Estado sobre a economia. A globalização não deve ser vista como uma panaceia teórica para explicar e justificar quaisquer abordagens ou análises sobre a realidade: o termo “globalização” assumiu o papel de “garrafada” para resolver os males da falta de imaginação, de empenho ou de criatividade necessários ao enfrentamento das dificuldades inerentes à compreensão da contemporaneidade do mundo. De qualquer

forma, para prevenir empolgações pueris não devemos esquecer o keynesiano John Kenneth Galbraith, que declarou:

Globalização é um termo que eu não uso. Não é um conceito sério. Nós, os americanos, o inventamos para dissimular nossa política de entrada econômica nos outros países. E para tornar respeitáveis os movimentos especulativos de capital, que sempre são causa de graves problemas. (CARRETO, 1997).

Para não cair nessa armadilha, cabe definir o termo “globalização” a partir de algumas de suas características essenciais, como um período da história em que:

1. a energia nuclear permanece como a mais poderosa técnica de guerra, porém encontra-se mais acessível para nações de segundo e de terceiro escalão;
2. a tecnologia da informação amplia as possibilidades de difusão e acesso à informação;
3. ocorre a reorganização do sistema financeiro internacional para atender ao imenso e intenso fluxo diário de capitais pelo planeta e à universalização em grande escala da reprodução ampliada do capital;
4. as organizações empresariais e financeiras globais influenciam amplamente as relações econômicas mundiais, envolvendo a dinâmica dos meios de produção, das forças produtivas, da tecnologia, da divisão internacional do trabalho e do mercado global;
5. inglês se consolida como idioma universal;
6. a ideologia neoliberal adquire força como forma de gestão política e econômica e como um valor social;
7. por fim, em que se verifica a intensificação da desterritorialização de pessoas, coisas e ideias. (IANNI, 1993, p. 58-59).

Considerando-se, então, apenas o período posterior à década de 1980, identificam-se aceleradas e intensas transformações na atividade produtiva, levando a grandes mudanças nos níveis da produtividade, impactando os indicadores de informalidade do mercado de trabalho, as formas de relacionamento entre as empresas e entre os sindicatos de trabalhadores

e os empregadores, atingindo, portanto, as formas de organização da produção, os índices de emprego e as próprias relações de trabalho. Por óbvio, as garantias e os direitos sociais e trabalhistas também sofreram a interferência dessas transformações.

Dentre os efeitos que a globalização vem provocando no mundo do trabalho destacam-se os que afetam os padrões de comércio internacional; os que consolidam a percepção de que é preciso construir uma carreira profissional de forma ainda mais individualista, tendo-se em vista a possibilidade de mudar de emprego várias vezes durante a vida e a necessidade de desenvolver permanentemente novas capacidades e habilidades; e os que contribuem para o surgimento de formas de trabalho mais flexíveis, envolvendo o trabalho domiciliar auxiliado pela tecnologia de informação, o trabalho em equipe, o cumprimento de tarefas múltiplas, a adoção de horários flexíveis de trabalho, etc.

A Sociologia encontrou uma denominação para identificar a força de trabalho “flexível”: são os “trabalhadores por portfólio”, que:

Terão um “portfólio de habilidades” – diversas habilidades e credenciais profissionais diferentes – que usarão para alternar entre vários empregos e tipos de trabalhos no decorrer de sua vida profissional. Apenas uma proporção relativamente pequena de trabalhadores terá uma “carreira” contínua no sentido atual. De fato, segundo os proponentes, a ideia de um “emprego vitalício” está se tornando coisa do passado. (GIDDENS, 2012, p. 651).

No campo da política, destaca-se o enfraquecimento dos sindicatos:

O declínio na participação e na influência dos sindicatos é um fenômeno geral nos países industrializados e não pode ser explicado inteiramente em termos de pressão política aplicada por governos de direita contra os sindicatos. Os sindicatos geralmente se enfraquecem durante períodos em que o desemprego é relativamente alto [...]. A tendência de uma produção mais flexível deve diminuir a força do sindicalismo, que viceja quando existem muitas pessoas trabalhando juntas em grandes fábricas. Ainda assim, os sindicatos têm lutado para estabilizar sua posição e continuam sendo uma força significativa na maioria dos países ocidentais. Devido às chances relativamente fracas de poder de trabalhadores individuais em relação aos poderosos patrões, é improvável que a força coletiva que os sindicatos produzem desapareça totalmente. (GIDDENS, 2012, p. 637).

Além disso, a globalização promoveu alterações nos padrões mundiais de consumo, o que incentivou as grandes empresas a considerar a necessidade de atender a demandas específicas por produtos inovadores, variados, flexíveis e de alta qualidade. Nesse contexto, a emergência da “economia do conhecimento” prognostica que as atividades de planejamento, desenvolvimento, tecnologia, marketing, venda e manutenção dos bens materiais assume importância decisiva diante das tradicionais tarefas de produção e distribuição físicas desses bens. Mais especificamente, os trabalhadores da “economia do conhecimento” são cada vez mais auxiliados pelos avanços e inovações da ciência e da tecnologia que, por sua vez, estão baseados em ideias, informações e novas formas de conhecimento que surgem continuamente.

Por isso, pode-se admitir ser abstrata a discussão sobre se é melhor um mercado livre ou um mercado regulado – é preferível avaliar quanta regulação deve ser admitida. Afinal, a regulação do mercado está condicionada por muitos fatores: por grupos de interesse com poder de influência variável, por atores econômicos movidos por diferentes princípios e valores e pela possibilidade de distribuição social diversificada de custos e benefícios. (BRYM, 2008, p. 305). Por isso, as discussões em torno da esfera do trabalho implicam considerar as relações de força entre os agentes políticos e econômicos. É preciso verificar a capacidade de esses grupos influenciarem a tomada de decisões.

Ocorre que num mundo em que as próprias relações de força de grupos de interesse também transcendem fronteiras meramente locais, não há como ignorar os movimentos ou os fluxos intensos de ideias e de capital pelo mundo. O conflito entre o capital e o trabalho adquiriu, nas últimas décadas do século XX, peculiaridades e uma dinâmica que diz respeito, entre outras circunstâncias, a formas originais e específicas de organização do sistema produtivo que incluem as novas tecnologias de informação. Esse aparentemente é um dado irrelevante, mas o fato é que tais tecnologias mudam bastante, no presente, as relações de trabalho e, ainda mais importante: anunciam extraordinárias e radicais transformações num futuro não tão distante.

A nova estrutura ocupacional atual deve ser vista sob uma perspectiva global. Uma boa razão para tal é que a produção e a prestação de muitos serviços hoje envolvem pessoas que trabalham coletivamente através de várias fronteiras nacionais. De um modo geral, isso é resultado do fato de que várias empresas do mundo desenvolvido mudaram alguns de seus processos para o mundo em desenvolvimento, onde o trabalho é feito com menor custo, mantendo ou aumentando a lucratividade [...]. Esse processo é chamado de *offshoring* (às vezes *outsourcing*/terceirização internacional) e, embora não seja um acontecimento recente, existe um

grande debate atualmente sobre o futuro do *offshoring* e suas consequências, particularmente para os países industrializados. (GIDDENS, 2012, p. 650).

Diante desse cenário e do impacto das novas tecnologias da informação no local de trabalho, é possível considerar duas abordagens básicas: de um lado, uma visão que entende que a internet, o e-mail, a teleconferência e o comércio eletrônico são capazes de desenvolver novas formas de trabalhos mais flexíveis e, dessa forma, contribuem para reduzir os aspectos repetitivos e alienantes do processo de trabalho e conferem maior autonomia para os trabalhadores; de outro lado, uma interpretação mais cautelosa salienta que o uso das tecnologias de informação podem ser usadas tanto para proporcionar melhores condições de trabalho como para ampliar a vigilância e fortalecer hierarquias capazes de penalizar ainda mais os empregados. Inegável é o fato de que certos segmentos da economia e os trabalhadores qualificados tendem a ser mais beneficiados pelo uso dessas tecnologias do que os trabalhadores sem especialização ou com baixa qualificação profissional.

Um aspecto a ser considerado nesse ponto é o que diz respeito às cadeias produtivas globais, que expressam a globalização da manufatura e, por extensão, a formação de redes mundiais de mão de obra e de processos de produção para gerar mercadorias: “Essas redes consistem em todas as atividades cruciais de produção, que formam uma ‘cadeia’ intimamente conectada que se estende das matérias-primas necessárias para criar o produto até o seu consumidor final”. (GIDDENS, 2012, p. 108-109).

Com características como essas não é difícil perceber o quanto o mundo globalizado está se distanciando dos mecanismos ou das formas de produção aplicadas pelo fordismo. Claro está que o fordismo ainda não desapareceu do mundo econômico, mas não se encontra na posição de ser um caminho a percorrer com ânimo. Os modelos de regulação do trabalho não foram construídos de forma descolada da realidade da produção – foi com base nos desafios impostos pelas forças sociais e econômicas operantes no sistema econômico que surgiram as respostas ou as medidas para transpor as barreiras à suavização (ou até mesmo à supressão) do conflito entre capital e trabalho. De qualquer forma, os mecanismos de *downsizing* organizacional (medidas para racionalização da produção e redução de custos) não são uma novidade da globalização econômica.

Isso equivale a afirmar que o processo de reestruturação do modelo legislado brasileiro não pode ver pelas costas o que se passa na realidade pelo singular motivo de que é o plano da realidade que define as possibilidades e os limites dessa mesma reestruturação. Dessa forma, a superação do fordismo pela globalização exige novos projetos para serem aplicados a uma nova realidade,

não sendo admissível que a mera repetição de modelos consolidados ou um eventual retorno à aplicação de modelos passados possa abrir horizontes mais promissores para o sistema produtivo. Certamente, esse quadro ameaça interesses políticos já configurados e altera a correlação de forças estabelecida na arena política. Todo o período de transição é marcado por incertezas e inseguranças, mas é preciso atravessá-lo da maneira o menos traumática possível, ainda que não seja admissível pensar numa travessia sem conflitos.

3 A TERCEIRIZAÇÃO E A HIPÓTESE DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

No Brasil, a discussão sobre terceirização do trabalho ganhou fôlego após a aprovação, em 22 de abril de 2015, na Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei nº 4.330/2004, que dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes. Esse Projeto de Lei é de autoria do deputado Sandro Mabel, que, à época da apresentação à Câmara, estava filiado ao Partido Liberal-GO. Agora, esse Projeto de Lei tramita no Senado, na Comissão de Assuntos Econômicos, como “Projeto de Lei da Câmara nº 30, de 2015 – Agenda Brasil 2015”. A ANAMATRA chegou a apoiar uma campanha contrária ao PL nº 4.330/2004, intitulada “Todos contra a terceirização” (ANAMATRA, 2014) – alguns dos argumentos apresentados nessa campanha serão discutidos a seguir.

Antes, porém, ressalte-se que o PLC nº 30/2015 já foi visto até mesmo como uma alternativa “menos liberal” à Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, que amplia as possibilidades de terceirização do trabalho. Mesmo com a publicação da Lei nº 13.429/2017, decidiu-se que o PLC nº 30/2015 continuará tramitando no Senado. (PROJETO, 2017; SENADO, 2017). Não se pode esquecer também que foi outro Projeto de Lei da Câmara, o de nº 4.302/1998, que deu origem à Lei nº 13.429/2017. Por isso, faz todo sentido examinar o que dispõe o PLC nº 30/2015, que ainda poderá trazer mudanças ao panorama atual da terceirização do trabalho.

Dessa forma, no art. 2º, I, o PL nº 30/2015 que a terceirização deve ser considerada como “a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei”. (BRASIL, 2015).

Chama a atenção que o PL nº 30/2015 excluiu estatais e empresas de economia mista da terceirização das chamadas “atividades-fim”, que só será admitida para as empresas privadas:

Art. 1º Esta Lei regula os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes.

[...]

§ 2º As disposições desta Lei não se aplicam aos contratos de terceirização no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

[...]

Art. 4º É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

[...]

§ 2º A exceção prevista no *caput* deste artigo no que se refere à formação de vínculo empregatício não se aplica quando a contratante for empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como suas subsidiárias e controladas, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, 2015).

Não parece haver justificativa razoável para estabelecer essa diferença entre agentes econômicos públicos e privados, como se os trabalhadores da iniciativa privada e os das empresas públicas e de economia mista tivessem importância desigual e não merecessem ter um tratamento isonômico, considerando-se o aspecto da terceirização. Ainda que se considerem as importantes peculiaridades do serviço público e da sua natureza, vale perguntar: o trabalho do terceirizado num e noutro lugar, afinal, é tão diferente? O trabalhador é tão especial num determinado ambiente e deve ser menos considerado noutro?

O fato é que o custo político de contrariar o corporativismo sindical é alto e muitos políticos tendem a se mostrar particularmente sensíveis à aprovação de medidas que podem fazê-los perder o apoio de trabalhadores. Mas são eleitores tanto os trabalhadores das empresas públicas quanto os das empresas privadas e de economia mistas; não é muito coerente admitir a terceirização para uns e negá-las para outros como se se tratasse de cidadãos de qualidade diferentes a merecerem um respeito ou cuidados diferenciados.

Com efeito, tanto trabalhadores quanto empresários saem de uma situação de muita incerteza e – por que não dizer? – precariedade para uma situação de melhor regulação, de melhor definição de garantias

jurídicas ou de proteção de direitos. Por exemplo, a contratante passa a ter responsabilidade solidária pelos direitos trabalhistas dos terceirizados sem que a empresa terceirizada fique isenta:

Art. 15. A responsabilidade da contratante em relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias devidas pela contratada é solidária em relação às obrigações previstas nos incisos I a VI do art. 16 desta Lei. (BRASIL, 2015).

Outro aspecto que chama atenção é o requisito da especialidade para a contratação da empresa terceirizada, o que traz maior segurança para as relações de trabalho e para o próprio trabalhador:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

II - contratante: a pessoa jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados, específicos e relacionados a parcela de qualquer de suas atividades com empresa especializada na prestação dos serviços contratados, nos locais determinados no contrato ou em seus aditivos; e

III - contratada: as associações, sociedades, fundações e empresas individuais que sejam especializadas e que prestem serviços determinados e específicos relacionados a parcela de qualquer atividade da contratante e que possuam qualificação técnica para a prestação do serviço contratado e capacidade econômica compatível com a sua execução.

[...]

§ 3º A contratada deverá ter objeto social único, compatível com o serviço contratado, sendo permitido mais de um objeto quando este se referir a atividades que recaiam na mesma área de especialização.

[...]

Art. 3º [...]

§ 2º A terceirização ou subcontratação pela contratada de parcela específica da execução do objeto do contrato somente poderá ocorrer

quando se tratar de serviços técnicos especializados e mediante previsão no contrato original.

[...]

Art. 8º Quando o contrato de prestação de serviços especializados a terceiros se der entre empresas que pertençam à mesma categoria econômica, os empregados da contratada envolvidos no contrato serão representados pelo mesmo sindicato que representa os empregados da contratante, na forma do art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (BRASIL, 2015).

Diante da globalização econômica e financeira é preciso que os agentes econômicos pensem estrategicamente, sem espaço para imprevisibilidades ou incertezas persistentes. Em que pese a possibilidade de o PLC nº 30/2015, se aprovada, impactar negativamente os níveis de arrecadação obtidos pelo Estado, há que se reconhecer que a terceirização do trabalho simplifica o planejamento empresarial, na medida em que contratar empresas especializadas é melhor que contratar e demitir periodicamente trabalhadores temporários. Muito possivelmente, se a terceirização ocorrer no âmbito das atividades-fim contínuas das empresas, ocorrerá uma elevação de custos operacionais e, portanto, não será realizada. Além disso, é pouco provável que uma empresa terceirize a atividade que lhe dá vantagem competitiva no mercado. De outro lado, frise-se que está cada vez mais complicado diferenciar “atividades-fim” de “atividades-meio” diante da dinâmica da economia global. Contudo, é o que também pretende a Súmula nº 331 do TST:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

[...]

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. (BRASIL, 2011).

Toda a reflexão elaborada sobre as relações de trabalho e as novas formas de organização da produção diante da consolidação das cadeias globais de produção autoriza a reflexão sobre a viabilização da terceirização de todas as atividades. De fato, a análise do contexto global de produção não

permite diagnosticar peremptoriamente que a adoção de tal medida implica necessariamente a precarização das condições de trabalho e a desqualificação jurídica do trabalhador. Há uma realidade, um contexto socioeconômico de produção que vem se constituindo, pelo menos, desde o fim dos anos 1980 e é preciso pensar se os custos de desafiar ou simplesmente ignorar esse contexto não levará, aí sim, à precarização e à desqualificação do trabalho e do trabalhador.

O maior desafio é tentar alcançar a melhoria das condições de trabalho e uma melhor qualificação do trabalhador diante do contexto da produção global de bens e serviços, que não está a retroceder ou dar mostras de enfraquecimento. O desafio, então, é o de integrar o país na cadeia global de produção, admitindo maior flexibilização do sistema produtivo, preservando garantias e direitos compatíveis com a realidade posterior aos anos 1980. Preservar garantias e direitos constituídos com base na lógica e da dinâmica da acumulação capitalista dos anos 1940 é que pode promover atraso e baixos índices de desenvolvimento por causa da força e da extensão do espaço de concorrência entre agentes econômicos que atuam agilmente em nível planetário com progressiva ampliação da capacidade competitiva. A contemporaneidade econômica do mundo clama pela atualização das regras trabalhistas.

Nesse contexto, mecanismos que tendem a fortalecer o papel do Estado na economia podem inibir ou impedir a inserção do país na economia global. Claro está que o mercado não deve se mover sem controle, mas o controle deve ter a dimensão das exigências que proporcionem efetivamente a produção de bens e serviços ao invés de reduzir essa produção e levar a crises sociais agudas ocasionadas pelo aumento do desemprego, fuga de investimentos, atraso na realização de obras infraestruturais, etc. Em princípio, a iniciativa privada tende a ser mais apta para atuar como protagonista da realização de investimentos do que a esfera pública. Assim, a Operação Lava-Jato, por exemplo, representa uma ação do controle estatal para, inclusive, bem disciplinar a ação dos agentes econômicos (privados e públicos), repercutindo no sentido do funcionamento institucionalmente eficiente e profícuo do mercado interno.

É preciso ter cautela, portanto, ao se pretender igualar o PLC nº 30/2015 com a extinção de direitos trabalhistas: o trabalhador deverá ter os seus direitos respeitados pela empresa que contratá-lo. Como restou demonstrado, o sistema produtivo e as relações de trabalho não são realidades estáticas, mas se transformam continuamente juntamente com uma série de outros fatores que envolvem desde a tecnologia até os costumes. Direitos e deveres passam por mudanças e o campo do trabalho não tem como ficar imune a essas mudanças. A terceirização manifesta, nesse sentido, um aspecto das modificações na estrutura produtiva atingida

pela globalização econômica. Não há, portanto, que se falar em supressão dos direitos dos trabalhadores, mas, sim, é apropriado considerar que o campo dos direitos trabalhistas está se adequando a novas formas de organização da produção que exigem um alcance de eficiência compatível com a necessidade de inserção na economia global.

Fato é que o PLC nº 30/2015 não pode ser discutido apenas com base nas características econômicas internas do Brasil ou apenas com base nas peculiaridades históricas nacionais da evolução dos direitos trabalhistas. Toda a análise que isole o país da realidade das cadeias produtivas globais está fadada a uma incompletude que é fatal para a compreensão de quais limites devem cercar as reformas trabalhistas para não agravar a insegurança no emprego.

O PLC nº 30/2015 traz proteção aos direitos do trabalhador terceirizado, dá garantias aos empresários e dinamiza a contratação de trabalhadores. A medida da eficiência do trabalhador terceirizado deve ser dada pelo próprio funcionamento do mercado. Senão, vejamos: uma empresa não irá comprometer a qualidade dos produtos que vende ou dos serviços que oferece se isso vier a afastar os seus clientes ou consumidores. Esse raciocínio ganha em validade tanto mais se o mercado for competitivo – a concorrência tende a forçar a melhoria dos serviços prestados pelos terceirizados por força da competição entre as empresas contratantes e por causa do comportamento dos consumidores.

Note-se também que a Constituição de 1988 regula as relações de trabalho e que a legislação aprovada no Congresso Nacional deve, por óbvio, atender aos dispositivos constitucionais. Por isso mesmo, a judicialização da legislação aprovada é um dado da realidade e está concretizada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5735, ajuizada pelo Procurador-Geral da República em junho.

Na ADI nº 5735 a Procuradoria-Geral alega que a Lei nº 13.429/2017:

1. desconsidera os dispositivos constitucionais que protegem o regime geral de emprego direto (desconsidera a função social das empresas, o princípio da isonomia e a regra do concurso público nas empresas estatais exploradoras da atividade econômica);
2. viola normas internacionais de Direitos Humanos (Declaração de Filadélfia; Convenções 29 e 155 da Organização Internacional do Trabalho; Pacto de São José da Costa Rica; Carta da Organização dos Estados Americanos; e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais);

3. promove um “retrocesso social desarrazoado”;
4. padece de inconstitucionalidade formal, porque “não houve deliberação, pela Câmara dos Deputados, de requerimento de retirada da proposição legislativa, formulado por seu autor, o Presidente da República [Luís Inácio Lula da Silva, em 2003], antes da votação conclusiva”. (BRASIL, 2017b, p. 10).

A iniciativa da Procuradoria-Geral da República não deixa de expressar o descompasso entre a dinâmica do mundo econômico e a lógica jurídica; mas é necessário convir que tal descompasso confunde-se com a própria história da humanidade. Ainda assim, a tentativa de superar essa tensão pode proporcionar mais um dos grandes momentos da história do Direito, em que prevaleça a dignidade da pessoa humana. Contudo, não cabe peremptoriamente afirmar que é a lógica jurídica ou a da acumulação do capital que deve prevalecer, como se fossem irremediavelmente incompatíveis. Observe-se, inclusive, que as Emendas Constitucionais e que as decisões jurisprudenciais, notadamente as do Supremo Tribunal Federal, buscaram adequar a Carta de 1988 a demandas sociais e econômicas não previstas pelo Poder Constituinte.

Nesse contexto, os trabalhadores terceirizados terão que ser melhor treinados para atuar num mercado gradualmente mais competitivo que irá exigir terceirizados com maior qualificação profissional. Não é um despropósito, então, pensar na possibilidade de haver uma evolução salarial entre os empregados terceirizados. O aumento da produtividade do trabalho e a maior demanda por mão de obra é que são determinantes para a elevação dos salários e não apenas a lei.

4 CONCLUSÃO

Tantas e tão rápidas e intensas são as transformações no campo do sistema produtivo e, por consequência, das relações de trabalho, que qualquer análise fundada em concepções unilaterais não conseguirá alcançar a complexidade dos efeitos do processo de globalização, intensificado a partir de 1980. Acima de quaisquer concepções científicas frias e tecnicidades jurídicas estão os trabalhadores e as suas respectivas famílias e as medidas que levam à flexibilização do trabalho podem, de fato, tornar inseguro o emprego e incertos os planos para a carreira profissional.

O papel relevante assumido pela prestação de serviços em comparação com o da economia fabril e a importância da tecnologia da informação são dois dentre os fatores que indicam que, efetivamente, é legítimo pensar numa maior desestabilização do trabalho. São cada vez maiores e mais difíceis os requisitos para a ampliação de habilidades e de conhecimentos com o objetivo de garantir a permanência do trabalhador no mercado. A partir daí é que a terceirização implica grandes desafios para as expectativas formadas, pois que são inéditos os processos de adaptação que devem ser mobilizados para que os indivíduos não se sintam desajustados nesse contexto.

Com efeito, o trabalho tem um significado social que transcende o mero recebimento regular de salário e inclui desde a possibilidade de aquisição de novos conhecimentos e alcança a possibilidade de estabelecer contatos sociais, bem como o incremento da identidade pessoal. Contudo, a realidade é que, sendo legislado, no Brasil, o modelo de regulação do trabalho e estando o país inserido num contexto econômico global com ambição de obter maior inserção nas cadeias globais de produção econômica não há como deixar de participar de um debate sobre alterações legislativas que levem a uma flexibilização que implique também uma reestruturação do modelo legislado.

Nesse sentido, o exame do PLC nº 30/2015 é uma oportunidade para reavaliar a importância de manter ou de abandonar certos princípios e normas jurídicas e até mesmo formas de pensar o mundo do trabalho. O mais difícil talvez seja aceitar que valores arraigados não mais servem para pautar as lutas políticas e os projetos de vida, porque é da natureza do modo capitalista de produção uma notável capacidade para impulsionar mudanças e a elas se adaptar com rapidez. Afinal, não parece factível que a socialização dos meios de produção ou uma brutal intervenção do Estado na economia (mesmo sob a forma do chamado “bolivarianismo”) torne melhor a vida dos trabalhadores e da população em geral...

O modelo legislado deve ser necessariamente repensado complementarmente à percepção do papel que o Brasil vem assumindo no conjunto das nações; o plano global não deve ser visto como uma situação oposta à do país, mas como uma oportunidade de aperfeiçoamento das relações de trabalho. Para tanto, é preciso encarar o desafio da mudança, as incertezas decorrentes da superação dos modelos tradicionais de regulação e as restrições e alargamentos concernentes à fluidez característica do processo de globalização econômica.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA; *Movimento Humanos Direitos*. Todos contra a terceirização. Instituto DECLATRA, Curitiba-PR, 03 set. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=x3p2JqdX3bU&index=1&list=PLx2RXuw3JOogJnNu_urxbHIUQSNdatjAE>. Acesso em: 30 abr. 2017.

BRASIL. *Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.330, de 2004*. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

_____. Congresso Nacional. Senado. *Projeto de Lei da Câmara nº 30, de 2015*. Dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes. Brasília-DF. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

_____. *Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017*. Altera dispositivos da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília-DF, mar. 2017a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 21 jul. 2017.

_____. *Ministério Público Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5735. Lei nº 13.429/2017. Arts. 2º, 4º-A, 5º-A, 9º, § 3º, e 10 da Lei 6.019/1974, na redação da Lei 13.429/2017. Ampliação do regime de locação de obra temporária para atividades permanentes de empresas tomadoras. Terceirização de atividades finalísticas de empresas públicas e privadas. Brasília-DF, 22 jun. 2017b*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgf/documentos/ADI5735.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331*. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Brasília-DF, maio 2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 30 abr. 2017.

BRYM, Robert et al. *Sociologia: sua bússola para um novo mundo*. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

CARDOSO, Adalberto Moreira. Direito do trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo. In: Vianna, Luiz Werneck (Org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CARRETO, Enio. Para Galbraith, crise asiática serviu para NY realizar lucros. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 02 nov. 1997. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/11/02/dinheiro/23.html>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

IANNI, Octavio. *A sociedade global*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

NORONHA, Eduardo G. O modelo legislado de relações de trabalho no Brasil. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582000000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 abr. 2017.

PROJETO sobre terceirização continuará sendo analisado pelo Senado, diz Eunício. *Senado Notícias*, Brasília-DF, 04 abr. 2017. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/04/projeto-sobre-terceirizacao-continuara-sendo-analisado-pelo-senado-diz-eunicio>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

SENADO pode votar projeto alternativo sobre terceirização. *Senado Notícias*, Brasília-DF, 23 mar. 2017. Disponível: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/03/23/senado-pode-votar-projeto-alternativo-sobre-terceirizacao>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

TOYOTA ultrapassa GM e se torna líder mundial no setor automotivo. *O Globo*, Rio de Janeiro, 24 abr. 2007. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/toyota-ultrapassa-gm-se-torna-lider-mundial-no-setor-automotivo-4195170>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

VOLKSWAGEN ultrapassa Toyota e lidera venda global de veículos. *Valor econômico*, São Paulo, 28 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4153164/volkswagen-ultrapassa-toyota-e-lidera-venda-global-de-veiculos>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

RECEBIDO EM: 15/04/2017

APROVADO EM: 30/10/2017

TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL PARA REVISAR PENSÃO POR MORTE DERIVADA DE OUTRO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

***INITIAL TERM OF THE DECADENCE TO REVIEW DEATH PENSION
DERIVED FROM ANOTHER SOCIAL SECURITY BENEFIT***

Leonardo Bas Galupe Lagos

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - UFPel.

*Especialista em Direito Público - UNIDERP. Especialista em Direito Processual
Civil - IBPEX. Procurador Federal - AGU.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações iniciais acerca da prescrição e da decadência; 1.1 Pontos em comum entre a prescrição e a decadência; 1.2 Diferenças entre a prescrição e a decadência; 2 Prescrição e decadência dos benefícios previdenciários; 2.1 Decadência do direito de revisão do ato de concessão ou indeferimento; 2.2 Prescrição das prestações vencidas; 2.3 Decadência para a administração rever seus próprios atos (autotutela previdenciária); 2.4 Prescrição em caso de acidente do trabalho; 3 Termo inicial do prazo decadencial para

revisar pensão por morte derivada de outro benefício previdenciário; 3.1 Considerações gerais; 3.2 Primeira corrente: o termo inicial é a data de início da pensão por morte; 3.3 Segunda corrente: o termo inicial é a data de início do benefício originário; 4 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente trabalho possui como objetivo principal debater a controvérsia existente acerca de qual é o termo inicial do prazo decadencial para revisar pensão por morte derivada de outro benefício previdenciário. Para tanto, através de pesquisa bibliográfica, foram identificados a partir da análise da doutrina e da jurisprudência os argumentos que sustentam as diferentes teses a respeito o tema. De início, o artigo desenvolve os aspectos gerais sobre a prescrição e a decadência como institutos aplicáveis a todas áreas jurídicas, apontando os pontos em comum e as divergências entre eles, perpassando, na sequência, a explorar suas particularidades na seara do direito previdenciário, analisando individualmente os dispositivos legais constantes da Lei n. 8.213/91 que tratam sobre a temática. Após a digressão sobre conceitos gerais, imprescindíveis à compreensão do debate, o trabalho passa a revelar a importância prática do assunto, concluindo que existe um entendimento dominante que sustenta que o termo *a quo* do prazo decadencial para o dependente pleitear a revisão de sua pensão por morte conta a partir da concessão deste benefício, e não da data inicial da aposentadoria originária que o instituidor da pensão recebia enquanto vivo. Entretanto, em que pese a existência de uma corrente majoritária, o artigo conclui que o debate ainda está plenamente aberto, gerando intensa insegurança jurídica aos jurisdicionados, pelo que competirá aos tribunais superiores fixar a tese definitiva de modo mais breve possível.

PALAVRAS-CHAVE: Termo Inicial. Decadência. Revisão. Pensão por Morte Derivada.

ABSTRACT: The main objective of this paper is to discuss the existing controversy about what is the initial term of the decadence period to revise the death pension derived from another social security benefit. In order to do so, through bibliographical research, the arguments that support the different theses regarding the subject were identified from the analysis of doctrine and jurisprudence. Initially, the article develops the general aspects about prescription and decadence as institutes applicable to all legal areas, pointing out the common points and divergences between them, and then exploring their particularities in the field of social security law, analyzing individually the legal provisions contained in Law no. 8.213/91 which deal with the subject. After the digression on general concepts, essential to the

understanding of the debate, the work reveals the practical importance of the subject, concluding that there is a dominant understanding that maintains that the term *a quo* of the decadence period for the dependent to claim the revision of his death pension from the granting of this benefit, and not from the original retirement date that the pensioner received while living. However, despite the existence of a majority chain, the article concludes that the debate is still fully open, causing intense legal uncertainty to the courts, and it will be up to the higher courts to fix the definitive thesis as soon as possible.

KEYWORDS: Initial Term. Decadence. Review. Death Pension Derived.

INTRODUÇÃO

Como sabido, não raras vezes, o segurado da Previdência Social está recebendo aposentadoria ao tempo de seu falecimento, gerando o pagamento de pensão por morte a seus dependentes. Caso tenha havido um equívoco da autarquia previdenciária ao calcular a renda mensal inicial do benefício originário, esse erro refletirá no valor da pensão por morte derivada, que deve ser paga na mesma quantia da aposentadoria que recebia o instituidor da pensão.

Ainda que o segurado, enquanto vivo, não tenha tido o interesse de postular a revisão de seu benefício, há quem sustente que o dependente pode solicitar a revisão da sua pensão por morte, ainda que a raiz do problema se encontre no momento do cálculo da aposentadoria originária. Ocorre, porém, que o interessado deverá provocar o INSS dentro de um prazo legal, sob pena de sua inércia ser penalizada.

Nesse contexto, o trabalho buscará expor os principais argumentos doutrinários e jurisprudenciais acerca de qual marco temporal deve ser considerado como termo *a quo* do prazo decadencial para revisão de pensão por morte derivada de outro benefício.

Para tanto, inicialmente, será realizada breve análise global acerca da prescrição e da decadência, apontando aspectos comuns e divergentes entre os institutos. Perceber-se-á, que ainda que ambos se relacionem com o decurso do tempo, não há que se confundir sua aplicabilidade prática.

Na sequência, será explorado de que modo os institutos se aplicam no direito previdenciário, analisando as hipóteses em que o legislador previu prazo decadencial ou prescricional dentro do qual o segurado ou a autarquia previdenciária poderá proceder ou requerer a revisão da concessão ou do indeferimento de benefícios. Por fim, ao adentrar no tema central da pesquisa,

será visto que embora haja posição dominante, ainda existe intenso debate sobre o tema, que deverá ser pacificado pelos tribunais superiores.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

1.1 PONTOS EM COMUM ENTRE A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA

Considerando que o presente trabalho abordará tema relacionado à prescrição e decadência no direito previdenciário, importante traçar aspectos gerais sobre os referidos institutos para facilitar a compreensão da celeuma aventada.

Tratar sobre prescrição e decadência é tarefa deveras complexa, tanto que durante décadas os legisladores e doutrinadores não encontravam um ponto de convergência sobre suas conceituações. O que nunca fora objeto de dúvida é que ambas se manifestam com o decurso do tempo. De acordo com o famoso brocardo jurídico “o direito não socorre aos que dormem” (*dormientibus non securret jus*), conclui-se que aquele que é titular de um direito deve exercê-lo dentro de um prazo determinado.

Nos dizeres de Sílvio Rodrigues¹, “a interferência do tempo é substancial, pois existe um interesse da sociedade em atribuir juridicidade àquelas situações que se prolongaram no tempo”.

A partir da conclusão de que um direito não pode ficar pendente indefinidamente no tempo é que surgem a prescrição e a decadência como forma de sanção para aquele que se quedou inerte. A razão de ser dessa consequência repousa na pacificação social e na segurança da ordem jurídica, bem como na necessidade de certeza nas relações jurídicas. Tal necessidade advém da remota época do Direito Romano, onde as causas eram perpétuas, não existindo prazo para que o interessado pudesse utilizá-las, gerando intensa instabilidade jurídica e social.

Além disso, é possível afirmar que a maioria da doutrina comunga do entendimento de que tanto a prescrição quanto a decadência são institutos de direito material, em que pese a existência de vozes sustentando que pertencem ao direito processual. O direito material é composto de normas que disciplinam as relações jurídicas em sociedade e os bens da vida existentes. Por sua vez, o direito processual visa dar efetividade ao direito material, ou seja, são normas que regulamentam o exercício da atividade jurisdicional

1 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Parte Geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 323.

de dizer o direito. Na verdade, a existência do direito material precede o uso dos mecanismos processuais, que apenas serão instados a atuar quando a pretensão ou o direito forem violados. O direito processual, em verdade, instrumentaliza o direito material, havendo uma relação circular entre eles.

Considerando que prescrição e a decadência atuam diretamente na essência das relações jurídicas entre indivíduos, gerando consequências pelo decurso do tempo, é que pertencem ao direito material. Nesse sentido, preceitua Odasir Piacini Neto²:

[...] uma vez que tanto a prescrição quanto a decadência, por se tratarem de institutos que visam a paz social, buscam estabilizar as relações jurídicas entre os indivíduos, de modo a atingir a pretensão (prescrição) ou o exercício de determinado direito por seu titular (decadência) em decorrência do decurso do tempo, ou seja, os institutos disciplinam a própria essência da relação jurídica, sendo, pois, institutos de direito material.

Vale ressaltar que a diferença prática em considerar os institutos como sendo de direito material ou processual reside, sobretudo, na aplicação intertemporal de eventual nova legislação em relação a situações jurídicas consolidadas, cujo debate foge ao escopo deste trabalho, pelo que não se aprofundará a discussão.

Pode-se afirmar, portanto, que o principal ponto de interseção entre os venerados institutos jurídicos repousa em seu fundamento de existência, ou seja, penalizar o titular do direito pelo seu não exercício dentro de um lapso temporal preestabelecido.

1.2 DIFERENÇAS ENTRE A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA

O ponto mais divergente na doutrina sempre pairou acerca da diferenciação entre prescrição e decadência. A discórdia decorreu, principalmente, em razão da omissão da palavra “decadência” no Código Civil de 1916, que em seu Título III, intitulado “Da Prescrição”, tratava de forma genérica os dois institutos.

A partir dos estudos encabeçados por Agnelo Amorim Filho, passou-se a utilizar critérios mais seguros para diferenciar os institutos, cujas conclusões, somadas aos arremates pinçados da doutrina alemã, foram encampadas por Miguel Reale na elaboração do Código Civil de 2002. Já na

2 PIACINI NETO, Odasir. *Prescrição e Decadência dos Benefícios Previdenciários*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 20.

exposição de motivos do novel diploma civilista, Reale dava a entender que uma das balizas do código seria o Princípio da Operabilidade, ou seja, tratar os institutos jurídicos de modo simples para facilitar sua compreensão. Vale destacar trecho da Exposição de Motivos³ que reflete o raciocínio apontado:

18. Menção à parte merece o tratamento dado aos problemas da prescrição e decadência, que, anos a fio, a doutrina e a jurisprudência tentaram em vão distinguir, sendo adotadas, às vezes, num mesmo Tribunal, teses conflitantes, com grave dano para a Justiça e assombro das partes. Prescrição e decadência não se extremam segundo rigorosos critérios lógico formais, dependendo sua distinção, não raro, de motivos de conveniência e utilidade social, reconhecidos pela Política legislativa.

Para por cobro a uma situação deveras desconcertante, optou a Comissão por uma fórmula que espanca quaisquer dúvidas. Prazos de prescrição, no sistema do Projeto, passam a ser, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, Título IV, Capítulo I, sendo de decadência todos os demais, estabelecidos, em cada caso, isto é, como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial.

A doutrina clássica diferenciava os institutos a partir de seu objeto de incidência, sustentando que a decadência fulminaria o direito material, ao passo que a prescrição atingiria o direito de ação. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou ao julgar o Recurso Especial 805.772/RS⁴:

PROCESSUAL CIVIL, PREVIDENCIÁRIO E TRIBUTÁRIO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DA EXATA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. DECISÃO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ANTERIORES À EC 8/77. NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA. DECADÊNCIA. PERDA DO DIREITO. DECURSO DE PRAZO. PRESCRIÇÃO. INÉRCIA. DIREITO DE AÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 173, I DO CTN. APÓS

3 BRASIL. *Código Civil*, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

4 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial 805.772/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+805772&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

EC 8/77 E VIGÊNCIA DA LEI 6.830/80. PERMANÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DAS LEIS. ADOÇÃO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

[...]

VI - É relevante lembrar que decadência e prescrição distinguem-se. Na *decadência*, há a perda do direito pelo decurso de prazo. Na *prescrição*, ocorre a perda do direito de ação pela inércia da pessoa.

[...]

(REsp 805.772/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2006).

Para essa corrente doutrinária, a prescrição atacava a ação, ou seja, a ação extinguiu-se pela prescrição. Para eles, no momento em que o direito material era violado nascia um direito de ação a ser exercido no prazo prescricional. Entretanto, esse raciocínio não convenceu a maioria dos juristas, visto que ainda que a prescrição derrubasse o direito de ação, seu ex-titular poderia ir a juízo e obter uma sentença (ainda que desfavorável) e inclusive recorrer dela. Note-se que a atividade jurisdicional seria provocada mesmo com a perda do direito de ação. Havia a necessidade de se divorciar a figura da prescrição do direito de ação, que era, na verdade, um direito autônomo e abstrato.

A partir de então, Agnelo Amorim Filho indicou critérios objetivos para se distinguir a prescrição da decadência. De início, pontuou que a classificação dos direitos individuais se dá em duas vertentes: direitos subjetivos e direitos potestativos. Os direitos subjetivos, também chamados de prestacionais, são aqueles que demandam uma atuação do devedor, um agir para cumprir sua obrigação, através de uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Por sua vez, os direitos potestativos, que não têm por essência uma prestação da outra parte, caracterizam-se pela possibilidade de seu titular interferir na esfera jurídica de outrem a partir de sua mera declaração de vontade. Estes não podem ser infringidos, pois não correspondem a uma prestação (positiva ou negativa) da outra parte.

Baseado nessa classificação, o estudioso definiu que havendo descumprimento de um direito subjetivo/prestacional pela inadimplência do devedor, nasce para o credor a pretensão, que se trata do poder jurídico de, coercitivamente, exigir da outra parte o cumprimento da prestação devida. A pretensão deve ser deduzida dentro do prazo estabelecido sob

pena de estar prescrita. Portanto, não é o direito de ação que prescreve, mas sim a pretensão, conclusão inclusive positivada no artigo 189⁵ do Código Civil. Aliado a isso, o mesmo autor associou a prescrição às ações condenatórias, visto que a pretensão deduzida em juízo busca que o requerido seja condenado a uma prestação positiva ou negativa.

De outra banda, a decadência caracteriza-se como o prazo dentro do qual o titular de um direito potestativo deve exteriorizar sua declaração de vontade para poder influir na relação jurídica de outra pessoa, sob pena da perda do próprio direito. A decadência somente poderá ser reconhecida, portanto, no âmbito das ações constitutivas, que são aquelas em que se visa a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica.

Para esclarecer a distinção entre os institutos, vale trazer à baila as próprias palavras de Agnelo Amorim Filho⁶:

Por via de consequência chegar-se-á, então, a uma segunda conclusão importante: só as ações condenatórias podem sofrer os efeitos da prescrição, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem judicialmente os direitos que irradiam pretensões, isto é, os da primeira categoria da classificação de Chiovenda. Com efeito, as condenatórias são as únicas ações que servem de meio para se obter judicialmente, com a intervenção do Estado, satisfação das pretensões não atendidas extrajudicialmente pelos sujeitos passivos das relações jurídicas substanciais. Igual satisfação não é possível obter, jamais, por via de ações constitutivas ou declaratórias, pois essas têm finalidades diversas. Assim, desde que a prescrição atinge diretamente as pretensões, somente as ações condenatórias podem sofrer seus efeitos.

[...]

Por conseguinte, também se impõe, necessariamente, a conclusão de que só na classe dos potestativos é possível cogitar-se da extinção de um direito em virtude do seu não-exercício. Dai se infere que os potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de decadência, uma vez que o objetivo e efeito dessa é, precisamente, a extinção dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados. A conclusão imediata

5 Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

6 FILHO, Agnelo Amorim. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis*. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

é, igualmente, inevitável: as únicas ações cuja não propositura implica na decadência do direito que lhes corresponde são as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei, e apenas essas, pois - insistisse - a lei não fixa prazos gerais para o exercício de tais ações, a exemplo do que ocorre com as condenatórias (art. 205).

Em sentido oposto, Pontes de Miranda⁷ sustentava que a verdadeira diferença entre a prescrição e a decadência estava na eficácia, onde a pretensão prescrita poderia ser (ou já estava) encoberta, ao passo que a pretensão alcançada pela decadência (por ele nomeada de pretensão preclusa) deixou de existir. Afirmava o renomado jurista que “são alcançados pela decadência o direito, a pretensão, a ação e a execução, ao passo que a prescrição encobre apenas a pretensão e a ação”.

Fixadas as premissas básicas para compreensão da prescrição e da decadência, donde se percebeu que ainda que tenham o mesmo fundamento de existência ambas não se confundem, pode-se adentrar na seara a que se propõe o presente trabalho, qual seja, o estudo dos institutos no direito previdenciário.

2 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

2.1 DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO OU INDEFERIMENTO

O art. 103⁸ da Lei n. 8.213/91 inserido pela Medida Provisória n. 1.523-0 de 27 de junho de 1997, posteriormente convertida na Lei n. 9.528/97, trouxe o prazo decadencial de 10 (dez) anos para o segurado impugnar o ato administrativo que indeferiu seu pedido de benefício ou solicitar a revisão do benefício concedido com a renda errada.

De início, parte da doutrina ao interpretar o dispositivo legal aponta que o legislador andou mal ao nominar o transcurso do prazo como sendo decadencial, tendo em vista que o direito à revisão ou ao próprio benefício não concedido não são direitos potestativos, mas sim direitos a uma prestação de fazer e de pagar. Além do mais, a pretensão será exercida através de uma ação condenatória que, como apontado acima, relaciona-

7 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. 6, §668, n. 2, Rio de Janeiro: Borsoi, 1995. p.136.

8 Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 10.839, de 2004)

se com a prescrição e não com a decadência. Nesse passo, caminha o entendimento de Fábio Zambitte Ibrahim⁹:

Ao contrário do que possa parecer, contrariando novamente a literalidade do dispositivo, a Lei nº 8.213/91 trata de prazos prescricionais, pois estabelece termo para o beneficiário desfazer a lesão a direito praticada pela Autarquia previdenciária. Como visto, é principalmente a existência da lesão, aliada a uma ação condenatória, que traduz a natureza jurídica do lapso temporal prescricional.

Indica a lei prazo para o ingresso de ação condenatória contra o INSS, visando a garantia de um direito a uma prestação, espécie de direito subjetivo distinto do direito potestativo. Em razão de tal natureza, deve-se privilegiar o espírito em detrimento da letra da lei, pois há na lei um evidente prazo prescricional.

Quando estivermos frente a um caso de indeferimento do benefício, não há maiores celeumas para entender o que isso significa. Entretanto, a tarefa difícil é definir quando estaremos diante de uma ação eminentemente revisional do benefício previdenciário sujeita ao prazo decadencial. Ainda que a legislação seja omissa quanto ao tema, a doutrina entende que a ação revisional de benefício previdenciário é aquela que objetiva, via de regra, o recálculo da renda mensal inicial da prestação.

Não estão abarcados pelo conceito de recálculo da renda, por exemplo, os casos em que simplesmente se pleiteia pagamentos decorrentes de correções monetárias de benefício pago em atraso, ao passo que as hipóteses em que se almeja a inclusão de salários de contribuição no período básico de cálculo estariam incluídas naquela definição. De forma didática, Frederico Amado¹⁰ exemplifica a diferença:

Destarte, são ações revisionais as que buscam majorar o salário de benefício, através da inserção ou alteração dos índices de atualização monetária dos salários de contribuição, da inclusão de novos salários de contribuição no período básico de cálculo ou da majoração dos já existentes.

Outrossim, uma ação que vindica a elevação do percentual do salário de benefício também se enquadra como revisional, quer majorando a renda mensal inicial, quer elevando a renda mensal posteriormente.

9 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 405-406.

10 AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 933.

Por essa razão, uma ação judicial que tem o propósito de apenas obter o pagamento de parcelas de correção monetária de benefício previdenciário pago em atraso não possui a natureza revisional, haja vista não se pedir o recálculo da renda mensal inicial ou atualização do benefício.

Considerando que a relação previdenciária é de trato sucessivo, onde um equívoco perpetrado pelo INSS no cálculo da renda inicial do benefício se renova mês a mês, conforme será explicado no tópico a seguir, há quem sustente que a fixação do prazo de decadencial para pedidos de revisão do modo como positivado no art. 103 da Lei de Benefícios seria incoerente, porquanto a lesão se renovaria periodicamente.

Conforme outrora referido, o prazo decadencial decenal apenas foi inserido na legislação previdenciária em 1997, abrindo divergência de entendimentos sobre sua aplicabilidade para benefícios concedidos antes deste marco temporal. De um lado, parte da doutrina entendia pela aplicação do prazo decadencial para benefícios concedidos anteriormente a 1997, a fim de garantir a segurança jurídica, bem como facilitar a previsão do custo global das prestações sociais. Outra parcela da doutrina defendia pela inaplicabilidade, tendo em vista a existência de direito adquirido e considerando que o instituto da decadência possui natureza de direito material, não podendo haver sua aplicação retroativa.

Após intenso debate doutrinário e jurisprudencial, o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, que firmou entendimento de que o prazo em questão incide, inclusive, sobre os benefícios concedidos em momento anterior a sua instituição, mas fixou o termo *a quo* da contagem em 1º de agosto de 1997. A decisão foi tomada no Recurso Extraordinário 626.489/SE¹¹ julgado em sede de repercussão geral. Vejamos:

EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. 1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário. 2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para

11 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 626.489/SE, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 16/10/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3910753>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

o sistema previdenciário. 3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição. 4. Inexiste direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência.

(RE 626.489/SE, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2013)

Concordamos integralmente com a posição assumida pela Corte Constitucional, sobretudo por trazer segurança jurídica às relações previdenciárias que são de trato sucessivo. Além de evitar a perpetuação de um número indefinido de questionamentos administrativos e judiciais (considerando que qualquer recebedor de benefício previdenciário com data inicial pretérita à nova legislação poderia a qualquer tempo provocar a revisão do ato administrativo), o STF fixou prazo razoável dentro do qual os interessados poderiam ter manifestado sua inconformidade com a decisão do INSS. Ademais, manteve a isonomia de tratamento entre os beneficiários da previdência, sob pena de existirem, por exemplo, segurados com prazo indefinido para postular a correção de seu benefício e outros com interregno limitado de tempo para se manifestar.

Outrossim, conquanto o artigo em comento seja omissivo, o prazo decadencial nele previsto não se aplica aos absolutamente incapazes.

2.2 PRESCRIÇÃO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS

No direito previdenciário a prescrição quinquenal vem sendo aplicada de longa data, mais especificamente desde o advento do Decreto 20.910/32, que regula o prazo prescricional das pretensões contra fazenda pública. Com a edição da Lei n. 9.528/97, que incluiu o parágrafo único do art. 103¹² da Lei n. 8.213/91, o tema foi tratado pela primeira vez no âmbito da legislação previdenciária, valendo ressaltar que não houve alteração do prazo de 5 (cinco) anos para ocorrência da prescrição das parcelas vencidas (também chamadas de parcelas atrasadas).

Para facilitar a compreensão do mencionado dispositivo legal, convém apontar a diferença entre a prescrição do fundo de direito e prescrição

¹² Art. 103. Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

progressiva ou de trato sucessivo. A prescrição do fundo de direito se dá quando a administração pública (caso seja ela a devedora) se torna inadimplente em apenas um marco temporal, por um único fato que não se renova. Determinado o momento em que o poder público incorre em dívida com o administrado, a partir daí corre o prazo prescricional para ajuizamento da ação, cujo transcurso opera a prescrição do fundo de direito, ou seja, o credor não terá direito a nada em razão da sua inércia. Por sua vez, a prescrição de trato sucessivo ocorre nos casos de prestações periódicas, onde o inadimplemento se renova a cada dia, mês ou ano. Nesta hipótese, o credor terá direito ao recebimento dos valores devidos nos últimos 5 (cinco) anos a contar do ajuizamento da ação.

Para tornar cristalino o entendimento sobre a prescrição do fundo de direito, transcreve-se o exemplo apontado por Frederico Amado¹³:

A prescrição do fundo de direito ocorre depois de transcorridos cinco anos contados do direito subjetivo violado, pois há uma única prestação devida pelo sujeito passivo da obrigação.

Suponha-se que um segurado julgue-se vilipendiado em sua honra por uma suposta agressão de um servidor do INSS ocorrida no dia 01.02.2004. Neste caso, se devida, a indenização por danos morais a ser paga pela autarquia previdenciária é obrigação instantânea, não se prorrogando no tempo.

Logo, se a reparação não for requerida administrativa ou judicialmente até o dia 01.02.2009, terá se operado a prescrição do fundo do direito da pretensão reparatória.

Considerando que relação jurídica previdenciária via de regra é continuada, pois a obrigação do INSS de pagar o benefício se renova mês a mês, a ela se aplica a prescrição de trato sucessivo. O Superior Tribunal de Justiça comungou deste entendimento ao julgar o Recurso Especial 1.483.177/CE¹⁴:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO. ART. 103, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.213/1991. INDEFERIMENTO DE BENEFÍCIO. NEGATIVA EXPRESSA DO INSS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 103 DA LEI 8.213/1991.

13 AMADO, op. cit., p. 925.

14 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial 1.483.177/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1483177&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 17 jan. 2017.

1. A interpretação contextual do *caput* e do parágrafo único do art. 103 da Lei 8.213/1991 conduz à conclusão de que o prazo que fulmina o direito de revisão do ato de concessão ou indeferimento de benefício previdenciário é o decadencial de dez anos (*caput*), e não o lapso prescricional quinquenal (parágrafo único) que incide apenas sobre as parcelas sucessivas anteriores ao ajuizamento da ação.

2. Não fosse assim, a aplicação do entendimento de que a prescrição quinquenal prevista no parágrafo único do art. 103 da Lei 8.213/1991 pode atingir o fundo de direito tornaria inócuo o instituto da decadência previsto no *caput* do mesmo artigo, que prevê prazo de dez anos para o exercício do direito de revisão de ato de indeferimento ou de concessão de benefício previdenciário.

[...]

(REsp 1.483.177/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2015).

De acordo com o julgado supramencionado e a doutrina abalizada, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no parágrafo único do art. 103 da Lei de Benefícios não se confunde com aquele previsto no *caput* do mesmo dispositivo legal. Na verdade, ambos devem ser interpretados em conjunto, onde se conclui que o segurado possui o prazo de 10 (dez) anos para propor a ação impugnando o ato administrativo que negou o benefício previdenciário ou que o concedeu de forma errada, e em caso de sucesso no pleito judicial receberá os valores ou diferenças devidas correspondentes aos últimos 5 (cinco) anos a contar do ajuizamento da demanda.

Aqui convém trazer à baila os ensinamentos de Fábio Zambitte Ibrahim¹⁵:

Enquanto o *caput* do artigo prevê as hipóteses de revisão do ato concessório do benefício, em razão da lesão praticada pelo Poder Público e assim obter o benefício desejado (direito a uma prestação) no valor correto, o parágrafo único trata do pagamento das diferenças devidas, incluindo aí até mesmo situações de benefícios corretamente concedidos, mas que, por algum motivo, deixaram de ser pagos em algum momento. [...] Isto é, interpretando-se o *caput* em conjunto com seu parágrafo único, sem olvidar dos preceitos constitucionais,

15 IBRAHIM, op. cit., p. 410.

conclui-se que o beneficiário tem hoje prazo decenal para revisão do ato que indefere benefício, podendo receber, em caso de provimento de sua pretensão, os últimos cinco anos de diferenças devidas.

Nesta senda, é possível inferir que a Súmula n. 85 do STJ¹⁶ é plenamente aplicável às relações previdenciárias.

Adverte-se, ademais, que não há divergência acerca da natureza jurídica do prazo prescricional previsto no parágrafo único do art. 103 da Lei n. 8.213/91, pois a ação perpetrada pelo segurado visando o recebimento de valores atrasados possui natureza eminentemente condenatória. Nesse sentido leciona Odasir Piciani Neto¹⁷:

A redação do citado dispositivo encontra-se em perfeita harmonia com o nosso entendimento acerca dos institutos da prescrição e decadência, uma vez que a prescrição nesse caso irá incidir sobre a pretensão (pretensão a uma prestação) do segurado de pleitear o pagamento das parcelas que lhe são devidas, sendo certo que o exercício da pretensão em questão se dará por intermédio de uma ação de natureza condenatória, estando perfeita, portanto, a terminologia utilizada no dispositivo em análise.

Por fim, ressalta-se que o prazo prescricional aqui tratado não se aplica quando o segurado for incapaz, menor ou ausente, nos termos do que dispuser o Código Civil.

2.3 DECADÊNCIA PARA A ADMINISTRAÇÃO REVER SEUS PRÓPRIOS ATOS (AUTOTUTELA PREVIDENCIÁRIA)

O Poder Público exerce o controle de legalidade de seus próprios atos e tem o dever de anulá-los quando eivados de vícios insanáveis, com base no Princípio da Autotutela Administrativa. Nesse sentido dispõe a Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal-STF¹⁸. Quando o ato administrativo gerar efeitos patrimoniais a terceiros, deve ser respeitado o contraditório e a ampla defesa antes do exercício da autotutela.

16 Súmula n. 85 – STJ: Nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

17 PICIANI NETO, op. cit., p. 94.

18 Súmula n. 473-STF: A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

No âmbito da Previdência Social, a autotutela previdenciária, comumente utilizada nos casos de concessão indevida de benefícios ou com renda maior deve ser desempenhada no prazo máximo de 10 (dez) anos, nos termos do art. 103-A¹⁹ da Lei n. 8.213/91, incluído pela Lei n. 10.839/04. Antes de 2004, não existia na legislação previdenciária prazo específico para autotutela, pelo que se passou a utilizar o lapso temporal de 5 (cinco) anos previsto no art. 54²⁰ da Lei n. 9.784/99 que rege o Processo Administrativo Federal.

A partir da inclusão do art. 103-A na Lei de Benefícios algumas divergências foram levantadas em sede judicial como, por exemplo, a (in) aplicabilidade do prazo decadencial para exercício da autotutela em relação a benefícios concedidos antes de 1999, bem como qual prazo deveria prevalecer nos casos de benefícios com data inicial durante este interregno. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, em que pese o prazo decadencial da autotutela previdenciária ter sido expressamente estabelecido apenas em 2004, passou a entender que o marco inicial para aplicação do prazo de 10 (dez) anos seria o dia 01/02/1999, data do advento da Lei n. 9.784/99. Note-se o posicionamento do STJ no julgamento do AgRg no Rg 1342657/RS²¹:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 9.784/99. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. ART. 103-A DA LEI N. 8.213/91, ACRESCENTADO PELA MP 19.11.2003, CONVERTIDA NA LEI 10.839/2004. AUMENTO DO PRAZO DECADENCIAL PARA 10 ANOS.

1. Segundo entendimento firmado pela Corte Especial deste Tribunal, os atos administrativos praticados antes da Lei 9.784/99 podem ser revistos pela Administração a qualquer tempo, por inexistir norma legal expressa prevendo prazo para tal iniciativa. Somente após a Lei 9.784/99 incide o prazo decadencial de 5 anos nela previsto, tendo como termo inicial a data de sua vigência (01.02.99).

19 Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004) § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004) § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)

20 Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

21 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo Regimental no Agravo 1342657/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001532453&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

2. Antes de decorridos 5 anos da Lei n. 9.784/99, houve nova alteração legislativa com a edição da Medida Provisória n. 138, de 19.11.2003, convertida na Lei n. 10.839/2004, que acrescentou o art. 103-A à Lei 8.213/91 e fixou em 10 anos o prazo decadencial para o INSS rever os seus atos de que decorram efeitos favoráveis a seus beneficiários.

3. *A Terceira Seção desta Corte, ao examinar recurso especial submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, relativamente aos atos concessivos de benefício anteriores à Lei n. 9.784/99, o prazo decadencial decenal estabelecido no art. 103-A da Lei n. 8.213/91 tem como termo inicial 1º/2/1999.* Precedente: Resp n. 1.114.938/AL.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Rg 1342657/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011). (Grifo nosso)

Ressalta-se, ainda, que o dispositivo legal isenta o prazo decadencial nos casos de má-fé, podendo a administração pública revisar os atos daí decorrentes a qualquer tempo. Frisa-se, porém, que competirá ao INSS o ônus probatório de demonstrar a efetiva fraude perpetrada pelo segurado, não bastando meras alegações acerca de condutas do beneficiário, sendo refutada pela jurisprudência a má-fé presumida. Sobre o tema, evoca-se, novamente, as lições de Fábio Zambitte Ibrahim²²:

Aqui, entendo que somente poderá interpretar-se o dispositivo legal como de má-fé direta do beneficiário, excluindo-se hipóteses de má-fé de terceiros com desconhecimento do segurado. Cabe lembrar que a má-fé pressupõe elemento subjetivo, que deve ser comprovado cabalmente pelo INSS, pois do contrário presumir-se-á a boa-fé.

Nessa toada, sustenta Daniel Rocha Machado²³, que o referido prazo “não é aplicável aos casos em que a própria lei autoriza a revisão, como é o caso da cessação da aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença em caso de recuperação da capacidade para o trabalho”.

Portanto, a autarquia previdenciária possui o prazo decadencial de 10 (dez) anos para rever seus atos em que decorrem efeitos favoráveis aos

²² IBRAHIM, op. cit., p. 415.

²³ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 590-591.

beneficiários, devendo inaugurar processo administrativo específico com respeito ao contraditório e ampla defesa para tanto. Caso entenda que o erro administrativo ocorreu por má-fé do segurado, competirá ao INSS a prova cabal da fraude para que possa revisar o benefício a qualquer tempo, sem a limitação temporal decenal.

2.4 PRESCRIÇÃO EM CASO DE ACIDENTE DO TRABALHO

O art. 104²⁴ da Lei n. 8.213/91 trata especificamente sobre o prazo prescricional para deduzir em juízo a pretensão referente aos benefícios decorrentes de acidente do trabalho. Note-se que neste caso o legislador usou corretamente o termo “prescrição”, ao contrário do art. 103, *caput*, conforme abordado no item 2.1 deste capítulo.

A peculiaridade existente neste artigo diz respeito ao prazo prescricional, pois não teve o limite ampliado para 10 (dez) anos como ocorreu em relação ao lapso temporal previsto no *caput* do art. 103 da Lei de Benefícios. Todavia, a manutenção do prazo prescricional em 5 (cinco) anos no caso de benefícios derivados de acidente do trabalho possui razão de ser. Considerando a necessidade de realização de perícia médica para averiguar o nexos causal entre a contingência do segurado e seu laborar, o transcurso de grande lapso temporal poderia inviabilizar a referida prova, de modo que o prazo prescricional menor pode servir para beneficiar o próprio segurado.

Nesse sentido, anota Fábio Zambitte Ibrahim²⁵:

Aqui se justifica a manutenção do prazo de cinco anos por se tratar, em regra, de matéria sujeita à perícia médica, no sentido de evidenciar a incapacidade e, principalmente, o nexos causal com a atividade laborativa. Como tal vínculo seria de difícil comprovação após longo período de tempo, justifica-se esta regra especial com prazo reduzido.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 278, pacificando o entendimento no sentido de que “o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”.

24 Art. 104. As ações referentes à prestação por acidente do trabalho prescrevem em 5 (cinco) anos, observado o disposto no art. 103 desta Lei, contados da data: I - do acidente, quando dele resultar a morte ou a incapacidade temporária, verificada esta em perícia médica a cargo da Previdência Social; ou II - em que for reconhecida pela Previdência Social, a incapacidade permanente ou o agravamento das sequelas do acidente.

25 IBRAHIM, op. cit., p. 411.

Esboçadas as regras basilares sobre a prescrição e a decadência no direito previdenciário, imperativas para compreensão da controvérsia central a ser tratada, permite-se penetrar no tema principal deste trabalho.

3 TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL PARA REVISAR PENSÃO POR MORTE DERIVADA DE OUTRO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Quando um segurado do Regime Geral de Previdência Social morre ele pode instituir pensão por morte a seus dependentes desde que preenchidos os requisitos legais. Por vezes, ao tempo de seu óbito, o segurado já se encontra recebendo aposentadoria, de modo que neste caso a pensão por morte deverá corresponder ao mesmo valor do benefício originário, nos termos do que dispõe o art. 75²⁶ da Lei n. 8.213/91.

Todavia, pode ter havido erro administrativo no momento da concessão da aposentadoria originária, gerando um valor a menor do realmente devido na renda mensal do segurado. Por consequência, a pensão por morte derivada também será paga no montante calculado erroneamente pelo INSS. A partir desta constatação exsurge o debate central da pesquisa, cabendo investigar se o termo inicial do prazo decadencial para o dependente postular a revisão da renda mensal é contado a partir da data inicial do benefício originário ou da data inicial da pensão por morte.

Frisa-se que há enorme insegurança jurídica a respeito do tema, considerando a constante oscilação da jurisprudência que ora encampa uma posição ora adota outra. Tal fato é deveras prejudicial aos jurisdicionados, ainda mais considerando que o que está em debate, em última análise, diz respeito a um direito social: a previdência social.

3.2 PRIMEIRA CORRENTE: O TERMO INICIAL É A DATA DE INÍCIO DA PENSÃO POR MORTE

Para parcela majoritária da doutrina e da jurisprudência, o termo *a quo* do prazo decadencial para o dependente revisar pensão por morte derivada de outro benefício é a data inicial da pensão, e não do benefício originário. Ou seja, ainda que esteja decaído o direito de revisão do benefício

²⁶ Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

originário, o titular da pensão por morte dela decorrente poderá pleitear a revisão da renda mensal que vem recebendo.

Afirmam, sobretudo, que a aposentadoria e a pensão por morte derivada são benefícios autônomos, devendo cada prazo decadencial de revisão ser computado isoladamente. Durante a vida do instituidor da pensão os dependentes não têm legitimidade para postular a revisão daquele benefício, que só nasce a partir da concessão da pensão por morte.

Nesse sentido, leciona Daniel Machado da Rocha²⁷:

Entretanto, como os dependentes não têm legitimidade para postular a revisão da aposentadoria de um segurado vivo, somente com a concessão da pensão por morte é que os dependentes passam a ter a possibilidade de postular a revisão desta prestação, cuja defasagem pode ser resultante do benefício originário. Em suma, no caso de a aposentadoria ter sido concedida com valor inferior ao correto, o prazo decadencial de revisão do benefício derivado deve ser contado a partir da data da concessão da pensão, ainda que seja necessário investigar prejuízos existentes no benefício de origem.

A par do entendimento doutrinário, a segunda turma do Superior Tribunal de Justiça^{28 29}, em mais de uma oportunidade, caminhou pela mesma trilha ao entender que se tratam de prazos decadenciais isolados impondo contagem autônoma. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DE PRESTAÇÕES. DECADÊNCIA. ART. 103, CAPUT, DA LEI 8.213/1991. NÃO INCIDÊNCIA. 1. No caso, a autora ajuizou ação de revisão de pensão por morte, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício originário de aposentadoria de seu falecido marido. 2. Tal situação denota que a pretensão veiculada na presente ação consiste na revisão do ato de concessão

27 ROCHA. op. cit., p. 598.

28 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial 1.529.562/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1529562&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

29 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial 1.488.669/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1488669&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

do benefício de pensão por morte. 3. Não merece acolhida a irresignação quanto à alegada violação ao artigo 103, caput, da Lei 8.213/1991. *O início do prazo decadencial se deu após o deferimento da pensão por morte, em decorrência do princípio da actio nata, tendo em vista que apenas com o óbito do segurado adveio a legitimidade da parte recorrida para o pedido de revisão, já que, por óbvio, esta não era titular do benefício originário, direito personalíssimo.* 4. Ressalte-se que a revisão da aposentadoria gera efeitos financeiros somente pela repercussão da alteração de sua RMI (renda mensal inicial) na pensão por morte subsequente. 5. Recurso Especial não provido. (REsp 1.529.562/CE, Relator: Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, julgado em 20/08/2015) (Grifo nosso)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE E BENEFÍCIO ORIGINÁRIO. INCIDÊNCIA. CRITÉRIOS. IDENTIFICAÇÃO DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA 1. A embargante aduz que deve ser aplicado o princípio da actio nata ao caso, pois o prazo decadencial de revisão do benefício previdenciário, quando se trata de pensão por morte precedida de aposentadoria, deve ser a contar da pensão para ambos os benefícios, já que a partir de tal data nasce o direito de revisão do pensionista, não obstante estar decaído o direito do falecido titular da aposentadoria. 2. A ora embargante ajuizou, em 19.7.2012, ação de revisão de pensão por morte do Regime Geral de Previdência Social, concedida em 1º.5.2009, mediante o recálculo da renda mensal inicial do benefício originário do instituidor da pensão (aposentadoria por tempo de contribuição concedida em 23.9.1991). 3. Têm chegado ao STJ duas situações que merecem o discripe para melhor identificação da solução jurídica cabível: a) a primeira é o caso em que o pensionista pede a alteração do valor da pensão mediante recálculo da aposentadoria do instituidor da pensão, sem pleitear pagamento de diferenças da aposentadoria; e b) a segunda ocorre quando o pensionista pede, além das diferenças da pensão, as da aposentadoria. 4. A ora embargante se enquadra na hipótese “a”, tanto que, na inicial e nos cálculos que a acompanham, ela pleiteia somente diferenças da pensão (fls. 2-18 e 30-31/e-STJ). 5. A controvérsia consiste em definir, portanto, se incide a decadência do direito de revisão do benefício que deu origem à pensão por morte e, por fim, se o respectivo titular tem direito às diferenças de ambos os benefícios previdenciários. MÉRITO 6. É assente no STJ que o titular de pensão por morte possui legitimidade para pleitear, em nome próprio, o direito alheio concernente à revisão do benefício previdenciário recebido pelo segurado instituidor da pensão, conforme art. 112 da Lei 8.213/1991. A propósito: AgRg no REsp 1.260.414/CE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma,

DJe 26.3.2013; AgRg no REsp 662.292/AL, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 21.11.2005, p. 319. Documento: 64795825 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 07/10/2016 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça 7. No presente caso, a titular pede, em nome próprio, o direito do falecido de revisão do benefício que antecedeu a pensão por morte, e, em seu nome, o seu próprio direito de revisão dessa pensão. 8. Logo, para fins de incidência da decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, cada benefício previdenciário deve ser considerado isoladamente. O benefício previdenciário recebido em vida pelo segurado instituidor da pensão deve ter seu próprio cálculo de decadência, assim como a pensão por morte. 9. *Isso não significa, todavia, que, se o direito de revisão do benefício antecessor estiver decaído, não remanescerá o direito de rever a subsequente pensão. Nessa hipótese, a jurisprudência sedimentou a compreensão de que o início do prazo decadencial do direito de revisão de pensão por morte que tem como escopo a revisão de benefício originário recebido pelo segurado instituidor em vida dá-se a partir da concessão da pensão* (conforme regras do art. 103 da Lei 8.213/1991). 10. Em tal situação, porém, não pode persistir o direito ao recebimento das diferenças do benefício antecessor, já que decaído o direito à revisão ao seu titular (o segurado falecido instituidor da pensão) e o pensionista está pleiteando direito alheio, e não direito próprio. Nessa mesma linha: REsp 1.529.562/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11.9.2015. 11. Assim, embora decaído o direito de revisão do benefício originário, é possível revisá-lo tão somente para que repercuta financeiramente na pensão por morte, se, evidentemente, o direito de revisão desse benefício não tiver decaído. 12. Em situação idêntica, assim foi decidido no REsp 1.574.202/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18.5.2016. [...]. 17. Embargos de Declaração parcialmente providos. (EDcl no AgRg no REsp 1.488.669/RS, Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, julgado em 23/08/2016) Grifo nosso.

Nota-se que o fundamento central para essa corrente é baseado no princípio da *actio nata*, cuja origem está relacionada ao tema da prescrição. A teoria foi trazida para o âmbito previdenciário, onde apenas com o recebimento da pensão por morte é que seu titular passou a ter efetivo direito de revisar os valores recebidos, motivo pelo qual este é o temo *a quo* do prazo decadencial. Antes desse momento, o dependente sequer poderia ter conhecimento da renda mensal do benefício do instituidor da pensão, e ainda que ciente, nada poderia fazer por não ostentar legitimidade para tanto.

Nesse contexto, após ter decidido em sentido oposto, a Turma Nacional de Unificação – TNU, em Incidente Representativo de Controvérsia (PEDLEF 5049328-54.2013.4.04.7000, julgado em 19/12/16), fixou

entendimento de que o termo inicial do prazo decadencial para revisar a pensão por morte derivada de outro benefício conta a partir da concessão da pensão, conforme noticiado no site do Conselho da Justiça Federal³⁰:

TNU fixa tese sobre prazo decadencial de pensão por morte

O processo foi analisado como representativo da controvérsia, para que o mesmo entendimento seja aplicado a casos semelhantes

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) firmou a tese, na sessão de 15 de dezembro, de que o marco inicial para a contagem do prazo decadencial do benefício de pensão por morte transcorre independentemente do benefício do segurado instituidor. Dessa forma, a partir da Data do Início do Benefício (DIB), caso o direito de revisão não seja atingido pela decadência, o beneficiário não poderá receber a diferença vinda do recálculo do benefício do instituidor, em relação ao qual houve o transcurso do prazo decadencial, mas fará jus ao reflexo financeiro correspondente na pensão concedida.

A decisão aconteceu após a apresentação do voto-vista do juiz federal Rui Costa Gonçalves, que acompanhou o voto do relator - sem a ressalva pontual de entendimento registrada pelo juiz federal Boaventura João Andrade - no julgamento do Incidente de Uniformização Nacional interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em razão de julgado da Turma Recursal do Paraná.

Segundo os autos, a turma paranaense ao anular a sentença de primeiro grau deu provimento ao recurso de uma dona de casa, por entender que não incide decadência quanto à pleiteada revisão das parcelas relativas a benefício derivado (no caso concreto, pensão por morte), oriundo de benefício diverso recebido pelo marido falecido, esse último concedido antes da Medida Provisória n. 1.523-9/97.

À TNU, o INSS sustentou que há decadência para as ações que visem a revisão de ato concessório de benefício instituído anteriormente a 28/06/1997, data de edição da referida Medida Provisória que deu nova redação ao art. 103 da Lei 8.213/1991. Para demonstrar o dissenso jurisprudencial, a autarquia apresentou como paradigmas acórdãos das Seções Judiciárias do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, segundo os quais os benefícios originários tiveram

30 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/@/busca?SearchableText=TNU+fixa+tese+sobre+prazo+decadencial+de+pens%C3%A3o+por+morte>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

início em data anterior à vigência da aludida MP e o decurso do tempo a partir de 26/06/1997 apresenta-se superior a dez anos.

De acordo com Boaventura João Andrade, a TNU tem efetivamente jurisprudência dominante quanto ao termo inicial para a contagem do prazo decadencial, baseado no princípio da *actio nata* (quando o prazo prescricional/decadência somente tem início com a violação do correspondente direito já adquirido). “Contudo, isso não se verifica quando se trata de pensionista, cuja relação jurídica somente tem início com a instauração do regime jurídico inaugurado com o óbito do segurado instituidor, circunstância configuradora de direito autônomo a partir da DIB da pensão por morte”, explicou o magistrado.

Em seu voto, Andrade apontou a jurisprudência da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que reafirma a legitimidade autônoma e submetida à contagem de prazo decadencial a partir do ato concessório da pensão por morte isoladamente. “A Turma do STJ decidiu que embora a decadência incida sobre o direito não exercitado pelo segurado instituidor em vida e impeça a pensionista em nome próprio de superar os efeitos da decadência para a percepção de diferenças não pagas ao instituidor - na hipótese de o direito específico não ter sido alcançado pelo prazo decadencial - fará jus à revisão da pensão de modo a se beneficiar da repercussão financeira revisional não efetivada em proveito direto do segurado instituidor da pensão, limitada portanto ao direito próprio da pensionista”, elucidou o juiz federal.

Além disso, para o magistrado, o entendimento adotado no acórdão de origem é o mesmo do STJ. “Embora o teor da Questão de Ordem nº 24 da TNU oriente no sentido do não conhecimento do incidente de uniformização ante a sintonia com o entendimento majoritário da Corte Superior, tenho como recomendável relativizar essa diretiva, *in casu*, na perspectiva da uniformização do tema no âmbito representativo”, concluiu.

Nessas condições, a TNU conheceu e negou provimento ao incidente de uniformização movido pelo INSS nos termos do voto do relator. O processo foi analisado como representativo da controvérsia, para que o mesmo entendimento seja aplicado a casos semelhantes.

Processo 5049328-54.2013.4.04.7000.

Parte da doutrina abalizada, antes mesmo do julgamento da TNU em sede de Incidente Representativo de Controvérsia já concordava com

o caminho que vinha tomando a jurisprudência do órgão. Nesse sentido, é a posição de João Batista Lazzari³¹:

Concordamos com esse entendimento da TNU, pois os beneficiários da pensão por morte não poderão sofrer os reflexos da falta de revisão do benefício de origem. Somente a partir do início do recebimento da pensão por morte é que deve ter curso o prazo de decadência para a revisão do benefício que era recebido pelo de cujus.

Desse modo, dando guarida a essa corrente doutrinária, a TNU sedimentou sua jurisprudência firmando a tese de que o marco inicial para a contagem do prazo decadencial de revisão do benefício de pensão por morte transcorre independentemente do benefício do segurado instituidor. Ou seja, embora decaído o direito de revisão do benefício originário, é possível revisá-lo tão somente para que repercuta financeiramente na pensão por morte, se, evidentemente, o direito de revisão desse benefício não tiver decaído. Perceba-se, porém, que em tal situação não pode persistir o direito ao recebimento das diferenças do benefício antecessor, já que decaído o direito à revisão ao seu titular (o segurado falecido instituidor da pensão) e o pensionista está pleiteando direito alheio, e não direito próprio.

3.3 SEGUNDA CORRENTE: O TERMO INICIAL É A DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO ORIGINÁRIO

Para uma segunda corrente, capitaneada na doutrina por Frederico Amado e a qual nos filiamos (mormente em razão da segurança jurídica), o termo *a quo* do prazo decadencial para revisar pensão por morte derivada de outro benefício conta-se a partir da data inicial do benefício originário.

Defendem que, na verdade, o que se pretende revisar é a renda mensal inicial da aposentadoria ensejadora da pensão, o que geraria, por óbvio, reflexos financeiros no benefício derivado. Com efeito, se para o segurado titular do benefício originário, para fins de revisão da renda mensal inicial, já havia transcorrido o prazo decadencial previsto no art. 103, caput, da Lei n. 8.213/91, não seria razoável admitir que, para a titular do benefício derivado (pensão), houvesse a reabertura daquele mesmo prazo. Nesse contexto, então, se algum equívoco administrativo houve, isso ocorreu por ocasião da concessão da pretérita aposentadoria,

31 LAZZARI, João Batista. et al. *Prática processual previdenciária: administrativa e judicial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 980.

cuja titularidade era do segurado falecido, o qual não pretendeu, dentro do tempo disponível, a revisão de seu próprio benefício.

Ademais, considerando que a pensão por morte, neste caso, é benefício acessório, ela deve ser paga no mesmo valor do benefício originário, nada justificando conceder tratamento diferenciado ao dependente em relação ao segurado. Só se herda aquilo que existe e nas condições deixadas.

Vejamos o entendimento de Frederico Amado³²:

Reputava-se correto o posicionamento da TNU. Considerava-se que, muito embora a pensão por morte seja do mesmo valor da aposentadoria do instituidor, tratava-se de outro benefício previdenciário, não podendo o dependente se prejudicar pela inércia do aposentado que deixou transcorrer o prazo de 10 anos sem postular a revisão de seu benefício.

No entanto, após refletir melhor sobre o tema, passou-se a adotar outro posicionamento nesta obra. Isso porque, admitir a revisão da pensão por morte derivada de aposentadoria com revisão fulminada pela decadência decenal, seria, de maneira injustificada, atribuir tratamento diferenciado ao dependente em detrimento do segurado.

Ademais, a relação de proteção do dependente é acessória ao do segurado, de modo que o dependente faz jus à pensão por morte oriunda de conversão de aposentadoria no mesmo valor desta, e não em valor superior.

Ora, se o segurado, titular da relação previdenciária e pagador da contribuição, ficou inerte por mais de dez anos no pedido de revisão de sua aposentadoria, não é direito do dependente fazê-lo na pensão por morte, vez que, para revisar este benefício, necessariamente se faz necessário rever o ato de concessão da aposentadoria.

Além disso, permitir que se inicie nova contagem do prazo decadencial a partir da concessão da pensão por morte viola o Princípio da Segurança Jurídica, visto que não pode o INSS ficar à mercê de eventuais pedidos de revisão a qualquer tempo. Ressalta-se, ainda, a impossibilidade de operacionalização de algumas revisões caso o benefício originário tenha sido concedido há décadas, visto que a autarquia previdenciária não armazena eternamente todos os processos administrativos. Ou seja, encampar o

³² AMADO, op. cit., p. 985/988.

entendimento firmado pela TNU no PEDLEF 5049328-54.2013.4.04.7000, é ir de encontro à pretensão do legislador de estabilizar as relações jurídicas.

Caso se permita a contagem de novo prazo decadencial a partir da pensão por morte em favor do dependente, há de se entender no mesmo sentido em prol do INSS, começando a correr do zero o prazo previsto no art. 103-A da Lei n. 8.213/91 para que o poder público exerça a autotutela previdenciária. Nesse sentido, prossegue o raciocínio de Amado³³:

Ademais, o objetivo do legislador ao instituir o prazo de dez anos para a postulação da revisão dos benefícios previdenciários foi atender ao Princípio da Segurança Jurídica, pois a Previdência Social não poderá ficar à mercê de revisão de renda a qualquer tempo, sob pena de instabilidade da relação previdenciária.

[...] Caso adotada a tese da TNU, o INSS poderia fazer o mesmo para fins de incidência do art. 103-A, que criou um prazo idêntico de dez anos para o exercício do poder-dever de autotutela, abrindo-se novo prazo decadencial para as pensões por morte oriundas de aposentadoria.

Frisa-se que antes de sedimentar sua jurisprudência conforme demonstrado no tópico antecedente, a TNU³⁴ recentemente havia adotado a corrente ora defendida, o que demonstra a constante oscilação de entendimento dos órgãos julgadores. Vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE RENDA MENSAL DE BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA POSTERIORMENTE CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ENUNCIADO N. 260, DA SÚMULA DO EXTINTO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS. DECADÊNCIA. INCIDENTE CONHECIDO E PROVIDO. Na hipótese em apreço, a revisão refere-se à pensão por morte, de forma que a parte autora já adquirira direito que fora atingido pela decadência, fiel *saisine*, princípio do direito sucessório – tanto porque *só se herda aquilo que existe*. Ora, como o de cujus primeiramente obtivera o auxílio doença, posteriormente convertido na aposentadoria por invalidez aos 24/06/1982. Já a pensão fora concedida aos 30/09/2013, ao passo que a inicial fora ajuizada em 2015. Vê-se, pois, que já decaiu o direito à suposta revisão pelo

33 AMADO, op. cit., p. 989.

34 BRASIL. *Turma Nacional de Uniformização*. Processo 0504235-69.2015.4.05.8400, Juiz Relator DOUGLAS CAMARINHA GONZALES, julgado em 16/06/2016. Disponível em: <<http://aplicaxext.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/pesqprocessos.php>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

próprio de cujus, diante do transcurso de prazo superior a 10 anos a contar de 01/08/1997. Esclareça-se que *a repercussão da decadência não se interrompe pela transmissão do direito a outra pessoa* – tal como ocorre na usucapião, aquisição do direito pelo decurso do tempo, - de forma, *que a situação em foco não se renova com a pensão por morte.* (TNU – Processo: 0504235-69.2015.4.05.8400, Juiz Relator: DOUGLAS CAMARINHA GONZALES, julgado em 16/06/2016) Grifo nosso

No mesmo sentido, em decisão ainda mais contemporânea, entendeu a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça³⁵:

PREVIDENCIÁRIO. *PENSÃO DERIVADA DE APOSENTADORIA OBTIDA JUNTO AO INSS. DECADÊNCIA DECENAL. VIÚVA TITULAR DE PENSÃO POR MORTE DE MARIDO APOSENTADO. MAJORAÇÃO DA PENSÃO MEDIANTE A REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL (RMI) DA PRETÉRITA APOSENTAÇÃO. INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO. CONSUMAÇÃO DA DECADÊNCIA DECENAL RELATIVAMENTE AO PEDIDO DE REVISÃO DA RMI DA APOSENTADORIA. EXEGESE DO ART. 103, CAPUT, DA LEI Nº 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 1.523-9/1997. 1. No caso concreto, a viúva autora tornou-se pensionista do INSS em 08/11/1994, tendo, quase quinze anos depois (23/10/2009), ajuizado ação revisional em busca da majoração dos valores de seu benefício, solicitando, para tanto, a prévia revisão da renda mensal inicial (RMI) da aposentadoria de seu falecido esposo, concedida cerca de dezessete anos antes (20/07/1992). 2. Em tal contexto cronológico, o pedido de revisão da RMI da mencionada aposentadoria, com a consequente majoração da pensão da viúva, acha-se inviabilizado, eis que, a teor do decidido em repetitivo no REsp 1.309.529/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 04/06/2013, “Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo a quo a contar da sua vigência (28.6.1997)”. 3. Logo, na hipótese em exame, a possibilidade de revisão da RMI da aposentadoria do finado marido da pensionista quedou fulminada pela decadência de dez anos ainda em 2007, enquanto que a presente ação foi ajuizada somente em 2009. 4.*

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.425.316/RS, Rel. Ministro SERGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201304093690&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.425.316/RS, Min. SERGIO KUKINA, 1ª Turma, julgado em 19/10/2016) Grifo nosso.

Ainda que a doutrina não mencione, vale aqui trazer à baila novamente a incorreção do legislador ao nomear o prazo previsto no art. 103 da Lei n.8213/91 como sendo decadencial, pois considerando a natureza condenatória da ação revisional, por certo que o prazo ali previsto é prescricional.

Nessa senda, em que pese não se tenha encontrado na pesquisa autores sustentando este fundamento, chamamos a atenção para a redação do art. 196³⁶ do Código Civil, dispondo que o prazo prescricional iniciado contra uma pessoa continua a correr contra seu sucessor. Assim, o prazo revisional que iniciou contra o segurado deve continuar contra seu dependente, não havendo se falar em recomeço da contagem.

Por fim, apenas para reforçar que o debate não se encontra encerrado, mesmo com a decisão da TNU, destaca-se que em 22/10/2016 o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 963.728/SC³⁷, adotou a tese aqui sustentada, de que o prazo decadencial começa a correr a partir da aposentadoria que ensejou a pensão por morte, e não da concessão desta.

Acredita-se que competirá ao Superior Tribunal de Justiça, por ser o responsável pela uniformização da legislação federal, encerrar de vez a celeuma e fixar entendimento definitivo sobre a temática.

4 CONCLUSÃO

No contexto em que vivemos atualmente, pautados pelo neoconstitucionalismo, protagonizado pelo Poder Judiciário, cujo *munus* principal é fazer valer as normas constitucionais, efetivando os direitos prometidos e assegurando a pacificação social, entendemos que as divergências jurisprudenciais em determinadas searas vão de encontro àquilo que pretendeu o legislador constituinte. Acreditamos que no caso da Previdência Social, por exemplo, que se inclui no rol dos direitos fundamentais sociais, a gangorra jurisprudencial existente nos mais variados níveis do Poder Judiciário e sobre os mais diversos temas afronta a força normativa da constituição. No presente trabalho, buscou-se demonstrar um exemplo de como a insegurança jurídica se faz presente num

³⁶ Art. 196. A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor.

³⁷ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 963.728/SC, Rel. Ministro LUIS ROBERTO BARROSO, julgado em 22/10/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4965180>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

tema relacionado ao direito previdenciário, chegando ao ponto de um mesmo órgão jurisdicional alterar completamente seu entendimento em questão de poucos meses. Primeiramente, o trabalho apresentou os pontos em comum entre a prescrição e a decadência de um modo geral, demonstrando que, além de pertencerem ao direito material, ambos institutos se manifestam pelo decurso do tempo, caracterizando-se como sanção àquele que ficou inerte por determinado prazo. Na sequência, o estudo passou a indicar os critérios objetivos para diferenciar a prescrição e a decadência, item que entendemos crucial para a compreensão das conclusões a que chegamos no estudo.

Quando houver descumprimento de um direito prestacional pela inadimplência do devedor, nasce para o credor a pretensão, que deve ser deduzida dentro do prazo estabelecido sob pena de estar prescrita. Por outro lado, a decadência é o prazo dentro do qual o titular de um direito potestativo deve exteriorizar sua declaração de vontade para poder influir na relação jurídica de outra pessoa, sob pena da perda do próprio direito.

Em seguida, foi tratado sobre os referidos institutos especificamente no âmbito do direito previdenciário. De início, tratou-se sobre a divergência existente sobre a natureza jurídica do prazo constante do art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91. Apontou-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o prazo decenal ali previsto para revisão do ato de concessão ou indeferimento é aplicável inclusive aos benefícios concedidos/postulados antes de sua instituição, decisão com a qual concordamos integralmente, principalmente em razão da segurança jurídica e da manutenção da isonomia entre os segurados. Posteriormente, restou esclarecido que não há que se falar em prescrição de fundo de direito quando se trata de benefícios previdenciários, visto que a relação jurídica entre segurado e INSS é de trato sucessivo.

O estudo versou, ainda, sobre o prazo da autotutela previdenciária, lapso temporal dentro do qual a autarquia previdenciária pode exercer o controle de legalidade de seus atos, que inexistente em caso de má-fé do segurado. Por fim, abordou a regra específica sobre o prazo prescricional em casos de acidente do trabalho, discorrendo acerca da razão de ser da manutenção do prazo em 5 anos, embora tenha havido elastecimento do prazo para outras situações.

Por derradeiro, adentrou-se no tema central do estudo, onde ficou clara a indefinição dos órgãos do poder judiciário ao definir qual é o termo inicial do prazo decadencial para revisar pensão por morte derivada de outro benefício previdenciário.

Foram apresentados os principais argumentos das correntes doutrinárias, concluindo-se que prevalece na jurisprudência e na doutrina que o termo *a quo* é a data inicial da pensão por morte. Ou seja, ainda que tenha decaído o direito de revisão do benefício primário, é possível que o dependente pretenda sua revisão apenas para que repercuta financeiramente na pensão por morte. Isso porque são benefícios distintos que ensejam a contagem autônoma do prazo decadencial, aplicando-se a Teoria da *actio nata*, de modo que a contagem do prazo para o dependente postular a revisão apenas começa a fluir a partir do recebimento de seu benefício.

Por outro lado, nos filiamos ao entendimento minoritário, no sentido de que se a revisão da pensão depende do recálculo do benefício originário, é da data inicial deste benefício que deve contar o prazo decadencial para solicitar a reanálise do ato administrativo concessório. Não se tratam, na verdade, de benefícios independentes com prazos autônomos, mas sim de principal (benefício de origem) e acessório (benefício derivado), de modo que nada justifica o tratamento diferenciado em favor deste. Se o segurado da Previdência Social, pagador dos tributos, não possuiu interesse em revisar seu benefício, não poderia o dependente, que pode nunca ter contribuído para o fundo, pretender receber mais que o instituidor de seu benefício.

Entretanto, em que pese a existência de uma corrente majoritária, é possível sustentar que o debate ainda está plenamente aceso, gerando intensa insegurança jurídica, pelo que competirá aos tribunais superiores fixar a tese definitiva tão logo seja possível, mormente pela importância da temática envolvida.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Legislação Previdenciária*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALLOSSI, William. *Direito Previdenciário na visão dos tribunais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. *Código Civil, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

BRASIL. *Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/@@busca?SearchableText=TNU+fixa+tese+sobre+prazo+decadencial+de+pens%C3%A3o+por+morte>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 05 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. 01 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 05 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo 1342657/RS*, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001532453&totalRegistroSPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial 1.425.316/RS*, Rel. Ministro SERGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201304093690&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial 1.488.669/RS*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1488669&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 805.772/RS*, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+805772&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.483.177/CE*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA,

julgado em 17/03/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1483177&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.529.562/CE*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1529562&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 626.489/SE*, Rel. Ministro LUIS ROBERTO BARROSO, julgado em 16/10/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3910753>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 963.728/SC*, Rel. Ministro LUIS ROBERTO BARROSO, julgado em 22/10/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4965180>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. *Processo 0504235-69.2015.4.05.8400*, Juiz Relator DOUGLAS CAMARINHA GONZALES, julgado em 16/06/2016. Disponível em: <<http://aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/pesqprocessos.php>>. Acesso em 17 jan. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

FILHO, Agnelo Amorim. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis*. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. *Pensão por Morte de acordo com a Lei n. 13.135/15*. São Paulo: LTr, 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LAZZARI, João Batista. et al. *Prática processual previdenciária: administrativa e judicial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PIACINI NETO, Odasir. *Prescrição e Decadência dos Benefícios Previdenciários*. Salvador: Juspodivm, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. 6. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Parte Geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

RECEBIDO EM: 05/04/2017

APROVADO EM: 12/07/2017

O “PÊNULO” DECISÓRIO: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A INSTABILIDADE JUDICIAL, A PARTIR DAS INCONSISTÊNCIAS ARGUMENTATIVAS NAS DECISÕES EXARADAS NOS AUTOS DAS AÇÕES ORIGINÁRIAS NS. 1.893 E 1.773.1

THE DECISION-MAKING “PENDULUM”: A BRIEF ANALYSIS ON JUDICIAL INSTABILITY, FROM THE ARGUMENTATIVE INCONSISTENCIES IN THE DECISIONS IN THE CASES OF ORIGINATING SHARES NS. 1,893 AND 1,773.

Luciana Laura Carvalho Costa Dias

Doutoranda em Direito. Bolsista CAPES em doutorado-sanduíche junto à Université Paris V. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília.

Assessora de Ministro do Superior Tribunal de Justiça e procuradora do Estado de Roraima, com atuação junto aos Tribunais Superiores. Procuradora federal em Brasília.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Ação Originária n. 1.893; 2 Medida Cautelar na Ação Originária n. 1.773; 3 Breves considerações acerca da jurisprudência do STF relativa ao art. 102, I, “n”, da Constituição Federal; 4 Teste de Asseribilidade; 5 Conclusão; Referências.

1 Este texto é fruto das leituras e estudos decorrentes no Grupo de Pesquisa “Juspositivismo, Jasmoralismo e Justiça Política”, liderado pelo Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr., relativo aos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo examinar a interpretação judicial conferida ao art. 102, I, n, da Constituição Federal brasileira, tendo como objeto de análise decisões do ministro Luiz Fux exaradas nos autos das Ações Originárias ns. 1.893 e 1.773. A finalidade precípua do artigo é o exame da integridade/coerência nas decisões judiciais. Com vistas a conclusões mais eloquentes e marcadas, o confronto entre decisões judiciais que versam sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF) dar-se-á por meio de dois julgados da relatoria de um mesmo Ministro e que tiveram publicação na mesma data – 17 de setembro de 2014.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual. (In)Segurança Jurídica. Integridade. Coerência. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The purpose of this article is to examine the judicial interpretation given to art. 102, I, n, of the Brazilian Federal Constitution, by analyzing decisions of Minister Luiz Fux in the records of the Originating Shares nos. 1,893 and 1,773. The primary purpose of the article is to examine integrity / consistency in judicial decisions. Searching the most eloquent and marked findings, the confrontation between judicial decisions will be performed by analysing cases jugded by the same Minister and who had been published on the same date - September 17, 2014.

KEYWORDS: Procedural Law. Legal (In)Security. Integrity. Coherence. Supreme Court.

INTRODUÇÃO

O exame da integridade nas decisões judiciais é o tema objeto do presente artigo.

A partir da interpretação judicial conferida ao art. 102, I, *n*, da Constituição Federal brasileira, pretende-se, neste artigo, pôr em xeque, por meio de um exercício concreto de análise de casos², a coerência e a robustez de alguns julgados produzidos pelas Cortes Superiores pátrias.

Inicialmente, faz-se oportuna a transcrição do aludido artigo constitucional:

Art. 102.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...].

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

No que toca às balizas de nosso exercício acadêmico, importa dizer que, com vistas a conclusões mais eloquentes e marcadas, o confronto entre decisões judiciais que versam sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF) dar-se-á por meio de dois julgados da relatoria de um mesmo Ministro (*in casu*, Ministro Luiz Fux, por ter conferido tratamento diferenciado à matéria em questão, como a seguir se verá) e que tiveram publicação na mesma data – 17 de setembro de 2014.

2 É de se esclarecer que o método de pesquisa eleito como o mais propício para a consecução dos objetivos de análise foi o estudo de caso. Yin chama a atenção para o fato de que “o estudo de caso é uma investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo em profundidade e em seu contexto de vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não são claramente evidentes” (YIN, 2010, p. 32). As técnicas a serem utilizadas serão bibliográfica, por meio da consulta de textos doutrinários pertinentes, e documental, utilizando-se de julgados proferidos no país.

O tema sob exame tem sua relevância justificada por tocar temas tão caros ao Direito como as noções de coerência e integridade.

Nesse sentido, Ronald Dworkin, ao formular a teoria da Integridade no Direito, traz a noção de que há um valor moral no respeito à integridade e à coerência em um sistema jurídico, de modo a refletir os valores da comunidade política (2003, p. 231).

Para traçar um ilustrativo paralelo com a atividade do intérprete/aplicador da lei, Dworkin utiliza hipoteticamente a figura do “romance em cadeia” – um projeto por meio do qual um grupo de romancistas escreveria um romance em série. Cada romancista interpretaria os capítulos que recebeu para, a partir desses, escrever um novo capítulo, que, então, seria analisado pelo romancista seguinte, e assim por diante.

A atividade do último novelista é sempre a de interpretar os argumentos dos antecessores e, conforme suas próprias convicções, escrever a continuidade do texto, de forma coerente, com consistência narrativa.

De modo correspondente ao autor no romance em cadeia, cada juiz deve:

Ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.” (DWORKIN, 2005, p. 238).

Ao decidir um novo caso, o juiz deve considerar-se parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual um imenso número de decisões, estruturas, convenções e práticas formam sua história; e ao juiz cabe dar uma continuidade coerente a essa história no futuro, consciente de que deve interpretar o que aconteceu antes e levar adiante a incumbência que tem em mãos (SENS, 2013).

Em sentido adverso à atividade judicial idealmente acima descrita, a hipótese a ser confirmada ou não neste breve estudo é a de que, por vezes, na jurisprudência pátria, os textos normativos (até mesmo os de natureza constitucional) são mais utilizados como pretextos justificadores da decisão do que propriamente parâmetros de decidibilidade.

1 AÇÃO ORIGINÁRIA N. 1.893³

Tratou-se de ação ordinária ajuizada por Raimundo Itamar Lemos Fernandes Júnior, juiz do trabalho, contra a União, originariamente, no Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Pará, objetivando o recebimento de ajuda de custo em razão de remoção, nos termos previstos no artigo 65, I, da LOMAN.

O Juizado Especial Federal se declarou incompetente para julgar o feito em razão do valor da causa ultrapassar o valor de sessenta salários mínimos, conforme art. 3º, § 3, da Lei 10.259/2001. Remetidos os autos à Justiça Federal, este Juízo declinou da competência para o Supremo Tribunal Federal por entender configurar-se hipótese prevista no art. 102, I, n, da Constituição Federal, havendo fundamentado sua decisão no julgamento da AO 1.569-QO/DF pelo Plenário do Supremo (a seguir tratado).

Inicialmente, em sede de decisão monocrática, o Relator Ministro Luiz Fux sopesou que, em que pese o Plenário do STF, no julgamento da AO 1.569-QO/DF, na Relatoria do Ministro Marco Aurélio, ter definido a competência originária desta Corte para julgar a matéria referente ao pagamento do benefício de ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança (art. 65, I, da Lei Complementar nº 35/79) aos magistrados federais, mencionou que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em momento posterior, 1º de agosto de 2011, no julgamento da Rcl 2.136-AgR, havia declinado da competência originária em razão de o benefício requerido não possuir qualquer conotação de natureza corporativo-institucional, em virtude de ser também titularizado pelos membros do Ministério Público.

Assim, resta claro que se utilizou como razão de decidir que, se os interesses, direitos ou vantagens constituírem situações comuns a outras categorias funcionais, se descaracteriza a própria razão de ser justificadora da especial competência originária do Supremo Tribunal Federal instituída pela Constituição da República.

Por meio dessa decisão monocrática, o Ministro Relator, ao declinar da competência originária do STF para processar e julgar o feito referente à ajuda de custo em questão, citou diversos precedentes, a saber: Rcl 16.817, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 29/4/2014; Rcl 16.409-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 11/2/2014; Rcl 16.815-MC, Rel. Min. Roberto

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AO 1893 AgR*, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-09-2014 PUBLIC 17-09-2014.

Barroso, DJe 9/12/2013; Rcl 16.971, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 3/2/2014; e AO 1.809, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 4/11/2013.

A partir de Agravo Regimental de que lançou mão a parte autora, a questão foi a julgamento pela 1ª Turma do Tribunal, momento processual em que se reafirmou o entendimento anteriormente exposto por meio da decisão democrática, conforme se colhe da ementa abaixo transcrita:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO ORIGINÁRIA. AJUDA DE CUSTO EM RAZÃO DE REMOÇÃO. MAGISTRATURA. INCOMPETÊNCIA DO STF PARA JULGAMENTO DA AÇÃO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF SOMENTE NAS HIPÓTESES DE INTERESSE ESPECÍFICO E EXCLUSIVO DA MAGISTRATURA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

1. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para o julgamento das demandas que alcancem o interesse de todos os membros da magistratura, nos termos do art. 102, I, n, *apenas se configura se os direitos ou vantagens em debate sejam específicos e exclusivos da carreira.*

2. Precedentes: Rcl 2.136-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 15/08/2011, Rcl 16.817, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 29/4/2014; Rcl 16.409-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 11/2/2014; Rcl 16.815-MC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 9/12/2013; Rcl 16.971, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 3/2/2014; e AO 1.809, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 4/11/2013. 3. Agravo regimental desprovido. (AO 1893 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-09-2014 PUBLIC 17-09-2014). (grifo do autor).

É importante deixar claro que a razão de decidir do julgamento coletivo foi a mesma defendida pelo Ministro Relator, qual seja, por se tratar de ajuda de custo não percebida exclusivamente pelos membros da magistratura, não ocorreria a atração necessária da competência originária do STF para processamento e julgamento da causa.

Como já anteriormente adiantado, na mesma data de 17 de setembro de 2014, houve publicação de um *decisum* monocrático em processo da relatoria do Ministro Luiz Fux em sentido diametralmente opostos, passemos a isso.

2 MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO ORIGINÁRIA N. 1.773⁴

Tratou-se de ação de rito ordinário, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por Juízes Federais em face da União em que pretendiam o reconhecimento do direito à ajuda de custo para fins de moradia prevista no inciso II do art. 65 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional Loman (Lei Complementar nº 35/1979).

A parte autora alegava que, nada obstante o comando normativo que emerge do inciso II do art. 65 da LOMAN, nem todos os magistrados federais estavam percebendo o referido auxílio, de modo que alguns arcavam pessoalmente com os custos de habitação. Afirmavam que haviam sido feitos sucessivos pedidos nesse sentido perante o Conselho da Justiça Federal e o Conselho Nacional de Justiça, sem êxito

Aduziam que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o direito ao auxílio-moradia aos magistrados haveria de ser devido em sua ampla extensão, mesmo aos magistrados que dispunham de residência própria, sendo óbice à percepção daquela verba apenas o fato de o magistrado ocupar imóvel funcional, consoante fundamentos consignados no voto proferido pelo Min. Marco Aurélio, Relator do MS 26.794/MS.

Em seu parecer, o Procurador-Geral da República opinou pelo deferimento parcial da antecipação de tutela jurisdicional e pela procedência parcial do pedido, nos termos da seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. ESTATUTO DA MAGISTRATURA. AUXÍLIO-MORADIA. LOMAN, ART. 65, II. SIMETRIA DE REGIMES ENTRE A MAGISTRATURA JUDICIAL E A DO MINISTÉRIO PÚBLICO, PARTICULARMENTE DESDE A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004. NECESSIDADE DE DISCIPLINA NACIONAL E UNIFORME DO INSTITUTO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

1. Competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ação em que toda a magistratura judicial é interessada, que discute vantagem funcional com regramento específico, cuja disciplina demanda decisão uniformizadora do STF.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC na AO 1773, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 15/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe PUBLIC 17-09-2014.

2. O auxílio-moradia é vantagem funcional expressamente prevista no art. 65, II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/1979), recepcionado pela Constituição da República de 1988. Possui natureza indenizatória, devido propter laborem a juízes que residam em localidade na qual não haja residência oficial disponível.

3. A natureza indenizatória do auxílio-moradia torna-o compatível com o regime constitucional de subsídio aplicável aos juízes.

4. É juridicamente possível integração do art. 65, II, da LOMAN com outras normas, para o fim de concluir pela aplicabilidade imediata do auxílio-moradia, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal quanto a outros institutos do mesmo dispositivo. Particularmente a partir da Emenda Constitucional 45/2004, que alterou o art. 129, §4º, da Constituição, *o poder constituinte densificou a simetria de regime jurídico entre juízes e membros do Ministério Público, sendo lícito considerar que atribuiu ao segundo a natureza de magistratura requerente, equiparada à judicial, a exemplo de países europeus de matriz jurídica romano-germânica. Com isso, é legítima a aplicação recíproca de normas legais de uma à outra carreira, no que couber. A disciplina do auxílio-moradia devido aos magistrados judiciais pode extrair-se da inscrita na Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75/1993).*

5. Possui o Poder Judiciário caráter unitário e nacional, a demandar disciplina uniforme das linhas mestras de seu regime jurídico (art. 93 da Constituição da República). Precedentes do Supremo Tribunal Federal. É inconstitucional e injusta a pletora de leis e atos administrativos que hoje regulamentam de forma fragmentada e divergente o auxílio-moradia para parcelas da magistratura judicial. Até que advenha lei nacional a respeito do instituto, deve o Conselho Nacional de Justiça, por determinação do Supremo Tribunal Federal, regular o pagamento do auxílio-moradia aos juízes brasileiros, superando a variedade de leis estaduais discrepantes sobre o tema. Para os membros do Supremo Tribunal Federal, caberá ao próprio órgão disciplinar o instituto. Parecer pelo reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal, pelo deferimento parcial da antecipação de tutela jurisdicional e pela procedência parcial do pedido, ambos com efeito ex nunc. (grifo do autor).

Importa transcrever ainda o seguinte excerto da decisão (grifos do autos):

É o relatório. *Decido.*

Ab initio, acolho, nos termos do parecer do Procurador-Geral da República, o pedido de ingresso da AJUFE nos autos na condição de assistente litisconsorcial, de modo que o resultado desta ação alcançará os magistrados federais de maneira uniforme.

Quanto ao tema de fundo, cumpre destacar que a compreensão predominante nesta Corte é no sentido de que os direitos e deveres dos magistrados são, no mínimo, aqueles previstos na sua lei complementar de regência, qual seja, a Lei Complementar no 35/79 [...].

Causa espécie notar que, após o regular relatório, a decisão monocrática trata inicialmente do ingresso de uma associação corporativa (AJUFE – Associação de Juízes Federais) na qualidade de assistente litisconsorcial, para, em seguida adentrar no que a própria decisão designa como sendo “tema de fundo”.

Quer-se com isso dizer que a questão relativa à competência originária do Supremo Tribunal Federal não foi sequer objeto da decisão.

O que dizer, então, da razão de decidir exposta na AO 1.893, no sentido de que a ajuda de custo também recebida por membros de outras carreiras não atrai a competência originária do STF nos termos do art., 102, I, *n*, da Constituição Federal?

Em clara prova de descompromisso com as razões de decidir anteriormente expostas, em julgado de 02 de setembro de 2014; o Ministro Luiz Fux, nos autos da AO 1.773, julgada em 15 de setembro de 2014, não apenas reconhece tacitamente a competência originária do STF para tratar da matéria de ajuda de custo não percebida exclusivamente pela magistratura, como chega mesmo a utilizar a percepção do auxílio-moradia por membros do Ministério Público como argumento que milita a favor da concessão da Medida Cautelar pleiteada, por motivos afetos à equidade, vejamos.

Em razão do deslocamento para um local em que não existe residência oficial, o Diretor de Secretaria terá o direito a receber o auxílio-moradia pago regularmente nos termos da Resolução nº 4 do CJF. Por outro lado, o Juiz Federal, que é seu chefe na hierarquia administrativa e que, também, se removeu para o mesmo local, tem o seu pedido de ajuda de custo para fins de moradia negado. *E a situação se agrava quando*

se tem conhecimento inequívoco de que esta Corte, bem como o CNJ, STJ, o Ministério Público Federal e o CJF já pagam, regularmente, a ajuda de custo aos magistrados e membros do Ministério Público Federal convocados (grifos do autor).

Assim ficou redigida a parte dispositiva da decisão que deferiu a tutela antecipada pleiteada cautelarmente e que vigora plenamente até os dias de hoje:

Ex positis, e considerando, primordialmente, que o CNJ já reconhece o direito à ajuda de custo para fins de moradia aos magistrados e Conselheiros que lá atuam, ex vi da sua Instrução Normativa no 9, de 8 de agosto de 2012, tendo em vista que todos os magistrados desta Corte têm o direito à ajuda de custo assegurado por ato administrativo, haja vista que os Membros do Ministério Público Federal, inúmeros Juizes de Direito e Promotores de Justiça já percebem o referido direito, e em razão, também, da simetria entre as carreiras da Magistratura e do Ministério Público, que são estruturadas com um eminente caráter nacional, DEFIRO a tutela antecipada requerida, a fim de que todos os juizes federais brasileiros tenham o direito de receber a parcela de caráter indenizatório prevista no artigo 65, inciso II, da LC no 35/79, aplicando-se como regra aplicável para a concessão da referida vantagem,; i) o artigo 65 da LOMAN ora referido, que, apenas, veda o pagamento da parcela se, na localidade em que atua o magistrado, houver residência oficial à sua disposição; ii) os valores pagos pelo STF a título de auxílio- moradia a seus magistrados. (grifos do autor).

Como já adiantado ao longo do presente artigo, ambos os julgados aqui analisados foram publicados, em sentidos claramente opostos, na mesma data, de 17 de setembro de 2014.

No primeiro julgado, o fato de o Ministério Público também perceber a ajuda de custo então pleiteada (afeta à remoção) foi suficiente para se afastar a competência originária do STF, nos termos do art. 102, I, n, da Constituição Federal.

No segundo julgado⁵, o fato de o Ministério Público também perceber a ajuda de custo então pleiteada (auxílio-moradia) foi suficiente

⁵ A respeito do segundo julgado, importa mencionar que, já há mais de dois anos, ao arrepio do dever imposto ao Ministro Relator no bojo do artigo 21, V, do Regimento Interno do STF, o Plenário do tribunal não teve a oportunidade de referendar ou não a decisão liminarmente proferida acerca da concessão do auxílio-

não apenas para atrair tacitamente a competência originária do STF, nos termos do mesmo art. 102, I, *n*, da Constituição Federal, mas também para gerar o deferimento da percepção do auxílio, em virtude da “simetria entre as carreiras da Magistratura e do Ministério Público, que são estruturadas com um eminente caráter nacional”.

O que isso pode dizer acerca dos métodos e parâmetros decisórios utilizados pelas Cortes brasileiras?

3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF RELATIVA AO ART. 102, I, “N”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ao Supremo Tribunal Federal, a Constituição confere outras competências, além da competência maior de guardá-la e defendê-la. Segundo a Constituição de 1988, ao Supremo Tribunal são conferidas competências em três planos: em primeiro lugar, competências originárias; depois, competência recursal ordinária e, finalmente, competência recursal extraordinária.

Na dicção do art. 102, I, *n*, da Constituição da República, identificam-se duas hipóteses distintas de deslocamento da competência judicante originariamente para o Supremo Tribunal Federal: (i) existência de interesse – direto ou indireto – de todos os membros da magistratura no julgamento da causa; e (ii) impedimento ou suspeição de mais da metade dos membros do tribunal de origem.

Em ambas as hipóteses, o deslocamento excepcional da competência judicante objeto do art. 102, I, *n*, da Carta Política tem assento na existência de choque de interesses tal que seja inviável a instalação de um julgamento imparcial na instância que, de outro modo, seria a originalmente competente. O que se busca preservar, portanto, é a própria garantia do princípio do juiz natural.

Este tópico se aterá à jurisprudência relativa à primeira hipótese constitucionalmente prevista, em virtude de ser a única pertinente ao tema explorado.

moradia. Nesse sentido: “*Por se tratar de situação excepcional, a decisão monocrática que concede liminar e em procedimento abreviado só faz sentido quando for levada rapidamente ao plenário (full bench). O constrangimento para sua colocação em pauta deveria ser tanto maior. Por isso, posso afirmar que não há o que ‘ponderar’ (Abwägung de Alexy); há, sim, apenas o ‘dever’ (has a duty de Dworkin) de decidir. Penso, desse modo, estar colaborando com a Suprema Corte de meu país, além de contribuir — e essa, repito, é a tarefa da doutrina — para uma melhor prestação da jurisdição constitucional, na busca de uma melhor relação entre os Poderes da República.*” (STRECK, 2014).

Assim, tem-se que, a respeito da primeira subsunção, firmou-se a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de somente reconhecer a incidência da norma de competência inscrita no art. 102, I, n, primeira parte, da Lei Maior, considerada a sua *ratio essendi*, quando em litígio interesse qualificado como privativo – peculiar e exclusivo – da magistratura⁶.

Nesse sentido, transcreve-se, pela pertinência, trechos esclarecedores do voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Mello no já vetusto julgamento do MS 21441/RJ⁷:

[...] A jurisprudência desta Corte, ao fixar o sentido e o alcance desse preceito constitucional, delimitou-lhe, em sucessivos pronunciamentos, o âmbito de sua incidência e aplicabilidade, ressaltando que falece competência ao Supremo Tribunal Federal se o objeto da causa não envolve direitos, interesses ou vantagens pertinentes, com exclusividade absoluta, à própria Magistratura.

Especificamente sobre a inexistência de usurpação da competência originária do STF nos casos que tratem de ajuda de custo, no julgamento monocrático da Reclamação n. 15.940⁸, o relator, Ministro Celso de Mello, consignou, *verbis*:

Cabe assinalar, finalmente, que o eventual reconhecimento da competência originária do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 102, I, “n”, da Constituição da República, para processar e julgar causas cujo objeto envolva vantagens comuns tanto a magistrados como a agentes públicos em geral, culminaria por transformar esta Corte em verdadeiro “forum attractionis” de múltiplas demandas que, na realidade, poderiam (e deveriam) ser resolvidas pelas instâncias judiciárias de primeiro grau, inclusive, a depender do valor da causa, pelos próprios Juizados Especiais Cíveis, como no caso.

Na mesma linha, tem-se os seguintes precedentes, representativos da jurisprudência reiterada da Corte:

6 Um amplo histórico jurisprudencial acerca do tema consta da Reclamação n. 16.971/MT, relatoria Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 17/21/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-22 DIVULG 31.01.2014 PUBLIC 03.02.2014.

7 Relator p/ acórdão Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 28.5.1993.

8 DJe 28.6.2013

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. INCOMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALÍNEA 'N' DO INCISO I DO ART. 102 DA MAGNA CARTA. RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. INTERESSE NÃO EXCLUSIVO DA MAGISTRATURA. 1. Não se discute o direito à licença-prêmio (Súmula 731/STF), nem à conversão, em pecúnia, de licença-prêmio não gozada, mas, sim, a legalidade do desconto do Imposto de Renda sobre tal parcela. 2. Matéria que, em tese, interessa a todos os servidores públicos. 3. Agravo regimental desprovido. (AO 1473-AgR/MA, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 10.4.2008).

MAGISTRATURA. REVISÃO VENCIMENTOS. AUXÍLIO-MORADIA. ISONOMIA. OBSERVÂNCIA. QUESTÃO DE ORDEM. COMPETÊNCIA. ART. 102, I, N, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO INCIDÊNCIA. REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1. Magistratura. Revisão de vencimentos para equiparação de benefícios. Auxílio-Moradia. Inclusão. 2. Questão de Ordem. Competência para processar e julgar originariamente 'a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados'. Art. 102, I, n, da Constituição Federal. 3. Regra explícita de conformação entre os princípios constitucionais do juízo natural e da imparcialidade. Indispensável garantia de imparcialidade do julgador da causa e, conseqüentemente, de lisura da decisão judicial a ser proferida. 5. Requisitos para competência originária do Supremo Tribunal Federal. O interesse direto ou indireto deverá ser efetivo e para a totalidade da magistratura. Situação específica não demonstrada na hipótese dos autos. 6. Questão de ordem provida para reconhecer a incompetência desta Corte e devolução dos autos ao Juízo de origem. (AO 587/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 30.6.2006).

COMPETÊNCIA. CAUSA DE INTERESSE DA MAGISTRATURA. A letra n do inciso I do art. 102 da Constituição Federal, ao firmar a competência originária do STF para a causa, só se aplica quando a matéria versada na demanda diz respeito a privativo interesse da magistratura enquanto tal e não também quando interessa a outros servidores. Precedentes.

Agravo improvido. (Rcl 1952 AgR/MA, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 19.02.2004).

E M E N T A: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA (CF, ART. 102, I, N) - NORMA DE DIREITO ESTRITO - MAGISTRADOS QUE PRETENDEM A PERCEPÇÃO DO ADICIONAL DE 1/3 SOBRE OS DOIS PERÍODOS ANUAIS DE FÉRIAS A QUE FAZEM VANTAGEM QUE NÃO É EXCLUSIVA DA MAGISTRATURA - AÇÃO AJUIZÁVEL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO STF - AGRAVO IMPROVIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - tendo presente a interpretação dada ao preceito constante do art. 102, I, n, da Constituição (RTJ 128/475 - RTJ 138/3 - RTJ 138/11) - firmou-se no sentido de não reconhecer a competência originária desta Corte, sempre que a controvérsia envolver vantagens, direitos ou interesses comuns à magistratura e a outras categorias funcionais. - O direito reclamado - analisado na perspectiva do estatuto jurídico pertinente à Magistratura - não tem qualquer conotação de natureza corporativo institucional (pois é também titularizado pelos representantes do Ministério Público e membros integrantes dos Tribunais de Contas) e não se restringe, por isso mesmo, apenas àqueles que estejam investidos no desempenho de cargos judiciários. - Enquanto houver um único Juiz capaz de decidir a causa em primeira instância, não será lícito deslocar, para o Supremo Tribunal Federal, com apoio no art. 102, I, n, da Constituição, a competência para o processo e julgamento da ação promovida pela quase totalidade dos magistrados estaduais. - Eventual recurso de apelação a ser interposto contra a decisão do magistrado de primeiro grau - que é o órgão judiciário competente para apreciar a causa -, deslocar-se-á, per saltum, para o Supremo Tribunal Federal, desde que se evidencie a ocorrência de impedimento/suspeição de mais da metade dos Desembargadores componentes do Tribunal de Justiça do Estado. Precedentes: AO n. 263-SC (Questão de Ordem), Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - AO nº 378-SC, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, v.g. (AO 465-AgR/RS, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 25.4.1997).

MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO EM FAVOR DOS MAGISTRADOS ASSOCIADOS DA IMPETRANTE. IMPUGNAÇÃO DE CRITÉRIO DE CALCULO, INSTITUIDO POR AUTORIDADE FISCAL, PARA O RECOLHIMENTO, NA

FONTE, DE IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE SEUS VENCIMENTOS. Firmou-se, nesta Corte, o entendimento de que a Competência do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, I, 'n', da Constituição Federal, primeira parte, só tem lugar quando em lide questão de interesse específico e exclusivo da magistratura. Hipótese não configurada neste mandado de segurança, onde se discute a legitimidade de exigência tributária afetante não apenas aos magistrados, mas aos servidores e assalariados em geral. Incompetência do STF. (MS 21441-QO/RJ, Relator p/ o acórdão Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 28.5.1993).

Competência. Constituição, Artigo 102, I, letra 'n'. Ação Ordinária contra a União Federal movida por magistrados federais, relativamente a exigência da contribuição do INSS de 12% (doze por cento) sobre o total da remuneração. Hipótese em que a matéria sobre que versa a causa não é do privativo interesse da magistratura federal, mas dos servidores federais, em geral, também atingidos pela Lei n. 8.162, DE 1991. Precedente do STF, na AOE 11-03/DF. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o art. 102, I, letra 'n', da Constituição, não se configura, desde logo, pelo exclusivo fato de existir interesse dos magistrados na causa, desde que esse interesse seja comum aos servidores públicos em geral. Ação a que se nega seguimento no Supremo Tribunal Federal. (Pet 506-QO/MG, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 19.2.1993).

No mesmo sentido, ainda, a AOE 11-QO/DF, Relator Ministro Octavio Galotti, DJ 02.6.1989; a AO 8-QO/CE, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 16.10.1991; a AO 33/SP, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 13.11.1992; a AO 467/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 3.10.1997; o MS 21016-MC/MT, Relator Ministro Paulo Brossard, DJ 14.9.1990; o MS 21071-MC-QO/SP, Relator Ministro Célio Borja, DJ 20.4.1990; a Rcl 446/PI, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 4.4.1997; e a AO 32/SP, Relator p/ acórdão Ministro Francisco Rezek, DJ 21.8.1992.

Conclui-se, enfim, a existência de jurisprudência consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser inexistente a competência originária da Corte para tratar de demandas que envolvam discussão acerca de ajuda de custo de magistrados, em virtude de não se tratar de benefício exclusivo da magistratura.

4 TESTE DE ASSERIBILIDADE

Alec Fisher, em seu livro “A lógica dos verdadeiros argumentos” (2008), em que propõe um método crítico de analisar e avaliar argumentos, traz a ideia da Pergunta de Asseribilidade.

O autor propõe que, diante de um raciocínio, o leitor deve desenhar um diagrama argumentativo ou escrever o trecho em sua forma linear equivalente. Ao fazer isso, identifica-se com clareza o argumento e, conseqüentemente, se tal argumento é ou não forte.

Por meio do método proposto por Fisher, ao se extrair o argumento de seu contexto e encontrar-se a conclusão principal, o crítico do texto analisado deve se fazer então a chamada Pergunta de Asseribilidade, qual seja: que argumento ou prova justificaria a minha asserção da conclusão, isto é, o que eu teria de saber ou de ser convencido para aceitar a conclusão.

Neste ponto do presente artigo, propõe-se a aplicação do método do aludido autor não apenas a um julgado dentre os analisados, mas conjuntamente com relação a ambos, uma vez que se busca uma análise racional jurisdicional coerente e concatenada.

AO 1.883	AO 1.773
Argumento: Ajuda de custo não exclusiva da magistratura	Argumento: Ajuda de custo não exclusiva da magistratura
Conclusão: Não há competência do STF. Pleito não concedido pelo STF.	Conclusão: Há competência tácita do STF. Pleito concedido sob fundamentos de equidade e simetria.
Pergunta de Asseribilidade: que argumento ou prova poderia permitir-me asserir a conclusão em questão?	

A partir da resposta dada à pergunta de asseribilidade, evidencia-se, por meio de lógica formal, a absoluta incongruência argumentativa nos casos judiciais sob análise.

Como a mesma reposta cabe como causa de conclusões exponencialmente diversas, tem-se a fragilidade argumentativa de um mesmo raciocínio capaz de fundamentar conclusões no todo incongruentes.

5 CONCLUSÃO

Luís Carlos Martins Alves Jr. indaga se os textos normativos se revelam como parâmetros de decidibilidade ou como pretextos justificadores da decisão. A pergunta se apresenta como mais que pertinente na análise dos aludidos julgados.

O autor esclarece que “g) o texto normativo é parâmetro de decidibilidade todas as vezes que o magistrado subordina a sua vontade ao que efetivamente está escrito e prescrito no texto; h) o texto normativo é pretexto justificador todas as vezes que o magistrado subordina o que está escrito e prescrito no texto normativo à sua vontade.” (2015).

Não parece ter sido outro o destino do texto normativo constitucional insculpido na alínea *n* do inciso I do art. 102 que não a sua coadjuvante utilização como pretexto justificador de decisões pessoalmente compromissadas, nas quais a incoerência é a grande reveladora do manejo do texto normativo como mero pretexto.

José Rodrigo Rodrigues, ao analisar a constante incoerência das decisões judiciais brasileiras, traz a ideia de que a jurisdição brasileira é opinativa e julga em função da agregação de opiniões e não com base na fundamentação sistemática e racional. Daí o autor defender que se trata também de uma jurisdição personalista, que admite e estimula os juízes a emitirem opiniões, em lugar decisões bem fundamentadas (2013, p. 94 e ss.).

A presença de argumentos de autoridade nas decisões pátrias também é lembrada pelo autor, ante a ausência de um sistema de precedentes organizado, as citações se dão em forma de somatório para reforçar a autoridade de quem está proferindo o julgado.

Nesse cenário, resta patente a fragilidade, em nosso sistema, do instituto da segurança jurídica. No modelo da justiça opinativa, a estabilidade dos padrões decisórios depende mais das pessoas dos juízes envolvidos nos julgamentos do que da racionalidade da argumentação.

No estudo de casos desenvolvido no presente texto, nem mesmo na pessoa de um mesmo juiz encontrou-se qualquer estabilidade de padrão decisório, o que se dizer então de estabilidade por racionalidade argumentativa?

Torna-se deveras difícil diferir uma decisão não coerente de simples exercício arbitrário da força. Dito de outro modo, diferir exercício legítimo do poder político de indigna usurpação da liberdade de todos (LIMA, 2012).

REFERÊNCIAS

ALVES JR., Luís Carlos Martins. Texto normativo: parâmetro de decidibilidade ou pretexto justificador? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4338, 18 maio 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39234>>. Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. AO 1893 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-09-2014 PUBLIC 17-09-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 set. 2016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. MC na AO 1773, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 15/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe PUBLIC 17-09-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 set. 2016.

CARVALHO, Lucas Borges. Integridade, pragmatismo e decisão judicial: um debate entre Hércules e Jobim. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 16, n. 64, jul-set/2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FISCHER, Alec. *A lógica dos verdadeiros argumentos*. Tradução de Rodrigo Castro. São Paulo: Novo Conceito, 2008.

LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. A integridade do direito: de Kant a Dworkin. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11967>. Acesso em: 16 set. 2016.

PEREIRA, Carlos André Studart; LUCIANO, Pablo Bezerra. *Liminares de Fux sobre auxílio-moradia comemoram dois anos*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-15/liminares-fux-auxilio-moradia-comemoram-dois-anos#top>>. Acesso em: 15 set. 2016.

RODRIGUES, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SENS, Sheila Catarina da Silva. A teoria interpretativa de Dworkin: um modelo construtivo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 31, p. 119-147, jul. 2013. ISSN 2318-7999. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n31p119>>. Acesso em: 15 set. 2016.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Cortez, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? *Consultor Jurídico*, 4 dez. 2014. Acesso em: 11 maio 2016.

YIN, Robert. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

RECEBIDO EM: 26/05/2017

APROVADO EM: 25/07/2017

REPERCUSSÕES DO CPC/2015 NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

*THE IMPACTS OF THE CIVIL PROCEDURE CODE/2015 IN
THE SMALL CLAIMS COURTS AND THE INTERTEMPORAL
PERSPECTIVE AS A BRIDGE CROSSING*

Ludmilla Camacho Duarte Vidal

Doutoranda e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Processual Civil Professora de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Advogada.

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Algumas reflexões sobre o passado, o presente e o futuro dos Juizados Especiais Cíveis; 2 Principais repercussões do CPC/2015 nos Juizados Especiais Cíveis: remissão específica e compatibilidade; 2.1 Sistema de precedentes vinculantes, julgamento liminar de improcedência, dinamização do ônus da prova e fundamentação das decisões judiciais; 2.2 O incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica; 2.3 Embargos declaratórios (artigos 1.065 e 1.066); 2.4 Contagem dos prazos: deve-se reconhecer a vitória dos “dias corridos”?; 3 Apontamentos sobre o direito intertemporal e a ultratividade do artigo 275, II; 4 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente artigo pretende realizar um estudo sobre as influências mais significativas do Código de Processo Civil de 2015 no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Na aferição de compatibilidade das duas legislações em análise, trataremos do direito intertemporal como ponte de transposição e a *ultratividade* do artigo 275, II, do CPC de 1973.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Intertemporal. Juizados Especiais Cíveis. Código de Processo Civil. Operacionalidade. Compatibilidade.

ABSTRACT: This paper intends to analyze the main influences of the new Civil Procedure Code in the Civil Small Claims Courts. From its assessment of the compatibility perspective, we shall therefore approach the Intertemporal Right as the transposition bridge and the proactivity of the article 275, II, CPC/1973.

KEYWORDS: Intertemporal Right. Civil Small Claims Courts. Civil Procedure Code. Operationability. Compatibility.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente estudo serão examinadas as principais repercussões provocadas pelo CPC/2015 no campo dos Juizados Especiais Cíveis, notadamente com relação à Lei 9.099/95. A compatibilidade entre os dois diplomas parecia ser uma conclusão bastante simples, mas que, no entanto, tem sido alvo de muitas controvérsias, podendo vir a ser considerada uma das questões mais sensíveis e de urgente enfrentamento que surgem após a entrada em vigor do novo Código.

O ponto de partida reside na compreensão de que o tema proposto envolve duas etapas distintas, porém indissociáveis: (i) a aferição cuidadosa sobre a aplicação dos institutos do CPC/2015 no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis regidos pela Lei 9.099/95¹ quando da ausência de remissão específica, haja vista que o exame de compatibilidade nos impõe o desafio perverso da subjetividade, ocasionando inseguranças em sua operacionalização; (ii) a apuração do momento adequado de aplicação do CPC/2015 aos processos já em curso perante os Juizados, sem o comprometimento dos atos processuais praticados e das situações jurídicas consolidadas. Cuidam-se de reflexões necessárias ao desempenho da prática jurídica, assegurando-se que as novas técnicas não venham a prejudicar – e sim incrementar – as conquistas alcançadas pelo modelo dos Juizados Especiais até os dias de hoje, componente essencial à construção de um sistema mais acessível e democrático.

As divergências doutrinárias giram em torno tanto da própria existência de compatibilidade entre o CPC/2015 e a Lei 9.099/95, como na dificuldade em se detectar os institutos compatíveis, chegando-se até mesmo a ser levantada certa problematização no que concerne a alguns desdobramentos das hipóteses de aplicação expressa e específica encontradas nos artigos 1.062, 1.063, 1.065 e 1.066 do CPC/2015. O certo é que para começar a tratar do direito intertemporal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, de modo a compreender suas balizas de aplicação e conjugar as duas legislações no tempo, é necessário percorrer uma estrada um pouco tortuosa sobre como se relacionam os dois diplomas normativos em destaque.

Partimos inicialmente da premissa de que as reformas promovidas pelo CPC/2015 repercutem *significativamente* no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, seja por meio de previsões expressas e específicas, como fazem os

1 Pelo espaço que nos é reservado, trataremos apenas dos Juizados Especiais Cíveis, regidos pela Lei 9.099/95, na convicção de que as Leis 12.153/09 e 10.259/01 comportam outras tantas discussões sobre as repercussões do CPC/2015.

aludidos artigos 1.602 (prevê a aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nos Juizados Especiais), 1.063 (prevê a ultratividade do artigo 275, II do Código de Processo Civil de 1973), 1.065 e 1.066 (modificam os efeitos para a interposição de recurso e as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração) ou em razão da identificação de escopos entre institutos do CPC/2015 e a sistematização dos Juizados Especiais.²

1 ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O PASSADO, O PRESENTE E O FUTURO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A autorização legal para o implemento de um modelo procedimental diferenciado, simplificado e mais acessível à população foi concedida pela Lei 7.244/84 – instituição dos Juizados Especiais de Pequenas Causas –, o que em muito se atribuiu às interferências das pesquisas de âmbito internacional coordenadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth no intitulado “Projeto Florença” na década de 70, às experiências adquiridas pelos Conselhos de Conciliação e Arbitragem – criados pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (1982) – e às inspirações buscadas nos *Small Claims Courts* do direito norte-americano, também denominados de *Common Man’s Court*.³

Sobre a influência das pesquisas do “*Access to Justice*”⁴ é recomendável tecer breve consideração. O próprio movimento gradativo de ondas renovatórias não foi vivenciado plenamente pelo Brasil, tendo em vista que em solo pátrio o mais importante vinha a ser a própria necessidade de expansão de direitos básicos para toda população, como os direitos à saúde e à moradia, os quais a maioria não tinha acesso⁵. Diferentemente do que sucedia na Europa dos anos 70, em que a discussão era provocada pela insuficiência do Estado do bem-estar social, verificava-se neste lado do Atlântico a exclusão de grande parte da população sobre direitos civis

-
- 2 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de processo civil: procedimentos especiais do Código de Processo Civil. Juizados especiais*, v. 2, tomo II. 2. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2013; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
 - 3 DONIZETTI, Elpídio. A corte dos homens pobres e a principiologia do CPC/2015: o que serve e o que não serve aos Juizados Especiais? In: *Repercussões do novo CPC – Juizados Especiais*. Coord. Geral DIDIER JR. Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 87.
 - 4 V. a versão condensada: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpresso em 2002. p. 49.
 - 5 JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, [S.l.], v. 9, n. 18, p. 389-402, dez. 1996. ISSN 2178-1494. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

primários, tudo isso frente à marginalização socioeconômica da camada mais pobre face à exclusão política e jurídica do povo no período militar.

Nesse panorama, os Juizados de Pequenas Causas vieram com o mister de promover o acesso à Justiça para a resolução de conflitos individuais em demandas menos complexas; constatou-se que a combinação de um procedimento oral e mais célere impulsionaria a acessibilidade ao provimento jurisdicional para aqueles cidadãos que não chegariam a bater nas portas do Poder Judiciário pelas vias ordinárias, fenômeno conhecido como “litigiosidade contida”.⁶ Buscava-se, sobretudo, encurtar o tempo e os custos nas causas simples e de pouca expressividade econômica.

Posteriormente, a Constituição Federal, em seu artigo 98, inciso I, determinou a criação dos Juizados Especiais⁷ promovidos por juízes togados ou leigos competentes para a conciliação, julgamento e execução, por meio do procedimento oral e sumaríssimo. Tal disposição culminou na edição da Lei 9.099/95, vindo a aperfeiçoar a performance dos até então Juizados de Pequenas Causas, primando pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação e a transação conforme preconiza o artigo 2º da Lei 9.099/95, com a isenção do pagamento de custas, taxas ou de despesas em primeiro grau, nos termos do artigo 54 da Lei 9.099/95.

Hoje, após 20 anos de vigência da Lei 9.099/95, podemos afirmar que os Juizados Especiais desempenham um papel primordial no sistema jurisdicional brasileiro. Segundo os dados estatísticos demonstrados pelo CNJ, no ano de 2014 tramitaram nestes cerca de 7,2 milhões de processos e, embora de forma célere, a taxa de congestionamento foi de 52%, conforme o relatório “justiça em números”, sendo de 200 dias a média do tempo de tramitação dos feitos nos Juizados Especiais Cíveis.

Ainda que as pesquisas empíricas revelem o sucesso do microsistema,⁸ desvendam novos desafios, como a necessidade de serem aprimorados alguns

6 WATANABE, Kazuo. *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 9.

7 “Art. 98: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

8 MENDES, Aluisio Goncalves de Castro; NETO, Odilon Romano. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microsistema dos juizados especiais. *Revista de Processo*, v. 245, jul. 2015.

mecanismos já utilizados, bem assim de outros novos serem implementados, e o advento do CPC/2015 consiste em uma oportunidade estratégica para revisitação dos institutos processuais aplicados no contexto dos Juizados, no intuito de se alcançar, em maior medida, os objetivos colimados pela Lei 9.099/95. Por isso, torna-se imperioso questionarmo-nos: quais serão as possíveis repercussões trazidas pelo CPC/2015 aos aproximadamente 7,2 milhões de processos dos Juizados Especiais? Quais as melhores técnicas a serem empreendidas para, além de garantir a preservação dos seus escopos, potencializar seus resultados? Certamente que nesta sede não seria viável a avaliação plena de todos os institutos do CPC/2015 para a aferição de sua compatibilidade com o rito especial dos Juizados, de toda maneira, alguns temas serão adiante examinados, sendo registrados os comentários que entendemos necessários ao tipo de abordagem que se propõe.

2 PRINCIPAIS REPERCUSSÕES DO CPC/2015 NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: REMISSÃO ESPECÍFICA E COMPATIBILIDADE

Sobre os atuais motes do Direito Processual Civil brasileiro, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do CPC/2015 foi concedido destaque à celeridade e à simplificação procedimental, perseguindo-se cinco principais orientações: (i) alcançar a sintonia expressa e implícita com a Constituição Federal; (ii) buscar a simplificação do procedimento; (iii) criar melhores condições para que sejam proferidas decisões mais eficientes e compatíveis com a realidade fática subjacente à causa; (iv) extrair de cada processo o melhor rendimento possível e; (v) imprimir maior grau organizacional do sistema jurisdicional, atribuindo-lhe maior coesão. Conquanto se observe a presença de elementos próprios no procedimento diferenciado dos Juizados Especiais Cíveis, é inevitável o reconhecimento de sua permeabilidade a certos institutos do CPC, tendo em vista que a legislação processual e a Lei 9.099/1995 são guiadas por muitos dos mesmos princípios informadores, como a celeridade, isonomia e eficiência do provimento jurisdicional; “há mais coincidências do que divergências no que respeita ao arcabouço principiológico dos dois sistemas”.⁹ No entanto, questão bastante sensível consiste em detectar os institutos que guardariam identificação com a principiologia própria dos Juizados e, caso seja esta aferida, ou se houver remissão específica e expressa nesse sentido, surge outro impasse: a apuração do momento de aplicação da Lei recente aos processos em andamento, sem afetação dos atos processuais findos e das situações jurídicas consolidadas.

9 DONIZETTI, Elpídio. A corte dos homens pobres e a principiologia do CPC/2015: o que serve e o que não serve aos Juizados Especiais? In: *Repercussões do novo CPC – Juizados Especiais*. Coord. Geral DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 89.

Sobre a aplicação subsidiária da norma processual civil ao procedimento dos Juizados, no XXXVIII Encontro do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), realizado em Belo Horizonte/MG em novembro de 2015, restou consolidado o entendimento de que em razão do princípio da especialidade, “o CPC/2015 somente terá aplicação ao sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei 9.099/95”. No Fórum dos Juizados Especiais de São Paulo (FOJESP) foi firmada orientação no mesmo sentido: “considerado o princípio da especialidade, o CPC 2015 somente terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei 9.099/95”, posicionamento idêntico ao tomado pelos magistrados do Estado do Rio de Janeiro no XI Encontro de Juízes de Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais Cíveis do TJRJ.¹⁰

Todavia, a existência de compatibilidade entre as duas normas não decorre de entendimento consolidado. Na contramão do que compreende a corrente prevalente a respeito da matéria, Nancy Andrichi, atual corregedora do CNJ, manifestou-se quanto à impossibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei 9.099/95, sustentando que, em razão da inexistência de previsão expressa neste sentido, “buscou-se manter afastada sua incidência, considerando a especialidade de que é revestida”.¹¹ Ao adotar tal posicionamento, Nancy Andrichi não vislumbra qualquer espaço de aplicação subsidiária do CPC/2015 ao sistema de Juizados em virtude de que estes, por determinação idealizada pelo legislador, “instituíram soluções próprias para as hipóteses não abarcadas expressamente pela Lei 9.099/95”.¹² E no que concerne às questões não englobadas pela Lei dos Juizados, Nancy Andrichi enfatiza que o operador do direito deverá buscar a integração da norma a partir dos elementos principiológicos fixados nos artigos 2º e 6º, § 2º.

Em contrapartida, entendemos que inexistem maiores problemas quanto à aplicação subsidiária do CPC/2015 e, ainda que não seja examinado no presente artigo os impactos do novo diploma nos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/09) e nos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/01), não devemos perder de vista que estas normas, juntamente com a Lei 9.099/95, perfazem o microsistema de Juizados Especiais. Nessa

10 “Considerando o princípio da especialidade, o CPC de 2015 somente terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei nº. 9.099/1995”.

11 ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O novo CPC e sua aplicação nos Juizados Especiais*. Juizados Especiais Cíveis e o novo CPC. LINHARES, Erick (coord.). Curitiba: Juruá, 2015. p. 14.

12 *Ibidem*, p. 15.

vertente, o artigo 27 da Lei 12.153/09 prevê expressamente a aplicação subsidiária do CPC, tornando-se inevitável reconhecê-la em todo o sistema. A dúvida reside, porém, em precisar as ferramentas “compatíveis” com os escopos da Lei 9.099/95, o que significa dizer: os enunciados acima destacados dizem muito pouco, ou não dizem quase nada.

2.1 SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES, JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA, DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Em nosso sentir, é compatível com o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis o novo regramento de valorização dos precedentes e de uniformização da jurisprudência (artigos 926 e 927), como forma de concretização do princípio da isonomia, da segurança jurídica e da estabilidade das decisões judiciais. Ao ser consagrado no artigo 927, *caput*, que os juízes e Tribunais observarão os precedentes ora listados, são englobados os juízes dos Juizados Especiais, inclusive o juiz leigo.¹³ O próprio artigo 985, que versa sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, comporta disposição expressa de que a tese jurídica alcançada no processo paradigma vinculará todos os processos que se referirem à mesma questão de direito, os quais tramitarem na jurisdição do Tribunal, inclusive nos Juizados Especiais do respectivo Estado ou região.¹⁴

No que alude à aplicação do julgamento liminar de improcedência (artigo 332), entendemos que, assim como o instituto inserido no artigo 285-A do CPC/1973 era admitido no procedimento dos Juizados Especiais,¹⁵ com mais razão poderá a sentença liminar do artigo 332 do CPC/2015 ser empregada no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, desde que a causa dispense a fase instrutória – quando a matéria for unicamente de direito ou se os fatos já tiverem sido comprovados por meio dos documentos juntados na petição inicial – e, cumulativamente, se o pedido for contrário a uma das situações previstas nos incisos I ao IV,¹⁶ ou no caso de incidência de prescrição ou de

13 No mesmo sentido: COSTA, Letícia Zuccolo Pascoal da. A segurança jurídica e os juizados especiais: notas sobre a valorização de precedente no novo CPC. In: *Repercussões do novo CPC – Juizados Especiais*. Coord. Geral DIDIER JR. Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 553.

14 Enunciado nº 93 do FPPC: “Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região”.

15 Enunciado 101 do FONAJE: “Aplica-se ao Juizado Especial o disposto no art. 285-A do CPC”; Enunciado 01 do FONAJEF: “O julgamento de mérito de plano ou *prima facie* não viola o princípio do contraditório e deve ser empregado na hipótese de decisões reiteradas de improcedência pelo juízo sobre determinada matéria”.

16 “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal

decadência (§1º). É patente que o instituto ganhou nova roupagem na legislação de 2015, sendo ampliadas as suas hipóteses de incidência, pois encontram-se relacionadas com precedentes vinculantes e não mais com posicionamentos adotados de forma isolada pelo órgão prolator da decisão liminar.

Aqui registramos um ponto importante em matéria de direito intertemporal. Segundo a teoria do isolamento dos atos processuais, o novo regramento da improcedência liminar do pedido deverá ser aplicado também aos processos já em andamento, contanto que a petição inicial não tenha sido admitida e ainda não tenha sido determinada a citação do réu. Desta sorte, o instituto não será cabível quando ordenada a citação do réu, muito embora este possa requerer, em sua defesa, o julgamento de improcedência liminar pela existência de entendimento firmado em precedente no sentido contrário.

Destarte, é compatível com o sistema de Juizados a dinamização do ônus da prova prevista no artigo 373, § 1º, tendo em vista que na Lei 9.099/95 não há regulamentação específica acerca do ônus probatório, seja ele estático ou dinâmico.¹⁷ Por essa razão, aplica-se subsidiariamente o regramento da legislação processual vigente e, ao contrário do que previa o artigo 333 do CPC/1973 – no qual se empregava a técnica de distribuição estática –, o legislador de 2015 passa a adotar o posicionamento de que o ônus de se provar o fato constitutivo do direito alegado não poderá gerar situação de impossibilidade ou de excessiva dificuldade de desincumbência por aquele que possuir o ônus. Trata-se de importante instituto já aplicado nos Juizados nas demandas consumeristas (artigo 6º, VIII do CDC). Porém, sua aplicação sugere algumas adaptações. Primeiro porque é necessário estabelecer, no âmbito dos Juizados Especiais, o momento adequado para a definição das regras de distribuição do ônus da prova; e segundo porque o instituto só deverá incidir neste procedimento se for assegurada à parte sobre a qual recair o ônus a oportunidade desta se desincumbir. Por isso, parece-nos que o entendimento do FONAJE no sentido de que “deverá constar da citação a advertência, em termos claros, da possibilidade de inversão do ônus da prova”¹⁸ não seria o mais adequado.

Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local”.

17 V. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. A teoria da dinamização do ônus da prova, o novo CPC e as adaptações necessárias para a sua utilização no procedimento dos juizados especiais. In: *Repercussões do novo CPC – Juizados Especiais*. Coord. Geral DIDIER JR. Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 391.

18 “Ao prevalecer o mencionado posicionamento, a parte ré teria contra si a atribuição de uma situação desvantajosa sem qualquer provimento jurisdicional nesse sentido”. CUNHA, Maurício Ferreira. A dinamização do ônus da prova e seus reflexos no procedimento dos juizados especiais. In: *Repercussões do novo CPC – Juizados Especiais*. Coord. Geral DIDIER JR. Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 442.

Consoante afirmam¹⁹ Lucas Macêdo e Ravi Peixoto, “para que se compatibilize a necessidade da possibilidade de reação à modificação do ônus da prova, será necessária uma nova marcação de audiência”, isto é, se é na audiência de instrução e julgamento o momento em que o magistrado tem o contato com os argumentos de defesa do réu, aquele não terá condições de examinar a distribuição do ônus sem o devido contraditório participativo, não podendo o procedimento dos Juizados ser pensado apenas sob a égide do princípio da celeridade sem cogitar as outras garantias do processo. Nesse rumo, tais autores vislumbram que após decretada a inversão do ônus da prova, o meio de impugnação cabível será a interposição de recurso inominado contra a decisão final, sendo inaplicável, por óbvio, o recurso de agravo de instrumento como ocorre no processo ordinarizado.

Outra questão relevante consiste na necessidade de fundamentação das decisões judiciais, contemplada no artigo 489, § 1º, em que são elencadas as situações nas quais a decisão deverá ser compreendida como não fundamentada. Poder-se-ia levantar o questionamento sobre eventual comprometimento da simplicidade e da informalidade do procedimento oral e sumaríssimo dos Juizados Especiais.

Nesse sentido, posiciona-se Fernando da Fonseca Gajardoni: “os Juizados não nasceram para fazer doutrina, tampouco para o desenvolvimento das principais teses que informarão a construção da jurisprudência ou do Sistema de precedentes do direito brasileiro”.²⁰ Essa também foi a orientação firmada em novembro de 2015 pelo FONAJE no Enunciado n.º.162²¹, pela ENFAM no Enunciado n.º.47²² e pelo TJ/COJES no aviso conjunto n.º. 15/2016 de 06 de junho de 2016, de modo que a sentença nos Juizados Especiais Cíveis deverá ser “fundamentada de maneira concisa com menção a toda as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento da lide, inaplicável o artigo 489 do Código de Processo Civil (art. 38, *caput* da Lei n.º. 9.099/1995)”.

19 MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. A teoria da dinamização do ônus da prova, o novo CPC e as adaptações necessárias para a sua utilização no procedimento dos juizados especiais. In: *Repercussões do novo CPC – Juizados Especiais*. Coord. Geral DIDIER JR. Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 392.

20 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A problemática compatibilização do novo CPC com os juizados especiais*. Texto publicado em 11 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-problematica-compatibilizacao-do-novo-cpc-com-os-juizados-especiais>. Acesso em: 03 jul. 2016.

21 Enunciado n.º. 162: “o disposto no §1º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais”.

22 Enunciado n.º. 47: “o art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais”.

Em sentido contrário, encontramos o Enunciado n.º 309 do FPPC,²³ cuja interpretação se mostra a mais adequada e consentânea com a ideia de cidadania processual e de Estado Democrático de Direito, no qual a motivação das decisões deverá funcionar como filtro de verificação do contraditório como direito de influência.

Relevante é a compreensão de que a concisão e a menção aos elementos de convicção do juiz, conforme é a previsão do artigo 38 da Lei 9.099/95,²⁴ não consistem em autorização normativa que detenha o condão de afastar a fundamentação completa das decisões judiciais, pelo contrário, o artigo 489 atua como verdadeira concretização do disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. A conclusão é clara e obtém respaldo na importante premissa de que tudo aquilo que reforça as garantias constitucionais das partes deve ser aplicável ao microsistema dos Juizados, salvo se houver outro dispositivo ou instituto similar no âmbito do microsistema dos Juizados Especiais que tutele as garantias constitucionais com, no mínimo, a mesma intensidade.

2.2 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Diversamente das situações tratadas anteriormente, existem previsões expressas e específicas sobre a aplicação do CPC/2015 no âmbito da Lei 9.099/95, entre elas, o artigo 1.062, que cuida do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Preliminarmente, é forçoso destacar que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica foi inserido no título relativo à intervenção de terceiros (artigos 133 a 137), ganhando nova roupagem a partir da sistematização de seu processamento, sendo assim preservadas garantias processuais muitas vezes olvidadas em sua prática, entre elas, o princípio da vedação de decisão-surpresa e a ampla defesa.

O mecanismo objetiva proteger terceiros da utilização ilícita do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica ou de seus sócios – no caso da desconsideração inversa –. Ao ser decretada a desconsideração, o princípio da autonomia patrimonial será relativizado, de forma que as obrigações patrimoniais constituídas pela pessoa jurídica serão suportadas por seus sócios ou administradores, os quais terão seus patrimônios atingidos quando restar demonstrado o desvio de finalidade ou a confusão

23 Enunciado n.º 309 do FPPC: “o disposto no §1.º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais”.

24 “Art. 38: A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório. Parágrafo único. Não se admitirá sentença condenatória por quantia ilíquida, ainda que genérico o pedido”.

patrimonial.²⁵ Registra-se que desconsideração da personalidade jurídica também será possível na modalidade inversa se a pessoa jurídica for utilizada como “escudo de pretensões legítimas de terceiros em face de um ou mais de seus membros”.²⁶

Sobre os requisitos necessários à decretação da desconsideração da personalidade jurídica, existem algumas prescrições em diplomas normativos esparsos, como nos artigos 28, §5º do CDC e 4º da Lei 9.605/98, bem assim no próprio Código Civil (artigo 50). Percebemos certa diferença entre as condições ensejadoras do CDC e da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) em relação ao artigo 50 do Código Civil, sendo que este adota a teoria maior ou subjetiva da desconsideração, exigindo-se a verificação de dois requisitos para o afastamento da personalidade jurídica: abuso da personalidade e prejuízo a terceiro. Em compensação, os artigos 4º da Lei 9.605/98 e 28, §5º do CDC admitem a teoria menor ou objetiva da desconsideração da personalidade jurídica, pois, para que esta seja decretada, bastaria apenas a ocorrência do prejuízo do credor.

O CPC/2015 cumpre a função de disciplinar o incidente no que concerne aos seus aspectos processuais, e não materiais. Portanto, incidindo o Código Civil, o CDC ou a Lei de Crimes Ambientais, os requisitos necessários à apresentação e processamento do incidente continuam os mesmos. No caso de a desconsideração ser objeto de pedido na petição inicial, os sócios ou a pessoa jurídica devem ser citados para a integração da lide, sem a necessidade de instauração de um incidente processual específico (artigo 134, §2º). Por outro lado, o incidente poderá ser instaurado em qualquer fase do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença ou na execução fundada em título executivo extrajudicial, o que suspenderá o curso do feito até a decisão final (artigo 134, *caput* e §§1º e 3º).

Após a apresentação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, os sócios serão citados se manifestarem em 15 dias, apresentando requerimento a respeito das provas que entendam cabíveis. Concluída a instrução nos casos em que esta se fizer necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória (artigo 136, *caput*) impugnável por agravo de instrumento quando o processo não tramitar perante os Juizados (artigo 1.015, inciso IV). O § 4º do artigo 134 do CPC exige que o requerimento de desconsideração feito na petição inicial ou sob a forma incidental deverá

25 “Art. 50, CC: *Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*”

26 PAUMGARTEN, Michele. Breve ensaio sobre o novo conspecto processual da desconsideração judicial da personalidade jurídica. In: *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para o seu deferimento, de acordo com cada regramento jurídico. Para que a teoria da desconsideração seja aplicada, caberá ao requerente o ônus probatório quanto a existência dos pressupostos previstos no artigo 50 do Código Civil: ato fraudulento, abuso de direito ou confusão patrimonial. E conforme a orientação do artigo 1.062 do CPC/2015, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica também poderá ser manejado nos processos que tramitarem perante os Juizados Especiais Cíveis e criminais.

O ponto mais sensível do tema reside no fato de que no momento em que o incidente for suscitado em demanda já em curso, este atuará como modalidade de intervenção de terceiros – intervenção forçada –, figura processual que sempre foi vedada no âmbito dos Juizados Especiais, embora admitido o litisconsórcio (artigo 10 da Lei 9.099/95). Trata-se, na realidade, de um incidente processual que provoca uma intervenção forçada de terceiro²⁷, o qual passará a integrar a lide até a decisão de acolhimento ou indeferimento e, caso a decisão não seja favorável à decretação da desconsideração, o terceiro citado será excluído do processo.

Poderia se pensar que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica viria a comprometer o rito célere e simplificado dos Juizados Especiais Cíveis, sendo um de seus maiores problemas a previsão do CPC/2015 quanto ao cabimento de agravo de instrumento para insurgir em face da decisão que o julgar (artigo 1.015). Contudo, entendemos que o recurso inominado poderá ser manejado contra a sentença proferida no processo em que verificado o incidente.

Na visão de Elpídio Donizetti, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes do CPC/2015, não se aplica aos procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis, sobretudo em casos que envolvam o direito do consumidor. Conforme assevera o autor, “nada justifica o formalismo processual e o contraditório prévio para que estes venham a comprometer a celeridade e a informalidade que deve existir nos Juizados”.²⁸

27 “As figuras da intervenção de terceiro não são cabíveis na execução porque normalmente estão relacionadas a se declarar ou não a existência de um direito. Por outro lado, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica poderá ser instaurado em qualquer fase do processo do conhecimento, cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial, como já salientado anteriormente. Continua o processualista alertando que na fase executória (ou de cumprimento de sentença) não há atividade cognitiva e sim atividade executiva, por já existir sentença transitada em julgado”. PAUMGARTEN, Michele. Breve ensaio sobre o novo conspecto processual da desconsideração judicial da personalidade jurídica. In: *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

28 DONIZETTI, Elpídio. A corte dos homens pobres e a principiologia do CPC/2015: o que serve e o que não serve aos Juizados Especiais? In: *Repercussões do novo CPC – Juizados Especiais*. Coord. Geral DIDIER JR. Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016.

Não compartilhamos da mesma ideia. Entendemos, em verdade, que o instituto tem aplicação importantíssima dentro da sistemática dos Juizados, pois além de necessário, garante a observância de direitos processuais fundamentais, como o contraditório participativo e a ampla defesa.

2.3 EMBARGOS DECLARATÓRIOS (ARTS. 1.065 E 1.066) E DECORRÊNCIAS

No que se referem às repercussões em matéria recursal do CPC/2015 na Lei 9.099/95, foram promovidas pelos artigos 1.064 e 1.066 duas importantes alterações no regramento dos embargos de declaração: (i) a modificação do efeito quanto ao prazo recursal pendente; (ii) a ampliação das hipóteses de cabimento, inclusive sendo admitido o oferecimento dos embargos de declaração em face de decisão interlocutória nos Juizados Especiais.²⁹

Desse modo, os embargos declaratórios passam a interromper – e não mais suspender – o prazo para a interposição de eventual recurso inominado ou de recurso extraordinário, bem como para a apresentação de reclamação constitucional ao STJ.³⁰ Quanto à ampliação das hipóteses de cabimento, o CPC/2015 modificou o artigo 83 da Lei 9.099/95, sendo cabíveis os embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão, remetendo às hipóteses do diploma processual, nos termos do artigo 1.022.

Observamos que o legislador de 2015 prescreveu que serão consideradas omissas as decisões em que o juízo deixar de se manifestar sobre a tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento, ou ainda, quando a decisão prolatada incorrer em qualquer das situações descritas no artigo 489, § 1º. Já foi defendida, nesta sede, a aplicabilidade da fundamentação analítica nos Juizados, sendo que a previsão sobre o cabimento dos embargos declaratórios na presente situação reforça tal posicionamento.

Ademais, devemos nos atentar ao fato de que nos casos de *interrupção* do prazo recursal, este deverá *recomeçar por completo* e, por isso, observar-se-á o regime jurídico determinado pela norma vigente à época de seu reinício, orientação também firmada pelo Enunciado n.º 477 do FPPC: “(...) computar-se-ão apenas os dias úteis no prazo para o recurso subsequente,

29 Nesse sentido, o Enunciado 475 do FPPC: “Cabem embargos de declaração contra decisão interlocutória no âmbito dos juizados especiais”.

30 Enunciado n.º 483: “Os embargos de declaração no sistema dos juizados especiais interrompem o prazo para a interposição de recursos e propositura de reclamação constitucional para o Superior Tribunal de Justiça”.

ainda que a decisão embargada tenha sido proferida ao tempo do CPC de 1973, tendo em vista a interrupção do prazo prevista no art. 1.026”.

Por outro lado, nos casos de *suspensão* do prazo recursal deve ser deduzido raciocínio em sentido oposto, uma vez que o prazo recursal foi apenas paralisado, continuando o mesmo. A norma aplicável, portanto, será aquela vigente no início do prazo – e não de seu reinício –, anterior à causa de suspensão. Se aceitarmos que a contagem será ditada pelo regime da Lei vigente ao tempo da reabertura do prazo, constatar-se-ia a existência de um regime híbrido de prazos, o que por certo vai de encontro à teoria do isolamento dos atos processuais em se tratando de um ato processual complexo.

2.4 CONTAGEM DOS PRAZOS: DEVE-SE RECONHECER A VITÓRIA DOS “DIAS CORRIDOS”?

A tônica da controvérsia em relação à contagem dos prazos nos Juizados surgiu após os membros do FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais – terem se reunido em Florianópolis/SC no dia 04 de março de 2016 para discutirem a respeito das interferências do CPC/2015 no âmbito da Lei 9.099/95. Nessa oportunidade, foi elaborada a Nota Técnica nº. 01/2016, segundo a qual as disposições do artigo 219 do CPC/2015 não seriam aplicadas nos Juizados Especiais Cíveis, pois, do contrário, haveria um “inexplicável distanciamento e indisfarçável subversão ao princípio constitucional da duração razoável do processo”.³¹

Posteriormente, no XXXIX Encontro do FONAJE realizado em Maceió/AL em 08, 09 e 10 de junho de 2016, assentou-se o entendimento de que “nos Juizados Especiais Cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua” (Enunciado nº. 165), na linha da Nota Técnica nº. 01/2016. Diante disso, finalizou-se uma fase permeada por incertezas, em que pese ao mesmo tempo ter sido ratificada uma escolha tecnicamente inadequada e bastante polêmica. Em verdade, o início da discussão acerca da forma de contagem dos prazos sobreveio após a revelação de posicionamentos contrários, perfilhados por órgãos da magistratura: primeiramente, a manifestação do FONAJE, acima destacada; e em segundo lugar, o posicionamento da ENFAM, no sentido de que nos Juizados Especiais Cíveis os prazos deveriam seguir os termos do artigo 219, sendo computados em dias úteis.

31 Conforme Nota Técnica expedida pelo FONAJE em 04 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=610>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

Observamos, contudo, que inexistente qualquer base normativa que justifique o entendimento do FONAJE sobre a contagem dos prazos em dias corridos,³² pois não há na Lei 9.099/95 um regramento específico que o preveja.³³ O artigo 181 do CPC/1973, aplicado subsidiariamente ao microssistema dos Juizados, foi revogado pelo CPC/2015, e neste diploma não se encontra norma de direito intertemporal que conceda ultratividade ao artigo 181.

Sendo assim, o artigo 219 passa a dispor sobre a contagem dos prazos processuais em dias úteis, alicerce normativo que deverá ser adotado pela sistemática dos Juizados na falta de previsão específica. Não há como se atribuir uma espécie de “eficácia repristinatória” ao artigo 181, fenômeno vedado expressamente pelo ordenamento jurídico no artigo 2º, §3º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro - LINDB. A contagem dos prazos em dias úteis não acarretará maiores delongas ao trâmite processual, na medida em que a celeridade buscada nos Juizados resta muitas vezes inviabilizada por razões de várias ordens, sobretudo estruturais, motivo pelo qual, mesmo que se entenda que a nova regra de contagem dos prazos não contribua com a celeridade e com a duração razoável, ela por si só não será capaz de comprometer os objetivos traçados pela Lei 9.099/95.

Na linha do que consignou Marcelo Pacheco Machado,³⁴ entendemos que a contagem em dias corridos não representa óbice à celeridade e a duração razoável dos feitos nos Juizados Especiais Cíveis. O autor, acertadamente, recorda que a Lei 9.099/95 abarca pouquíssimos prazos, tendo em vista que estes não incidem para contestar, apresentar réplica ou oferecer alegações finais. Os prazos na esfera dos Juizados Especiais Cíveis são verificados em basicamente três situações, todas elas observadas após a sentença: (i) apresentação de contrarrazões; (ii) oferecimento de embargos de declaração; (iii) e habilitação por morte.

Consiste em tarefa doutrinária demonstrar aos operadores do direito que a técnica de contagem em dias corridos, além de não ostentar qualquer base legal que a legitime, não prejudica o procedimento diferenciado consubstanciado na Lei 9.099/95. No entanto, recomendamos atualmente

32 “A contagem dos prazos em dias úteis (art. 219 do CPC/2015) aplica-se ao Sistema de juizados especiais”.

33 Também no XI ENCONTRO DE JUÍZES DE JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E TURMAS RECURSAIS CÍVEIS DO TJRJ consolidou o Enunciado nº.17 no mesmo sentido do entendimento do FONAJE: “Os prazos processuais em sede de Juizados Especiais Cíveis são contados em dias corridos, inaplicável o art. 219 do código de Processo Civil de 2015.

34 MACHADO, Marcelo Pacheco. *Prazos dos Juizados em dias corridos*: não esperávamos por esta no FONAJE. Texto publicado em 21 jun. 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/prazos-nos-juizados-especiais-em-dias-corridos-nao-esperavamos-por-esta-fonaje>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

que se adote a contagem dos prazos em dias corridos no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, atendendo ao posicionamento do FONAJE sobre a matéria.

Ressaltamos que a situação demanda acentuada cautela, uma vez que na esfera dos Juizados Especiais Federais a contagem será em dias úteis, assim como ocorre no CPC/2015. Essa foi a compreensão admitida pela Resolução CJF-RES-2016/00393 de 19 de abril de 2016, a qual alterou alguns dispositivos do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais – TNU, entre eles o artigo 6º-A, que recebeu a seguinte redação: “na contagem de prazo em dias, computar-se-ão somente os dias úteis”. *Conclusão do panorama apresentado no presente momento: computam-se os prazos em dias úteis nos JEFs e em dias corridos nos JECs.*

3 APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO INTERTEMPORAL E A ULTRATIVIDADE DO ARTIGO 275, II

O direito intertemporal cuida da transição de normas no tempo, estabelecendo uma ponte segura de travessia entre o velho e o novo³⁵ com o fito de impedir o completo rompimento de regras jurídicas, o que por certo geraria forte insegurança jurídica e desestabilidade das relações. Nesse sentido, o direito transitório consiste em importante ferramenta de transposição, trazendo vetores de aplicação da norma processual no tempo. Contemplado no “Livro Complementar”, que trata “Das Disposições Finais e Transitórias”, o direito intertemporal estabelece a regra a ser aplicada em situações nas quais possa surgir alguma dúvida sobre a necessidade de aplicação imediata do CPC/2015.³⁶ Partindo-se do pressuposto de que o legislador impõe balizas importantes para essa mudança, torna-se imperioso enfrentar os casos de aplicação da norma processual no tempo a partir da utilização destas balizas ou pressupostos seguros de concretização:³⁷

- (I). Primeira baliza: o direito intertemporal adota a teoria do isolamento dos atos processuais, conforme é a redação do art. 1.046 do CPC/2015, bem como o princípio da irretroatividade da lei ou *tempus regit actum* (art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Sob essa perspectiva, a nova norma deverá respeitar

35 DONIZETTI, Elpídio. *Do velho para o novo: as regras de travessia no novo CPC*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

36 DONIZETTI, Elpídio. *As principais regras de direito intertemporal a serem observadas quando da entrada em vigor do CPC/2015*. Disponível em: <http://portalied.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 03 jul. 2016.

37 Nesse sentido, André Vasconcelos Roque trabalha o tema a partir de três balizas em: *Novo CPC e direito intertemporal: nem foi tempo perdido – parte I*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/novo-cpc-e-direito-intertemporal-nem-foi-tempo-perdido-parte-ii>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

as situações jurídicas consolidadas, que são a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido (art. 5º, XXXV, CF e art. 14 do CPC/2015), bem como os atos processuais já finalizados.

- (II). Segunda baliza: afirmar que o ato processual se aperfeiçoa logo após a sua prática não resolve todas as questões, haja vista que alguns atos processuais poderão produzir efeitos que se protraem no tempo – são os atos processuais complexos, ou seja, quando um ato processual for praticado como consectário de ato processual anterior –. Se um ato é aperfeiçoado, mas, produz efeitos, este não poderá ser atingido por uma nova Lei se na época do referido ato processual a Lei nova ainda não era vigente.

Exemplos: proferida e publicada, sob a vigência do CPC/1973, decisão interlocutória que indefere a produção de prova pericial, caberá agravo retido ainda na superveniência do CPC/2015 se a data da decisão recorrível for considerada o marco processual identificador da norma vigente para a contagem do prazo recursal e dos requisitos de sua admissibilidade. Um outro exemplo seria que se a determinação do juízo para a citação do réu ocorreu sob a égide do CPC/1973, a defesa continuará a contemplar as exceções e reconvenção em apartado, conforme se verifica o regramento do CPC anterior. Importante observar que essa questão mitiga, de certa forma, a teria do isolamento dos atos processuais (artigo 1.046), isso porque dois atos processuais só podem ser atingidos no tempo por leis distintas se houver compatibilidade entre as normas, do contrário, a Lei revogada valerá também para atos processuais futuros, fenômeno denominado de *ultratividade normativa*.

Nos caso dos Juizados Especiais Cíveis, os quais são também competentes ao processamento das ações no rito *sumário* (artigo 3º, inciso II da Lei 9.099/95 c/c artigo 275, inciso II, do CPC/73), continuarão competentes para tanto até a edição de Lei Específica (artigo 1.063). Desse modo, o artigo 275, inciso II do CPC/73, impõe aos Juizados Especiais Cíveis a competência que passa a ser absoluta em razão da matéria, para as ações processadas sob o rito sumário previstas no artigo 275, inciso II.³⁸

38 Ementa: Poder Judiciário. Justiça Federal de Primeira Instância. Subseção judiciária de Divinópolis -1ª Vara Federal. Expediente do dia 09 de junho de 2016. Atos do Exmo. Dr. Elísio Nascimento Batista Júnior. Autos com decisão. No (s) processo (s) abaixo relacionado (s). Numeração única: 6923-65.2015.4.01.38116923-65.2015.4.01.3811 Ação ordinária / outras. Autor: Itaú Seguros de auto e residência s.a. Réu: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. O Exmo. Sr. Juiz exarou: O art. 1.063 do novo CPC estabelece que até a edição de lei específica, continuam os Juizados Especiais competentes para processar e julgar as causas do art. 275, II, do antigo CPC. Considerando que o processo diz respeito a ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre, anteriormente regulamentado pelo art.275, II, do antigo CPC, declino da competência para um dos

4 CONCLUSÃO

A entrada em vigor do CPC/2015 ocasionou alterações substanciais no regime dos Juizados Especiais Cíveis previsto na Lei 9.099/95. Ao longo do presente texto registramos os principais motivos que justificam, em nosso entendimento, a aplicação de importantes institutos inaugurados ou aprimorados pelo CPC/2015 no campo dos Juizados Especiais Cíveis, como: o sistema de precedentes vinculantes, o julgamento liminar de improcedência do pedido, a dinamização do ônus probatório, a regra da fundamentação analítica das decisões judiciais e a desconsideração da personalidade jurídica. Ademais, destacamos a forte controvérsia existente sobre a contagem dos prazos processuais em “dias úteis” ou em “dias corridos”, no sentido de que o atual posicionamento do FONAJE, no que concerne à contagem na forma de “dias corridos” nos Juizados Especiais Cíveis, é passível de críticas sob o ponto de vista técnico e também prático.

No que tange à realização do exame de compatibilidade entre o CPC/2015 e a Lei 9.099/95, chegamos à constatação lógica de que as modificações devem ser examinadas não somente sob o ponto de vista da duração razoável, senão como uma oportunidade de consagração de outros direitos fundamentais, independentemente da natureza do procedimento prescrito. Mesmo que a aferição de compatibilidade confira de um certo modo margens para inseguranças e incertezas, esta deverá ser realizada pelo intérprete do direito atento aos parâmetros firmados pela doutrina e pela jurisprudência, orientando-se sempre pela premissa inafastável de que tudo aquilo que o CPC traz para atribuir uma maior efetividade aos direitos fundamentais no campo dos Juizados Especiais deverá ser aplicado, salvo quando já houver outro instituto similar no microsistema que as tutela com a mesma intensidade.

O certo é que, malgrado hoje existam posicionamentos divergentes, compreendemos que com a prática serão consolidados os principais entendimentos sobre as questões mais recorrentes, no almejar de se atingir os objetivos colimados pela Lei 9.099/95 e conjugá-los com as disposições do CPC/2015. Registramos que a compatibilização normativa não coincide com o descarte da oralidade e da simplificação do procedimento, devendo o CPC/2015 trazer novos mecanismos para os Juizados Especiais Cíveis, no intuito de se evitar que tal sistema preveja um procedimento ordinarizado disfarçado de tutela diferenciada, ou, de modo reverso, uma espécie de tutela diferenciada isenta dos princípios inerentes ao processo justo.

Finalmente, além de importantes novidades na disciplina dos embargos de declaração, sobretudo a modificação do efeito quanto ao prazo recursal pendente e à ampliação das hipóteses de cabimento, foi visto que os Juizados Especiais Cíveis, também competentes para o processamento das ações processadas sob o rito sumário (conforme o artigo 3º, inciso II da Lei 9.099/95 c/com artigo 275, inciso II do CPC/73), estes continuarão competentes para tanto até o advento de Lei específica (artigo 1.063). Sendo assim, a competência para as hipóteses do artigo 275, inciso II do CPC/73, passa a ser absoluta em razão da matéria, o que desvenda o fenômeno da ultratividade do dispositivo em referência.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. O novo CPC e sua aplicação nos Juizados Especiais. *Juizados Especiais Cíveis e o novo CPC*. LINHARES, Erick (coord.). Curitiba: Juruá, 2015.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. In: *Temas de Direito Processual*, 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de processo civil: procedimentos especiais do Código de Processo Civil. *Juizados especiais*, v. 2, tomo II. 2. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. reimpresso em 2002.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DIAS, Haroldo Dutra. Lei 9.099/95 e CPC: fontes em diálogo. In: *Juizados Especiais – Homenagem ao Desembargador José Fernandes Filho*. FONSECA, Augusto Vinícius; CORRÊA, Luiz Fernando Nigro (Coord.), Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- DONIZETTI, Elpídio. A corte dos homens pobres e a principiologia do CPC/2015: o que serve e o que não serve aos Juizados Especiais? In: *Repercussões do novo CPC – Juizados Especiais*. Coord. Geral DIDIER JR. Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Do velho para o novo: as regras de travessia no novo CPC*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia. *Flexibilização procedimental nos Juizados Especiais Estaduais*. Rio de Janeiro: JC, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2015.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil – Introdução ao Direito Processual Civil*. v. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, [S.l.], v. 9, n. 18, p. 389-402, dez. 1996. ISSN 2178-1494. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

PAUMGARTEN, Michele. Breve ensaio sobre o novo conspecto processual da desconsideração judicial da personalidade jurídica. In: *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

RECEBIDO EM: 19/09/2017

APROVADO EM: 13/11/2017

DE "JOGOS DE LINGUAGEM" A "JOGOS DE VERDADE": A INCORPORAÇÃO DO PODER NAS ANÁLISES DISCURSIVAS

FROM "LANGUAGE GAMES" TO "GAMES OF TRUTH": THE INCORPORATION OF POWER IN DISCOURSE ANALYSIS

Meliza Marinelli Franco Carvalho

Mestranda em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM. Bolsista FAPEMIG.

Elias Kallás Filho

Pós-doutor da Fundação São Francisco de Assis. Doutor pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogado.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Jogos de linguagem; 2 O discurso e seu sistema de interdições; 3 Jogos de verdade e poder: aportes para se pensar o impacto da construção da verdade no campo do direito; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A questão central dessa pesquisa está em explicitar como se dá a construção da verdade nos diversos discursos e a influência disso no campo do direito, explorando-se a contribuição de Michel Foucault. Para serem atingidos esses resultados, a pesquisa utilizará de estudos sobre a preocupação central de Foucault: o discurso, que encontrou seu ápice na História da Loucura de 1967. Ainda que seja assim, os métodos da genealogia e da arqueogenealogia são permanentes para as investigações desenvolvidas pelo francês. Diante da possibilidade de tematizar a linguagem para além das estruturas da simples comunicação, por sua vez, propõe-se breve confronto entre as reflexões teóricas da filosofia da linguagem de Wittgenstein e a construção da verdade foucautiana. A relação do conceito de “jogos de verdade” proposto por Foucault, com o conceito de “jogos de linguagem” de Wittgenstein pode mostrar certa diversidade para a compreensão da expressividade do homem, passando de uma função de determinar significados para uma função de determinar a verdade, de construir a verdade. No campo do direito, a filosofia da linguagem nos alerta a como pensar o problema da construção discursiva do sentido dos direitos fundamentais como uma relação de poder.

PALAVRAS-CHAVE: Jogos de Linguagem. Jogos de Verdade. Poder. Discurso.

ABSTRACT: The central question of this research is to explain how is the construction of truth in the various speeches, exploring the contribution of Michel Foucault. To be achieved these results, this paper use of studies on central concern of Foucault, whof ound its apex in History the madness of 1967. Although it is so, the methods of genealogy and arqueogenealogia are permanent for the investigations carried out by the French. Faced with the possibility of foregrounding language beyond simple communication structures, in turn, intends to brief confrontation between the theoretical reflections of the philosophy of Wittgenstein's language presented in his “Philosophical Investigations” and the construction of foucautiana truth. The relationship of the concept of “games of truth” proposed Foucault, the concept of “language games” Wittgenstein can show some diversity for understanding the expression of man, from a function to determine meanings to a function to determine the truth, to build true. In the field of law, philosophy of language teaches us how to think the problem of the discursive construction of the sense of fundamental rights as a relation of power.

KEYWORDS: Language Games. Games of Truth. Power. Speech.

INTRODUÇÃO

A finitude e a atualidade orientaram o pensamento de Foucault, que sempre buscou escrever a partir de cânones definidos pelo presente. Partindo desse pressuposto, as análises que faz sobre os discursos de diferentes campos do saber procuraram ir além da análise dos aspectos linguísticos, inscrevendo-os no horizonte atual, no contexto político e econômico de seu tempo, considerando ainda as relações sociais por detrás deles.

Wittgenstein, na segunda fase de sua filosofia, criticou arduamente a filosofia da linguagem do Ocidente concernente à teoria objetivista. A questão central de sua filosofia fundamenta-se na pergunta pelo significado das expressões linguísticas e utiliza o conceito de “jogo de linguagem” com o objetivo de mostrar que em diferentes contextos, seguem-se diferentes regras, as quais determinarão o sentido das expressões linguísticas.¹

Wittgenstein demonstrou, portanto, que todas as formas de expressão da linguagem obedeciam a um número de leis ou regularidades internas. Para Foucault, essa foi uma descoberta que teve importância em determinada época, no entanto:

Teria então chegado o momento de considerar esses fatos de discurso, não mais simplesmente sob seu aspecto linguístico, mas, de certa forma – e aqui me inspiro nas pesquisas realizadas pelos anglo-americanos – como jogos (games), jogos estratégicos, de ação e de reação, de pergunta e de resposta, de dominação e de esquiva, como também de luta. O discurso é esse conjunto regular de fatos linguísticos em determinado nível, e polêmico e estratégico em outro.²

Com essas ponderações, Foucault procurará incorporar nas análises discursivas as relações sociais que fizeram emergir os discursos, ou seja, incorporará nas análises o poder. Nesse contexto, e inspirando-se no conceito de “jogos de linguagem” de Wittgenstein, formulou a ideia de “jogos de verdade”, conceito central de sua filosofia, que pretende investigar as regras e os jogos de construção da verdade dos diversos discursos, nos diversos campos do saber.

Dessa forma, a questão central dessa pesquisa está em explicitar como se dá a construção da verdade nos diversos discursos e os efeitos

1 OLIVEIRA, Manfredo A. de Oliveira. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 139.

2 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003. p. 9.

dessa construção no cenário jurídico-político brasileiro, fazendo uma leitura de Foucault direcionada ao poder, ao discurso e à verdade. Nessa ordem de ideias pretende-se, em um primeiro momento, analisar o conceito de “jogos de linguagem” proposto por Wittgenstein; analisar o conceito de “jogos de verdade” proposto por Foucault e por fim, analisar o discurso, seu sistema de interdições e suas relações com o poder.

Para serem atingidos esses resultados, todo estudioso de Foucault carece de periodizar sua obra, pois a preocupação com o discurso é intensa entre 1957 e 1969. Neste texto, a pesquisa utilizará de estudos sobre esta preocupação central de Foucault, que encontrou seu ápice na História da Loucura de 1967. Ainda que seja assim, os métodos da genealogia e da arqueogenealogia são permanentes para as investigações desenvolvidas pelo francês. Diante da possibilidade de tematizar a linguagem para além das estruturas da simples comunicação, por sua vez, propõe-se breve confronto entre as reflexões teóricas da filosofia da linguagem de Wittgenstein apresentada em sua obra “Investigações Filosóficas” e a construção da verdade foucautiana.

1 JOGOS DE LINGUAGEM

Depois da filosofia de Wittgenstein, principalmente através de sua obra “Investigação filosóficas”, assumiu-se o paradigma da linguagem, reconhecendo que a linguagem é responsável por revelar o real; é por meio dela que se apresenta o real. A partir daí as ciências não mais descreviam uma realidade pré-estabelecida, mas passaram a “construir” a realidade através da linguagem.

Segundo o filósofo, não devemos tentar descobrir a essência da linguagem, mas desvendar como ela funciona. Isso porque a linguagem é carregada de superstições das quais é preciso desfazer-se. Essa deve ser a tarefa central da filosofia, a de neutralizar os efeitos enfeitiçadores da linguagem sobre o pensamento.

Na concepção de linguagem que até então se utilizava, as palavras serviam para denominar objetos, elas possuíam uma significação que lhes era agregada, refletindo em uma linguagem como essência. Mas Wittgenstein demonstrou que essa concepção era insuficiente, pois refletia uma forma primitiva de linguagem e fato é que *“tais formas primitivas da linguagem, emprega a criança, quando aprende a falar. O ensino da linguagem não é aqui nenhuma explicação, mas um treinamento.”*³

3 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 28.

Nem sempre a finalidade das palavras é a de despertar representações, fazer associações com objetos. A concepção de linguagem é bem mais extensiva e Wittgenstein faz prova disso utilizando-se do conceito de “jogos de linguagem”. Além de podermos falar na linguagem primitiva como um tipo de jogo de linguagem,

[...] poder-se-iam chamar também de jogos de linguagem os processos de denominação das pedras e da repetição da palavra pronunciada. Pense os vários usos da palavra ao se brincar de roda. Chamarei também de “jogos de linguagem o conjunto da linguagem e das atividades com as quais está interligada.”⁴

O conceito de “jogos de linguagem” é central nas ideias de Wittgenstein e foi formulado baseado nas semelhanças entre a linguagem e os jogos em geral, pois ambos atuam guiados por regras.

A gramática, por exemplo, constitui um conjunto de regras que determinam a forma correta do uso da linguagem, referente aos aspectos formais. Já o significado das palavras é determinado por regras de conteúdo, que determinam seu funcionamento. Existe ainda um terceiro conjunto de regras pertencentes ao jogo da linguagem, que levam em consideração o contexto e as atividades com as quais a linguagem está interligada.

Nesse último conjunto de regras, as sentenças são tidas como “lances” do jogo, que dependem do contexto em que são proferidas para a determinação de seu sentido. Um lance – dentro do contexto de jogo – é entendido como uma aposta, um movimento estratégico no tabuleiro, uma ação carregada de intenção. Portanto, para que um lance faça sentido, ele deve obedecer às regras do jogo. Uma palavra pode ter diferentes significados e para que a sua emissão atinja ao fim que pretende o emissor, este deve estar atento ao contexto no qual ela é proferida.

Portanto, a questão central é a de saber quais as funções práticas da linguagem. Existem inúmeras formas diferentes de emprego das palavras e das frases, uma pluralidade mutável que constituem, cada uma delas, um jogo de linguagem. A multiplicidade dos jogos de linguagem é demonstrada pelo filósofo por meio dos seguintes exemplos, que constituem possibilidades do uso da linguagem, são eles: a) comandar e agir segundo comandos; b) descrever um objeto conforme a aparência ou conforme medidas; c) produzir um objeto segundo uma descrição (desenho); d) relatar um acontecimento;

4 WITTGENSTEIN, op. cit., p. 29.

expor uma hipótese e prová-la; e) apresentar os resultados de um experimento por meio de tabelas e diagramas; inventar uma história, ler, representar; f) cantar uma cantiga de roda, g) resolver enigmas; h) fazer uma anedota (contar); i) resolver um exemplo de cálculo aplicado; j) traduzir de uma língua para outra; k) pedir, agradecer, maldizer, saudar, orar.⁵

Conclui-se disso tudo que, para Wittgenstein, o conceito de “jogos de linguagem” reflete as diferentes formas, os variados usos e efeitos possíveis da linguagem, sendo que, a partir dessa ideia, sua principal preocupação é a de analisar as funções que as palavras podem exercer, nos diversos jogos de linguagem.

2 O DISCURSO E SEU SISTEMA DE INTERDIÇÕES

Vimos que os jogos de linguagem são constituídos por regras que determinam o significado das palavras nos diferentes usos e contextos em que ela pode ser apresentada. Para Foucault, o discurso obedece a essas leis e regularidades da linguagem, ele é uma das formas de expressão da linguagem, e para além da determinação de significados, Foucault apresenta as regras do discurso como construidoras da sua verdade, elas determinam a questão do verdadeiro e do falso.

Assim, da mesma forma com que Wittgenstein demonstrou que a linguagem é uma atividade regida por regras, Foucault reconheceu que o discurso também obedece a regras internas, que são as leis e as regularidades da linguagem.

Essas regras não são somente linguísticas ou formais, mas reproduzem um certo número de cisões historicamente determinadas (por exemplo, a grande separação entre razão/desrazão: a “ordem do discurso” própria a um período particular possui, portanto, uma função normativa e reguladora e coloca em funcionamento mecanismos de organização do real por meio da produção de saberes, de estratégias e de práticas.⁶

A ordem do discurso, então, constrói a realidade por meio dos vários conhecimentos. Para Foucault, é importante estudar o discurso de cada conhecimento, levando em consideração que o conhecimento não é uma entidade neutra, mas é sempre caracterizado por uma vontade de dominar ou apropriar, que o torna potente e instável. O poder está

5 WITTGENSTEIN, op. cit., p. 34-35.

6 REVEL, Judith. *Michel Foucault: conceitos essenciais*. São Carlos: Claraluz, 2005. p. 37.

intrinsecamente ligado com a produção e uso do saber, fazendo com que os vários conhecimentos tenham um caráter contingente, pois só serão considerados verdadeiros enquanto cumprirem as exigências do poder.

Assim, a verdade de um saber é uma construção do seu discurso, ela se dá quando o discurso obedece às regras do poder. Essas regularidades discursivas fazem do discurso uma prática. Mas, nesse contexto, alerta Dominique Lecourt que “por “prática” não se entende a atividade de um sujeito, e sim a existência objetiva e material de certas regras as quais o sujeito tem que obedecer quando participa do discurso”⁷.

O poder que determina essas regras se manifesta nas relações que constituem um saber. Essas relações configuram um jogo interno do discurso, pelo qual uma ciência determinada forma o seu objeto. Em “A ordem do discurso” Foucault explica como construir a verdade ao partir do pressuposto de que em toda sociedade a produção do discurso é controlada. As estruturas discursivas dominam a modernidade, mas nem todo discurso é ouvido.

Nessa ordem de ideias, Foucault explicita detalhadamente um sistema de interdições do discurso que objetiva controlar seus poderes, dominar seu acontecimento aleatório. Esses procedimentos atingem tanto o objeto quanto o sujeito do enunciado e se dividem em procedimentos de exclusão e de rarefação.

O primeiro deles e também o mais conhecido é a interdição, que proíbe a palavra. O tabu do objeto, o ritual da circunstância, bem como o direito privilegiado ou exclusivo de quem fala, opõem restrições quanto ao conteúdo daquilo que é dito, quanto à circunstância em que é dito e quanto ao sujeito que diz. Nem tudo pode ser dito em qualquer circunstância, por qualquer um, de qualquer forma.

Outro procedimento é o da separação, pelo qual a antinomia mais fundamental é a que opõe o discurso da loucura ao discurso da razão. A palavra do louco jamais foi ouvida antes do fim do século XVIII, e se hoje é ouvida – nos consultórios médicos e psicanalistas – não significa que a separação não mais existe, pois mantem-se a distância, o corte entre os discursos. Em relação a esse duplo movimento, a razão clássica exerceu grande influência.

De um lado, existe o discurso da Ordem, definida em termos econômicos, sociais, políticos, morais; do outro, o discurso da Desordem. Desordem

7 FOUCAULT, Michel. et al. *O homem e o discurso: a arqueologia de Michel Foucault*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. p. 51.

que no século XVII abrangia não somente a loucura como todas as modalidades de comportamento anti-social. A loucura era a marginalia da razão clássica. A razão se definindo no momento em que define os seus limites exteriores. Com o mesmo gesto de partilha com que separa o discurso normal e o psicopatológico, a razão clássica desenhava o seu próprio perfil, correlativa do perfil do Outro.⁸

A vontade de verdade também é uma separação, separação historicamente constituída, que rege a nossa vontade de saber e exerce sobre os outros discursos um poder de coerção. Ela caracteriza a vontade de dominação dos conhecimentos. Foucault demonstra que a verdade, no século VI, residia no discurso justo, dito por quem de direito e conforme o ritual requerido, mas se deslocou do ato ritualizado eficaz e justo para o enunciado em si.⁹

Essa vontade verdade, carregada de interesses e de poder; é o procedimento no qual menos se fala. Nós almejamos ver a verdade como algo puro e universal, mas ignoramos essa vontade de verdade que se destina a destruir todos aqueles que “ponto por ponto, em nossa história, procuraram contornar essa vontade de verdade e recoloca-la em questão contra a verdade, lá justamente onde a verdade assume a tarefa de justificar a interdição e a loucura.”¹⁰

Os procedimentos tratados até aqui são externos ao discurso e funcionam como sistema de exclusão; todos eles refletem formas de excluir um discurso, de desconsiderá-lo, de não lhe dar ouvidos. Analisaremos agora outro grupo de procedimentos, agora internos, que classificam, ordenam e distribuem os vários tipos de discursos, lembrando que ainda se trata de procedimentos de controle.

Estes funcionam como princípio de rarefação do discurso, são eles: o comentário, que se refere à análise dos discursos que reproduzem outros discursos, que retomam assuntos, que comentam ou exemplificam temas; o autor, que tem relação com a forma com que um discurso é carregado pelas crenças e pelo contexto vivido pelo seu autor (autor entendido como unidade e origem das significações do discurso), limitando o acaso do discurso pelo jogo de uma identidade que tem a forma da individualidade e do eu; e por fim o procedimento de organização das disciplinas, que permite construir conhecimento conforme um jogo restrito.

8 FOUCAULT, Michel. et al. *O homem e o discurso: a arqueologia de Michel Foucault*. p. 14.

9 FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996. p. 15.

10 *Ibidem*, p. 20.

O princípio da disciplina é responsável pela criação de novos enunciados, de novas proposições, visto que a disciplina se define por um domínio de objetos, e por isso que esse tipo de discurso não está ao alcance de todos. Mas Foucault alerta que uma disciplina não abrange a soma de todas as verdades referentes ao seu campo de atuação, ela é feita tanto de erros como de verdades, e mais importante do que dizer somente verdades, ela responde a condições de seu saber.

Há, por fim, um terceiro grupo de procedimentos de controle do discurso, os quais determinam as condições de seu funcionamento. São expressos na forma do ritual, determinante das regras impostas ao sujeito que fala e definidor de todo o conjunto de signos que deve acompanhar um discurso, restringindo seu uso, uma vez que nem todas as regiões do discurso são abertas e penetráveis. Expressam-se ainda nas “sociedades de discurso”; nas “doutrinas” (religiosas, políticas, filosóficas), que realizam uma sujeição dos sujeitos que falam aos discursos e dos discursos ao grupo dos indivíduos que falam; e por fim, nas apropriações sociais, que se referem à educação, a qual embora nos ofereça a possibilidade de reflexão crítica, de conhecimento de todos os discursos, são, elas mesmas, marcadas pela distância, pelas oposições e lutas sociais.

Todo esse sistema de interdição do discurso é agora determinado, na sociedade moderna, pela razão tecnocrática. Essa razão, que está impregnada na sociedade, faz prevalecer os discursos técnicos em detrimento de todos os outros, empurrando-os para um espaço marginalizado. O discurso tecnocrático sobrevive e ganha forças na medida em que vem silenciando, pouco a pouco, os outros discursos.

Podemos considerar como exemplo desse triunfo do discurso da razão tecnocrática a questão da influência das provas periciais nos processos judiciais. A prova pericial - de natureza técnico-instrumental - é revestida de um caráter místico nos processos, pois sempre prevalece no âmbito do conjunto probatório, podendo se falar até mesmo em uma vinculação do juiz à prova pericial.¹¹

3 JOGOS DE VERDADE E PODER: APORTES PARA SE PENSAR O IMPACTO DA CONSTRUÇÃO DA VERDADE NO CAMPO DO DIREITO

Para Foucault, a filosofia não deve se preocupar com a busca pela verdade, uma verdade de caráter absoluto, mas a questão deve ser a de descobrir quais as regras, os métodos, os critérios que fazem com que um discurso seja considerado verdadeiro. É necessário analisar as condições

11 KALLAS FILHO, E; FONSECA, J. P. O. A influência da prova pericial nas decisões judiciais acerca da responsabilidade civil dos médicos. *Revista de Direito Sanitário*, v. 16, p. 101, 2015.

de possibilidade de produção da verdade levando em consideração que cada sociedade possui seu próprio regime de verdade, ou seja, levando em consideração a história por detrás daquele discurso.

Isso porque um discurso considerado verdadeiro para uma determinada sociedade não está inscrito em um registro de neutralidade, mas esteve sujeito aos jogos de força e às relações de poder que predominaram no período de seu nascimento, não escapando do horizonte dos confrontos.¹² Com isso, Foucault reconhece o relativismo e a imparcialidade como critérios de verdade, afastando a possibilidade de se enxergar nos discursos filosóficos conceitos e enunciados absolutos.

A análise, que agora é indissociável, tanto das condições de possibilidades de construção da verdade (objetivação) quanto das questões históricas e sociais (subjetivação) levou ao reconhecimento de um jogo, o “jogo da verdade” que possui regras compartilhadas e estabelecidas pelos homens no espaço social. Assim:

Na medida em que essa objetivação e essa subjetivação são dependentes uma da outra, a descrição de seu desenvolvimento mútuo e de seu laço recíproco é precisamente o que Foucault chama de “jogos de verdade”, isto é, não a descoberta do que é verdadeiro, mas das regras segundo as quais aquilo que um sujeito diz a respeito de um certo objeto decorre da questão do verdadeiro e do falso.¹³

A verdade, nesse contexto, se produz e se reproduz no campo dos “jogos de verdade” e estes exigem um elemento crucial para sua constituição, qual seja, o poder. O poder é entendido não como uma unidade, mas como “relações de poder” que se dão por meio de condições históricas de emergência e que implicam uma série de efeitos. Sua análise é indissociável de uma história da subjetividade.¹⁴

Foucault procurou demonstrar como o poder se relaciona com o saber – contrariando o pensamento ocidental que via nesses conceitos uma antinomia – analisando a maneira pela qual o poder constrói a verdade, e ainda, a maneira pela qual os jogos de verdade contribuem para que um discurso seja tido como um lugar de poder.

12 BIRMAN, Joel. Jogando com a verdade. Uma leitura de Foucault. *PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 2002.

13 REVEL, Judith. *Michel Foucault: conceitos essenciais*.

14 *Ibidem*, p. 67.

A “dinastia do saber” é justamente a relação entre os diversos tipos de discursos e as condições históricas, econômicas e políticas de seu aparecimento e de sua formação.¹⁵ Nessa ordem de ideias, Foucault procura entender qual é o regime interior de poder dos enunciados científicos e como esse regime se modifica em certos momentos de maneira global.

Quando o regime de poder de um enunciado científico se modifica, significa que se alteraram as regras de formação dos enunciados considerados verdadeiros. Foucault identifica esse tipo de ruptura, de mudança brusca, na ciência da medicina.

Numa ciência como a medicina, por exemplo, até o fim do século XVIII, temos um certo tipo de discurso cujas lentas transformações – 25, 30 anos – romperam não somente com as proposições “verdadeiras” que até então puderam ser formuladas, mas, mais profundamente, com as maneiras de falar e de ver, com todo o conjunto das práticas que serviam de suporte à medicina. Não são simplesmente novas descobertas; é um novo “regime” no discurso e no saber, e isto ocorreu em poucos anos.¹⁶

Outro exemplo é o do sistema de práticas judiciárias, o qual sofreu uma drástica alteração a partir do século XVIII. No velho Direito Feudal a prova não era tida como algo que trabalha a favor da verdade, mas era a maneira de ritualizar a guerra e, nesse sentido, atuava como operador do direito e não da verdade, permitindo a passagem da força ao direito. Mas, novas formas de justiça foram inventadas, como o inquérito. De acordo com Foucault, essa transformação no direito

Concerne não tanto aos conteúdos, mas às formas e condições de possibilidades do saber. O que se inventou no direito dessa época foi uma determinada maneira de saber, uma condição de possibilidade do saber, cujo destino vai ser capital no mundo ocidental.¹⁷

Diante dessa constatação - de que a mudança ocorrida na ciência da medicina e no direito não foi uma mudança teórica ou de conteúdo e também não foi apenas a descoberta de novas verdades ou a correção de erros - surgiu a necessidade de se preocupar com o real motivo que levou a essas modificações. A resposta para essa questão se encontra na análise daquilo que rege os enunciados e de como estes se regem entre

15 FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 49.

16 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1976. p. 5.

17 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003. p. 62-63.

si na construção de proposições científicas aceitáveis que se tornarão procedimentos científicos.¹⁸

Foucault percebeu que o discurso não era analisado com a questão do poder, ninguém se preocupava com a forma, as estratégias e as táticas pelas quais o poder se exercia. O poder era tratado de maneira superficial, como algo que era visto no “outro”, tanto foi assim que “o poder no socialismo soviético era chamado por seus adversários de totalitarismo; no capitalismo ocidental, era denunciado pelos marxistas como dominação de classe; mas a mecânica do poder nunca era analisada”¹⁹.

No entanto, a partir de 1968, a análise da mecânica do poder passou a ser a questão central das pesquisas de Foucault, fazendo com que o autor reconsiderasse alguns pontos de suas obras anteriores. Em “História da loucura”, por exemplo, usou uma noção de repressão que agora considera inadequada, pois identificou que o poder vai muito além da noção de proibição, mas de fato permeia e produz coisas, discursos, conhecimentos etc.

Sobre esse aspecto e, tomando em conta a posição estrategista de Foucault em relação aos discursos, podemos perceber que o filósofo tinha grande interesse pelos sofistas. Na direção oposta da filosofia de Sócrates - no aspecto de que a verdade é uma prioridade e que, como tal, não vale a pena falar a não ser que se queira dizer a verdade – os sofistas veem na fala um exercício de poder. Para eles, a busca, através da retórica, da vitória a qualquer custo, significa que eles reconhecem, assim como Foucault, que o discurso é indissociável do poder e que, conseqüentemente, a prática e teoria do discurso são essencialmente estratégicas. Discutimos não para se chegar à verdade, mas para vencê-la.²⁰

A partir dessa análise, alerta Foucault que se quisermos entender o conhecimento e realmente saber o que ele é, devemos nos aproximar dos políticos; devemos compreender quais são as relações de luta e de poder. As condições políticas e econômicas de existência são aquilo através do que são formados os sujeitos de conhecimento e, portanto, as relações de verdade.²¹

18 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. p. 5.

19 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. p. 7.

20 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. p. 140.

21 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. p. 23.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste texto podem ser propostos alguns lugares de chegada. Nestes lugares os jogos de verdade de Foucault e os jogos de linguagem de Wittgenstein foram aproximados, se entrecruzaram, provocaram um certo olhar para ambos os filósofos. Mas foram pessoas diferentes, com interesses diversos, ainda que cada qual tenha contribuído para compreender a linguagem e a expressividade humanas um pouco além da simples análise das construções frasais e textuais.

A ideia de “jogos de verdade” de Foucault e a ideia dos “jogos de linguagem” formulados por Wittgenstein propõem o entendimento de como a linguagem funciona e de como usamos as palavras, ainda que depois de Foucault, com a incorporação do poder nas análises do discurso, esses conceitos tenham passado de uma função de determinar significados para uma função de determinar a verdade, e assim, de construir a verdade.

Esse pensamento de que a verdade é construída através da linguagem significou uma ruptura de paradigma. Ruptura com a ideia de que as coisas possuem uma essência, ou uma origem. Agora é o próprio homem que cria a realidade, pois o modo de construção do sentido é livre dentro desse paradigma. A filosofia da linguagem restringe o mundo real àquilo que é definido pela linguagem e isso significou uma ampla liberdade para as pessoas fazerem e dizerem o que quiserem. Não existe mais uma realidade a partir da qual se pode estabelecer limites ao que nós pensamos ser o certo e o errado. Já que tudo é uma construção lingüística; já que tudo é uma relação de poder, então a nossa relação com o mundo é uma relação que ninguém pode dizer que não é real. O signo se torna um espaço vazio, cujo conteúdo agora é determinado por relações de poder, pelas estruturas sociais, pela tradição hermenêutica, enfim, por um sistema de produção exógena do sentido.

Foucault se preocupa em entender o modo como a realidade é construída no campo do discurso e em entender quem comanda a relação entre o significante e o significado. No campo do direito, essa investigação é reveladora. Um dos grandes problemas do direito no Brasil está justamente em acreditar que o direito não é mais uma instância importante da realidade do país, pois a importância agora se deslocou para outras referências de sentido. Está justamente em pensar que o direito é meramente uma construção discursiva, aleatória e definida por uma contingência no uso de referentes interpretativos. Com a possibilidade de desformalização da lei, inerente ao Estado de direito moderno, quem tem a palavra final sobre o que é o direito acaba sendo quem tem a competência para decidir os casos concretos: os tribunais.

Esse pensamento também tem efeitos importantes no modo como acontece a relação entre constitucionalismo e democracia. Como o direito só existe na nossa linguagem, nos nossos jogos de palavra, a construção do significado de “justiça” que fizer parte do arquivo histórico da cultura política brasileira e entrar no sistema de discursividade que é reproduzido nesses jogos de palavras ganhará o jogo; irá se transformar em realidade e reproduzida como tal, inclusive pelas minorias.

O problema de não realização dos direitos fundamentais, por exemplo, é um problema que – dentro desse paradigma – começa em se saber o que é saúde, ou o que é liberdade e etc, para depois se verificar a possível divergência entre o significado (construído) desses conceitos e a imagem que nós temos do que seria ideal. A questão, portanto, não é reproduzir o jogo do problema da ineficácia dos direitos fundamentais em países de modernidade periférica como o Brasil. Mas sim, como pensar o problema da construção discursiva do sentido dos direitos fundamentais como uma relação de poder.

REFERÊNCIAS

- BIRMAN, Joel. Jogando com a verdade: uma leitura de Foucault. *PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- _____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003.
- _____. *Estratégia, poder-saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- _____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1976.
- FOUCAULT, Michel. et al. *O homem e o discurso: a arqueologia de Michel Foucault*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008.
- KALLÁS FILHO, E; FONSECA, J. P. O. A influência da prova pericial nas decisões judiciais acerca da responsabilidade civil dos médicos. *Revista de Direito Sanitário*, v. 16, p. 101, 2015.
- OLIVEIRA, Manfredo A. de Oliveira. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- REVEL, Judith. *Michel Foucault: conceitos essenciais*. São Carlos: Claraluz, 2005.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

RECEBIDO EM: 11/04/2017
APROVADO EM: 08/05/2017

PENHORA DE SALÁRIO E A DIGNIDADE DO CREDOR

SEIZURE OF THE SALARY AND THE DIGNITY OF THE CREDITOR

Paulo Roberto Pegoraro Júnior

*Doutorando em Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul
Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense Professor
de Direito Processual Civil dos cursos de graduação em Direito e Pós-Graduação da
Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel Advogado.*

Monique Motter

Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel

SUMÁRIO: Introdução; 1 A penhora de salário no Código de Processo Civil; 2 A dignidade do credor na execução: o princípio da máxima efetividade; 3 A excepcionalidade de penhora abaixo dos limites legais; 4 Limite impenhorável: avanços e retrocessos do novo Código de Processo Civil; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: A impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, entre outros, é tema que ocupa aspecto crítico quando se trata de assegurar a efetividade da execução no processo civil, pois ao mesmo passo que assegura a dignidade do devedor, pois não o tolhe do mínimo existencial, também deve ser dimensionado a partir da ótica do credor, já que sob determinados aspectos ao privá-lo da satisfação da execução pode lhe ser negado idêntico direito fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Penhora. Salário. Dignidade. Execução.

ABSTRACT: The inseminability of salaries, allowances, salaries, salaries, remuneration, among others, is a critical issue when it comes to ensuring the effectiveness of execution in civil proceedings, while at the same time ensuring the dignity of the debtor, Must also be scaled from the perspective of the creditor, since under certain aspects depriving him of the satisfaction of execution may be denied him the same fundamental right.

KEYWORDS: Seizure. Salary. Dignity. Execution.

INTRODUÇÃO

A impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, visa sua preservação como meio de subsistência do devedor e de sua família para garantia da dignidade humana, o que forçosamente aponta para a compreensão de quais são os bens materiais que compõe o conjunto mínimo para que seja digna a vida do assalariado e de sua família. Mas o contraponto possível que se pode entabular a respeito diz respeito à dignidade do próprio devedor na medida em que tenha frustrada a satisfação de seu crédito.

A regra de impenhorabilidade opera como restrições objetivas à efetividade da tutela executiva, seja por política legislativa, seja por levar em conta determinados valores, tais como se dá, por exemplo, no que toca à impenhorabilidade do bem de família, de modo a assegurar o direito fundamental à moradia do devedor.

Não há qualquer violação ao devido processo legal ou ao asseguramento da efetividade da tutela jurisdicional pela restrição imposta pelas regras da impenhorabilidade, pois o que está em jogo são valores outros que se sobrepõem ao mero interesse creditício apresentado. Mas tal não impede o sopesamento de outros direitos fundamentais envolvidos, de igual modo.

Até a vigência do novo Código de Processo Civil, constava regra de impenhorabilidade absoluta do salário, excetuando-se os casos de créditos de natureza alimentar, de modo que o atual diploma processual logrou traduzir significativa evolução ao admitir a penhora de montante do vencimento superior ao equivalente à 50 salários mínimos (art. 833, p. 2º, CPC), de modo que tem-se relativizada a impenhorabilidade.

Cândido Rangel Dinamarco já tratou de alertar que se devem evitar execuções que sacrifiquem o devedor além do indispensável à plena satisfação do credor, expressando assim um princípio de grande importância para a execução, o princípio do resultado e da menor gravosidade:

Todos sentem as mazelas da execução forçada, tal qual configurada no direito moderno. São demasiadas as oportunidades de defesa e retardamentos que a lei oferece ao executado, beneficiando inúmeras vezes o mau pagador, sendo indulgente com chicanas em detrimento da plena satisfação do credor e do

correto exercício da jurisdição. Sem dizer do mau funcionamento da justiça, cartórios desaparelhados e juízes pouco participativos.¹

Mesmo com disposição legal de que fica mantido o caráter absoluto da impenhorabilidade salarial até o limite equivalente à 50 salários mínimos mensais, há decisões no sentido afastar a regra em montante inferior, sob o fundamento de que quando autorizada em percentual pequeno a providência resguarda não só os princípios da própria execução, assegurando o devedor a capacidade de prover a si e a sua família, como também o direito do exequente em ver seu débito devidamente adimplido, ou ainda sob o fundamento de que a Lei n. 10.820/2003, que autoriza o desconto de prestações de empréstimo em folha de pagamento, deve ser aplicada analogicamente para permitir a penhora dos rendimentos do executado, fundamentos estes que serão abordados com mais propriedade nas próximas linhas.

1 A PENHORA DE SALÁRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 649, inc. IV, § 2º, abria a única exceção à regra de impenhorabilidade absoluta do salário, a qual seria nos casos do devedor de prestação alimentícia, dentre as alterações advindas com a vigência do novo Código, em seu art. 833, inc. IV, §2º foi acrescido, além da exceção anterior, as importâncias que excedem à 50 (cinquenta) salários mínimos mensais:

Art. 833. São impenhoráveis:

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

As mudanças da nova lei não permitem mais afirmações de que o salário é impenhorável, visto que, é impenhorável apenas até determinado

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros S.A., 1997.

valor, estipulado legalmente. A intenção do legislador ao estabelecer um valor máximo a ser protegido pela regra da impenhorabilidade seria eliminar o abuso, os excessos. Ainda na vigência do Código de 1973, a Lei 11.382/06, enquanto projeto, contemplava limitações em relação à impenhorabilidade absoluta, admitindo apenhora de imóvel, ainda que bem de família se fosse avaliado em valor superior a mil salários mínimos, bem como de parcela de salário de alta monta em 40% do total percebido mensalmente, quando este fosse superior à vinte salários mínimos, pois há aqueles que chegam a ganhar o dobro deste valor em remuneração mensal, e admitir que este possa restar insolvente em uma execução pela impossibilidade da penhora de parte de seu salário, significa banalizar a execução forçada e incentivar a inadimplência.

Apesar da coerência do projeto apresentado, este teve vetado o § 3º que se buscava acrescentar no art. 649, permitindo a penhora de salários que nos dias de hoje importariam em R\$ 17.600,00 mensais, valor bem inferior ao proposto pelo novo Código de Processo Civil. A razão do veto era simplesmente de que, apesar de coerente, o dispositivo contrariava a tradição jurídica brasileira, alegando a necessidade de mais amplo e aprofundado debate sobre a questão em toda a comunidade jurídica.

O novo código apenas trouxera uma solução política às alegações da promoção de injustiças na impenhorabilidade de salários elevados, estipulando um valor mínimo o qual permanecera considerado impenhorável, imprescindível a subsistência do executado. Entretanto fora um valor apenas estipulado para apaziguar a crítica ao sistema de impenhorabilidade, foi insuficiente, e novamente determinado sem os referidos debates aprofundados ou fundamentos, “por isso, o Brasil continua com um sistema de impenhorabilidade francamente defasado e ilógico, a depender, eventualmente, para tornar-se mais justo, do trabalho jurisprudencial”, como adverte Luiz Guilherme Marinoni².

Após o veto, o Código continuou com a regra de impenhorabilidade, mantendo a excepcionalidade para o crédito alimentar. O novo Código, apesar da evidente iniciativa, deixa de atingir o objetivo no momento em que foi fixado um limite aparentemente rígido, e claramente elevado com relação ao padrão nacional.

Ainda que de forma tímida, trata-se de um avanço a possibilidade de penhora parcial dos rendimentos do executado e busca assegurar ao exequente um método de ter satisfeita sua pretensão, contra devedores

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 1. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 905

aparentemente insolventes, os quais não possuem bens em seu nome e/ou não se importam em ter seus nomes inscritos nos cadastros de proteção ao crédito. A possibilidade de penhora para pagamento de prestação alimentícia, há muito é uma realidade, o novo Código avançou e permitiu a penhora fora das hipóteses de dívida alimentar, mas o fez tão somente daquilo que excede à 50 salários mínimos mensais.

Teria sido mais razoável flexibilizar a norma, nos mesmos moldes que fora proposta a penhora para o caso de pagamento de prestação alimentícia, já que, mesmos nestes casos, “o percentual objeto da penhora deve observar a razoabilidade, já que deve ser mantido um mínimo necessário à sobrevivência do alimentante”³. Assim seria possível adequar a aplicação da norma ao caso concreto, por meio de decisão fundamentada delimitar o valor a ser penhorado para satisfação da dívida, mantendo impenhorável parcela que lhe permita sobreviver com dignidade, ressaltando ainda que, cabe ao executado o ônus da prova sobre a natureza salarial de sua remuneração.

2 A DIGNIDADE DO CREDOR NA EXECUÇÃO: O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

José Miguel Garcia Medina enfrenta aparente incoerência da norma restritiva que dispõe sobre a impenhorabilidade salarial, em franco descompasso com o princípio da efetividade da execução:

Pensamos que, no caso, não se deve optar por interpretação literal, que não esteja em consonância com a finalidade do inc. IV do art. 649 do Código de Processo Civil de 1973 (Art. 833, inc. IV do Código de Processo Civil de 2015). Em atenção aos princípios aos quais nos referimos, nos itens precedentes, não tendo sido localizados outros bens penhoráveis, pensamos que deve ser admitida a penhora de parte da remuneração recebida pelo executado, em percentual razoável, que não prejudique seu acesso aos bens necessários à sua subsistência e à de sua família.⁴

A possibilidade de penhora de parte da remuneração recebida pelo executado é admitida legislação de outros países, como por exemplo, na Espanha, o art. 607 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Ley 1/2000), e na Bélgica,

3 BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal*. Agravo de Instrumento: 20060020151779, Agravante: W.E.R. Agravado: N.A.B. Relator: Des. Flávio Rostirola. Distrito Federal, 30 de maio de 2007. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20060020151779AGI>>.

4 MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

o art. 1.409 do *Code Judiciaire* de 1967⁵. No Brasil a determinação de penhora de parte da remuneração além do alto limite estabelecido pelo novo Código de Processo Civil se dá meramente através do franco ativismo judicial, e tem sido objeto de grande debate os diversos fundamentos utilizados para tal.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, versa que a vedação de penhora de parte de altos salários percebidos por devedores de classe alta, deixa sem amparo o direito do credor, e o torna sem efeito, ou seja, o processualista paranaense defende que a norma possa representar a inconstitucionalidade a partir do momento que, na defesa de um direito fundamental do devedor, se traduz na inefetividade da tutela executiva, atingindo o direito fundamental do próprio credor:

De fato, ao vedar a penhora sobre parcela de altos salários ou sobre bens de vulto, o executivo inviabiliza a proteção adequada do direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva. O impedimento de penhora de tais bens obstaculiza a tutela prometida pelo direito material e, por consequência o exercício efetivo do direito fundamental de ação ou à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º XXXV, da CF). Ou melhor, o Estado, diante do veto, está conferindo proteção insuficiente ao direito fundamental de ação, impedindo o seu exercício de forma efetiva ou de modo a permitir a tutela do direito de crédito. Na verdade, ao chancelar a intangibilidade do patrimônio do devedor rico, o Estado abandona o cidadão sem fundamentação constitucional bastante.⁶

Ao passo que a impenhorabilidade do salário visa proteger a garantia do mínimo existencial do devedor, a quebra do paradigma de impenhorabilidade absoluta dessa verba até R\$ 44.000,00 mensais, o que corresponde nos dias de hoje aos 50 salários mínimos estabelecidos pela Lei, visa proteger a garantia do mínimo existencial do credor, bem como garantir a segurança dos contratos, eis que é difícil defender que um rendimento dessa proporção seja considerado integralmente de natureza alimentar, fácil concluir que o valor restante dessa remuneração que não se destina a este fim é parte do patrimônio do devedor, e deve responder pelas suas dívidas.

No processo de execução não podemos presumir que o exequente é sempre a classe alta da sociedade e o executado aquele com modelo

5 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo em Recurso Especial: 1.010.457/SP, Recorrente: Valdomiro Joaquim Recorrido: Jenilson Fortes Relator: Min. Luis Felipe Salomã. Distrito Federal, 30 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/413884389/andamento-do-processo-n-2016-0289863-0-agravo-recurso-especial-12-12-2016-do-stj?ref=topic_feed>.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

humilde de vida, é importante deixar de lado preconceitos deste gênero. A execução forçada é o meio que a Lei oferece para a efetividade da justiça, o devedor astuto em se esquivar de formas de penhora online, aquele que é aparentemente insolvente, cujo único patrimônio é a renda auferida por mês à título de salário, não é uma figura rara na sociedade, cabível portanto a aplicação da técnica de ponderação, entre os princípios da tutela executiva.

O princípio do menor sacrifício ao executado não deveria significar a frustração da execução, apenas significa que, diante de mais de uma possibilidade de satisfação da execução, deve ser tomada àquela que for menos onerosa e/ou prejudicial ao devedor, entretanto, na ausência de outros meios capazes de satisfazer a execução, a penhora do salário é meio válido para tanto, desde que realizada em conformidade as normas constitucionais que lapidam as regras de impenhorabilidade, como citado anteriormente, a restrição, em parte, de um direito fundamental, não é ilegítima se destinada a garantia de outro.

3 A EXCEPCIONALIDADE DE PENHORA ABAIXO DOS LIMITES LEGAIS

O tratamento processual a estabelecer a impenhorabilidade da verba salarial, segundo Humberto Theodoro Júnior⁷, tem por fundamento o fato de que a remuneração do trabalho pessoal, de maneira geral, destina-se ao sustento do indivíduo e de sua família, trata-se, por isso, de verba de natureza alimentar, donde a sua impenhorabilidade. Deste modo entende-se que, a penhora de parte do salário que não prejudique a subsistência do executado e sua família, não fere a norma de impenhorabilidade.

Algumas manifestações jurisprudências vem admitindo, contudo, a penhora de parte dos vencimentos, em percentuais de até 35%, de modo a preservar tanto o cumprimento das obrigações assumidas quanto a proteção aos rendimentos necessários ao sustento daquele que deve, tornando-se uma forma de sopesamento dos direitos fundamentais em questão, garantindo não só a tão almejada dignidade do executado, mas também a efetividade da justiça ao exequente, conferindo a execução forçada novamente o sentido de efetivação do direito pleiteado, ou seja, otimizando a efetividade da tutela executiva.

A interpretação no sentido de permitir a penhora nestes moldes, apesar de ser aparentemente contrária ao art. 833, inc. IV, §2º, encontra amparo na interpretação de outras regras processuais civis e princípios da própria execução e constituição que atribuem a responsabilidade patrimonial do devedor pelas obrigações assumidas. A constrição neste percentual

7 JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 34. ed. São Paulo: Forense, 2003. p. 190.

permite a amortização da dívida, sem ferir a dignidade do devedor, o que deve ser analisado conforme as variações do caso concreto, dando condições ao indivíduo de manter o seu sustento e o de sua família.

Estando em confronto o direito do devedor da preservação do salário como meio de garantia de uma vida digna, e o do credor do recebimento do seu crédito, bem como da efetiva prestação jurisdicional, há vazão à crítica do limite imposto no novo CPC, que vem sendo interpretado conforme a Constituição da República em várias ocasiões práticas, com a finalidade de preservar a sobrevivência do devedor, que tem parte de seu salário penhorado, e ao mesmo tempo garantir a segurança das relações jurídicas.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já teve oportunidade de decidir pela penhora do que pode ser considerado a “sobra” salarial penhorável, como se confere:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE SALÁRIO. LIMITE EM 30%. POSSIBILIDADE. O devedor deve responder por seus débitos sem, contudo, comprometer o seu sustento e de sua família, mostrando-se legítima a penhora sobre 30% de seus vencimentos líquidos.⁸

Dentre os fundamentos esposados em várias decisões que excepcionam a penhora salarial, alguns se servem da aplicação analógica da Lei 10.820/03, a qual dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento de valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil, desde que previstos em contrato. A referida Lei, em seu art. 1º, §1º, estipula como limite para o desconto em folha o valor de 35% do valor recebido mensalmente.

Se voluntariamente, o indivíduo pode dispor de parte do seu salário, a ser descontado diretamente em folha para o pagamento dos débitos supramencionados, no mesmo sentido remanesceria a possibilidade da penhora do numerário:

8 BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Agravo de Instrumento: 10024000165571003*. Agravante: Lea Delba Peixoto Bevilaqua. Agravado: Elias Getúlio de Sena. Relator: Des. Luiz Artur Hilário. Belo Horizonte, 29 de abril de 2014. 9ª Câmara Cível, e-Dj: 08/05/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AI_10024000165571003_0ce5e.pdf?Signature=GIP9WZklY1NIRuGDWKEC5Y9Rgxc%3D&Expires=1491578720&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=200339a6245aabe07491df0601fe6c42>.

O principal fundamento da impenhorabilidade é a proteção da dignidade do executado, no sentido de lhe garantir um patrimônio mínimo que lhe permita sobreviver com dignidade. E mais, o simples fato de determinado bem ser considerado impenhorável não significa dizer que é inalienável; é um direito do executado perfeitamente renunciável (quando disponível o bem). É o que ocorre com o salário, pois, embora impenhorável por disposição legal, é possível que o assalariado dele disponha (ainda que em parte), por exemplo, como garantia de contrato de empréstimo bancário consignado em folha. Ora, se o sujeito pode dispor de uma parcela de seu salário para contrair uma dívida, essa parcela não pode ser considerada impenhorável.⁹

A Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Paraná chegou a editar enunciado (nº 13.18), ainda na vigência do CPC de 1973, admitindo a penhora de conta salário no limite de 30% diante da inexistência de outros bens para satisfação do crédito, coisa que também o fez o Conselho Superior dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao adotar o enunciado nº 42, a estabelecer que “a impenhorabilidade prevista no artigo 649 do Código de Processo Civil não tem caráter absoluto em Juizados, considerando o limite de alçada”. Em voto vencido perante a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Sérgio Kukina chegou a defender que “é possível a penhora da verba trabalhista na hipótese em que depositada em aplicação financeira de risco, que não guarde relação com a subsistência do assalariado ou do seu núcleo familiar. Isso porque a natureza de verba alimentar e sua correlata impenhorabilidade somente perduram enquanto os valores estiverem destinados ao sustento do devedor e de sua família. Os valores que sobejarem os gastos com a manutenção do titular e de seu núcleo familiar passam a integrar o patrimônio penhorável. Não fosse assim, todo o patrimônio do trabalhador estaria protegido pelo manto da impenhorabilidade, pois, em regra, é construído com base na economia realizada com as verbas alimentares”¹⁰. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça mantém firme posicionamento de que o caráter absoluto da impenhorabilidade dos vencimentos, soldos e salários (entre outras verbas) não autoriza a penhora de percentual dos vencimentos¹¹, a despeito de pontuais decisões que têm flexibilizado a regra:

9 BRASIL. *Justiça Estadual de São Paulo*. Decisão de fl. 344, e-Dj 07/06/2016. Autor: Thais Moraes Tremonte. Réu: Carlos Maurício da Silva. Juiz de Direito Dr. Vinicuis Rodrigues Vireira. Ribeirão Preto, 24 de maio de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpogp/show.do?processo.codigo=E20005S110000&processo.foro=506&uuiidCaptcha=sajcaptcha_fd0caa3c9a224f418b367fdcb6879b5a>.

10 REsp 1164037/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 09/05/2014.

11 AgInt no AREsp 877.428/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 27/03/2017.

1. É firme nesta Corte Superior o entendimento que reconhece a natureza alimentar dos honorários advocatícios e a impossibilidade de penhora sobre verba alimentar, em face do disposto no art. 649, IV, do CPC.
2. Contudo, a garantia de impenhorabilidade assegurada na regra processual referida não deve ser interpretada de forma gramatical e abstrata, podendo ter aplicação mitigada em certas circunstâncias, como sucede com crédito de natureza alimentar de elevada soma, que permite antever-se que o próprio titular da verba pecuniária destinará parte dela para o atendimento de gastos supérfluos, e não, exclusivamente, para o suporte de necessidades fundamentais.
3. Não viola a garantia assegurada ao titular de verba de natureza alimentar a afetação de parcela menor de montante maior, desde que o percentual afetado se mostre insuscetível de comprometer o sustento do favorecido e de sua família e que a afetação vise à satisfação de legítimo crédito de terceiro, representado por título executivo.
4. Sopesando criteriosamente as circunstâncias de cada caso concreto, poderá o julgador admitir, excepcionalmente, a penhora de parte menor da verba alimentar maior sem agredir a garantia desta em seu núcleo essencial.
5. Com isso, se poderá evitar que o devedor contumaz siga frustrando injustamente o legítimo anseio de seu credor, valendo-se de argumento meramente formal, desprovido de mínima racionalidade prática.
6. Caso se entenda que o caráter alimentar da verba pecuniária recebe garantia legal absoluta e intransponível, os titulares desses valores, num primeiro momento, poderão experimentar uma sensação vantajosa e até auspiciosa para seus interesses. Porém, é fácil prever que não se terá de aguardar muito tempo para perceber os reveses que tal irrazoabilidade irá produzir nas relações jurídicas dos supostos beneficiados, pois perderão crédito no mercado, passando a ser tratados como pessoas inidôneas para os negócios jurídicos, na medida em que seus ganhos constituirão coisa fora do comércio, que não garante, minimamente, os credores.
7. Recurso especial a que se nega provimento.¹²

12 REsp 1356404/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 23/08/2013

A excepcionalidade da penhora abaixo dos limites legais vem sendo aos poucos, assim, relativizada pelos tribunais, mediante sopesamos de critérios que efetivamente levem em conta a dimensão do assegureamento da efetividade da tutela jurisdicional executiva.

4 LIMITE IMPENHORÁVEL: AVANÇOS E RETROCESSOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A admissibilidade da penhora de verba salarial, mesmo em montante inferior ao limite legal de 50 salários mínimos, vem ganhando aceitação no entendimento jurisprudencial. É salutar, no entanto, esforço para compreensão da justificativa para adoção de tal limitação em nosso Código de Processo Civil.

Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a renda *per capita* média mensal do brasileiro no ano de 2015 chegou à R\$ 1.113,00, variando entre R\$ 2.252,00, no Distrito Federal, e R\$ 509,00 no Estado do Maranhão como menor valor¹³. Tais dados refletem o tamanho da discrepância entre os valores estabelecidos pelo código e os valores reais que se extraem da realidade brasileira, de modo a evidenciar o descompromisso político com a realidade quando da adoção de tal limite.

Ainda segundo estudos feitos pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), no ano de 2016, apesar do salário mínimo nominal de R\$ 880,00, já no mês de janeiro daquele ano o salário necessário para a garantia de uma vida digna a uma família de quatro pessoas era calculado em R\$ 3.795,24¹⁴, a bem apontar o montante envolvido no assegureamento do mínimo existencial, que nenhuma proporção guarda com a expressiva soma dos 50 salários mínimos estabelecidos pelo CPC.

É de se cogitar, assim, que se estabeleça como limite de segurança para penhora de verba salarial, levando em conta as circunstâncias do caso concreto, e desde que esgotadas outras providências para localização de bens, mantenha absoluta impenhorabilidade de parcela indispensável à sobrevivência do devedor, podendo-se para tanto adotar o critério do salário

13 Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2015_20160420.pdf>. Acesso em: 7 maio 2017; vide ainda OLIVEIRA, Nielmar de. IBGE: renda per capita média do brasileiro atinge R\$ 1.113 em 2015. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Rio de Janeiro: 2016. Acesso em: 16 ago. 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-02/ibge-renda-capita-media-do-brasileiro-atinge-r-1113-em-2015>.

14 DIEESE. *Cesta Básica Nacional: Salário Mínimo Nominal e Necessário*. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo: 2016. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 16 ago. 2016.

mínimo estabelecido pelo DIESE, afinal, segundo Thadeu Weber¹⁵, o mínimo existencial consiste nos bens que suprem necessidades básicas como, alimentação, saúde e habitação. Esse é um mínimo “material”, necessário para a realização dos direitos e liberdades fundamentais, vez que o autor distingue a dignidade humana do mínimo existencial, com a afirmação de que o mínimo existencial seria algo mais estrito, apenas para a possibilitar o exercício da cidadania e satisfação das necessidades básicas dos cidadãos.

Tem-se, assim, como possível a possibilidade flexibilização da regra da impenhorabilidade levando-se em consideração o mínimo existencial, a permitir a dimensão da efetividade da execução.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Faz-se necessário interpretar a norma em conformidade à outras regras processuais civis existentes, observados os princípios da própria execução, entre eles, o de que os bens do devedor serão referidos em favor do credor, a fim de pagar os débitos¹⁶, bem como interpretação do artigo 833, inc. IV, §2º, do Código de Processo Civil, pela técnica de ponderação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da efetividade da jurisdição.

A legislação brasileira que regulamenta o processo civil tem lá suas imperfeições, e urge aproximar o ideal da impenhorabilidade da verba salarial à parâmetros que sejam minimamente razoáveis, amoldando-as ao contexto socioeconômicos.

O dogma da subsunção é insustentável. A aplicação do direito é – também – um trabalhar criativamente a lei. A lei é apenas a possibilidade do direito. Só na aplicação ao caso concreto ela se torna direito real. O direito é histórico. À margem do processo metódico de descoberta do direito aplicável não pode existir uma correção objetiva do direito.¹⁷

15 WEBER, Tadeu. A ideia de um mínimo existencial de J. Rawls. *SciELO Brasil: Kriterion, Revista de filosofia*, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011>. Acesso em: 19 ago. 2016.

16 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento: 0516656-89.2010.8.13.0000. Agravante: Nilson dos Santos Batista. Agravado: Royal Factoring de Fomento Mercantil. Relatora: Des. Cláudia Maia, Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=0516656-89.2010.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>>.

17 KAUFMANN [org.], 2002, p. 315-316, apud, SCARIOT, Juliane. *Hermenêutica jurídica: a função criativa do juiz*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8360>. Acesso em: 26 ago. 2016.

É preciso, assim, que o intérprete leve em consideração também a dimensão envolvida na dignidade do próprio credor, ao ver ameaçado a satisfação de seu crédito quando se trata da penhora de verba salarial, para que se construa um entendimento sólido de que a garantia assegurada não pode ser de tal modo inaplicável a ponto de estabelecer limite em 50 salários mínimos da impenhorabilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. *Justiça Estadual de São Paulo*. Decisão de fl. 344, e-Dj 07/06/2016. Autor: Thais Moraes Tremonte. Réu: Carlos Mauricio da Silva. Juiz de Direito Dr. Vinicuis Rodrigues Vireira. Ribeirão Preto, 24 de maio de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=E20005S1I0000&processo.foro=506&uuiidCaptcha=sajcaptcha_fd0caa3c9a224f418b367fdb6879b5a>.

BRASIL. Presidência da República. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo em Recurso Especial: 1.010.457/SP, Recorrente: Valdomiro Joaquim Recorrido: Jenilson Fortes Relator: Min. Luis Felipe Salomã. Distrito Federal, 30 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/413884389/andamento-do-processo-n-2016-0289863-0-agravo-recurso-especial-12-12-2016-do-stj?ref=topic_feed>.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial Cível: 1.164.037/RS. Recorrente: Marco Aurélio da Rosa Trevizani. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Sérgio Kukina. Distrito Federal, 20 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25143809/recurso-especial-resp-1164037-rs-2009-0213987-8-stj/inteiro-teor-25143810?ref=juris-tabs>>.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial Cível: 1.330.567/RS. Recorrente: Berenice Regina Balbinot. Recorrido: Cádiz Construções Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Distrito Federal, 16 de maio de 2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201292140&dt_publicacao=27/05/2013>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Cível: 1.356.404/DF. Recorrente: Nilton Oliveira Batista. Recorrido: Mauro Sérgio Paulo da Silva. Relator: Min. Raul Araújo. Distrito Federal, 04 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202531887&dt_publicacao=23/08/2013>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravo de Instrumento: 0019933-36.2013.8.07.0000. Agravante: Ruth Maria do Nascimento Ferreira. Agravado: Francisco Timoteo da Silva Filho. Relator: Des. James Eduardo Oliveira. Distrito Federal, 07 de maio de 2014. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145699335/agravo-de-instrumento-agi-20130020190482-df-0019933-3620138070000/inteiro-teor-1456993355#>>.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal*. Agravo de Instrumento: 20060020151779, Agravante: W.E.R. Agravado: N.A.B. Relator: Des. Flávio Rostirola. Distrito Federal, 30 de maio de 2007. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=plhtml06&S ELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20060020151779AGI>>.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Agravo de Instrumento: 10024000165571003. Agravante: Lea Delba Peixoto Bevilaqua. Agravado: Elias Getúlio de Sena. Relator: Des. Luiz Artur Hilário. Belo Horizonte, 29 de abril de 2014. 9ª Câmara Cível, e-Dj: 08/05/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AI_10024000165571003_0ce5e.pdf?Signature=G1P9WZklY1NIRuGDWKEC5Y9Rgxc%3D&Expires=1491578720&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=200339a6245aabe07491df0601fe6c42>.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Agravo de Instrumento: 0516656-89.2010.8.13.0000. Agravante: Nilson dos Santos Batista. Agravado: Royal Factoring de Fomento Mercantil. Relatora: Des. Cláudia Maia, Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=0516656-89.2010.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>.

DIEESE. *Cesta Básica Nacional: Salário Mínimo Nominal e Necessário*. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo: 2016. Acesso em: 16/08/2016. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros S.A., 1997.
- GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GUTIER, Murillo Sapia. Princípios do processo de execução após as reformas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7249>.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II, 34. ed. São Paulo: Forense, 2003.
- KAUFMANN [org.], 2002, p. 315-316, apud, SCARIOT, Juliane. *Hermenêutica jurídica: a função criativa do juiz*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8360>.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 1. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 2. d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. v. 3, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- OLIVEIRA, Nielmar de. IBGE: renda per capita média do brasileiro atinge R\$ 1.113 em 2015. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Rio de Janeiro: 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-02/ibge-renda-capita-media-do-brasileiro-atinge-r-1113-em-2015>>. Acesso em: 16 ago. 2016.
- WEBER, Tadeu. A ideia de um mínimo existencial de J. Rawls. *SciELO Brasil: Kriterion, Revista de filosofia*, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20060020151779AGI>. Acesso em: 19 ago. 2016

RECEBIDO EM: 31/07/2017

APROVADO EM: 14/09/2017

CONFLITOS NOS PROGRAMAS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA BRASILEIROS NOS CASOS DE FRAUDES EM LICITAÇÃO

*CLASHES IN BRAZILIAN LENIENCY PROGRAMS IN CASES OF BID
RIGGING*

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Doutora e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

*Professora da FGV Direito Rio e da Universidade Federal do Estado do Rio de
Janeiro - UNIRIO.*

Rafaela Coutinho Canetti

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

SUMÁRIO: Introdução; 1 O acordo de leniência no direito brasileiro; 1.1 A introdução do acordo de leniência no direito concorrencial brasileiro; 1.2 O acordo de leniência na lei de infrações contra a administração pública; 1.3 Acordos de leniência e o setor bancário; 2 Os acordos de leniência para combate a cartéis em licitação: onde os regimes de leniência concorrencial e da lei anticorrupção se encontram; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar alguns dos desafios decorrentes da opção do legislador brasileiro em criar distintos programas de leniência em diferentes normas, e com diferentes autoridades competentes, sem a necessária compatibilização desses sistemas. Mais especificamente, serão analisados os incentivos e conflitos potenciais decorrentes da existência de programas de leniência independentes nas esferas concorrencial e anticorrupção. A complexidade no sopesamento entre custos e benefícios da delação pode ser um entrave à utilização ótima desse instrumento como meio de desestabilização das organizações criadas para prática de ilícitos administrativos e penais, e como meio de obtenção de prova.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Cartéis. Acordo de Leniência.

ABSTRACT: This paper aims to address some of the challenges arising from the Brazilian legislator's option to create different leniency programs in different norms, with different competent authorities, without the necessary compatibilization of these systems. More specifically, we present the potential incentives and conflicts arising from the existence of independent leniency programs in the competitive and anti-corruption fields. The complexity of weighing the costs and benefits of cooperation with the authorities may be an obstacle to the optimal use of this instrument as a way to destabilize organizations created to practice administrative and criminal offenses and as a means of obtaining evidence.

KEYWORDS: Corruption. Collusion. Leniency Agreement.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de programas de leniência, instrumento em franca ascensão tanto no ordenamento jurídico nacional quanto no direito comparado, insere-se em uma concepção de atuação pública mais contemporânea, na qual se passa a crer não ser possível ou sequer desejável que o Estado se desdobre de forma ineficiente ou excessivamente onerosa para a persecução de ilícitos, ao mesmo tempo em que se vislumbram formas alternativas de performance para a tutela dos mesmos fins constitucionais¹.

A proposta, ao menos a partir de seus delineamentos teóricos, é perspicaz: o acordo de leniência busca incentivar a delação de comportamentos ilícitos por parte das pessoas potencialmente responsáveis, com vistas a impor uma situação de “dilema do prisioneiro”² aos agentes delitivos em que a colaboração com as autoridades será a estratégia com maior payoff. De um lado, o instrumento se presta ao fornecimento de benefícios ao celebrante do acordo, na medida em que mitiga os efeitos das sanções aplicáveis. De outro, oferece ao poder público maiores subsídios para a apuração das infrações e persecução de outras pessoas envolvidas, com menores custos à Administração Pública, já que as informações seriam oferecidas às autoridades pela beneficiária.

Grosso modo, pode-se dizer que o princípio básico dos programas de leniência é criar uma possibilidade de colaboração com o Estado, cujas consequências sejam mais vantajosas que a continuidade da atividade ilícita. Sustenta-se sobre o pilar de que o participante em uma conduta ilícita está sempre sob o risco de que a infração venha a ser descoberta,

- 1 Nas palavras de Thiago Marrara: “Há certas décadas seria impensável imaginar que uma autoridade pública dialogaria com um infrator confesso, responsável por desvios bilionários de recursos financeiros ou infrações econômicas com altíssimo impacto lesivo a interesses públicos primários. Perante o suspeito, à Administração tradicional se abria um único caminho: inaugurar os devidos processos acusatórios e esforçar-se para levantar provas a fim de punir os reais infratores. Ocorre que as infrações ficaram complexas, grandiosas, enormemente reticularizadas, virtualizadas e elaboradas. Além disso, como lembra Fábio Medina Osório (2005, p. 502-503), as atividades instrutórias se tornaram mais difíceis por força do respeito obrigatório ao princípio da presunção de inocência e da vedação de se obrigar alguém a produzir provas contra si mesmo. Tanto pela complexidade das infrações em si, quanto pelas essenciais garantias processuais que foram asseguradas ao cidadão ao longo das décadas, os custos operacionais das tarefas processuais do Estado aumentaram e, por reflexo, a improbabilidade de sucesso nos processos administrativos acusatórios se elevou tremendamente” (MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. RDDA, v. 2, n.2, 2015, p. 511)
- 2 O “dilema do prisioneiro” é uma das mais conhecidas ilustrações decorrentes da chamada teoria dos jogos, a qual visa a estudar os processos de tomada de decisões por agentes racionais em situações estratégicas (jogos), entendidas como as circunstâncias em que o indivíduo deve agir tendo em consideração a possível escolha de um segundo agente, e vice-versa. Para a ilustração do dilema do prisioneiro, ver, por exemplo, PICKER, Randal. An Introduction to Game Theory and the Law. Disponível em http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=law_and_economics, 1993.

instabilidade essa que é agravada quando algum participante no ilícito pode se beneficiar da decisão de reportá-lo às autoridades competentes. Intensificam-se, assim, as mútuas desconfianças entre os infratores, que passam a temer serem traídos por seus comparsas³.

Atualmente, o instituto está presente em uma pluralidade de países⁴, sendo direcionado, em regra, para a tutela do direito da concorrência, em que características específicas dos ilícitos tornam sobremodo custosa e difícil a investigação estatal. Tais ilícitos, em especial as condutas de cartelização, têm como atributos, em regra, o alto grau de complexidade e de sigilo⁵.

No entanto, um efetivo programa de leniência depende da presença de alguns fatores. Em primeiro lugar, a lei há de trazer incentivos (benefícios) efetivos ao autor da delação; do contrário, tornar-se-á letra morta. Em segundo lugar, o programa não pode ser tão generoso a ponto de não desincentivar a prática de infrações administrativas (como seria o caso, por exemplo, de um programa que beneficiasse igualmente todos os infratores)⁶. Adicionalmente, os diferentes programas de leniência, em um mesmo ordenamento jurídico, devem guardar coerência entre si, sob o risco de, em não o fazendo, criarem-se antinomias que aumentem a insegurança jurídica e, por conseguinte, dissuadam a sua celebração. A coerência deve ser buscada não apenas na seara administrativa, mas também com a esfera penal, na medida em que alguns ilícitos constituem simultaneamente infrações administrativas e crimes.

3 É o que Thiago Marrara denomina de “vírus da instabilidade nas relações entre potenciais infratores”. MARRARA, Thiago. *Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega*. CONJUR, São Paulo, p. 1 - 1, 15 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>>. Acesso em: 23 set. 2016.

4 Para um estudo comparativo sobre os diversos programas de leniência antitruste, ver The International Comparative Legal Guide to: A practical cross-border insight into cartels and leniency. 10th Edition. ICLG. Cartels & Leniency 2017, Global Legal Group Ltd, London.

5 Consoante observa Fábio Medina Osório, “o Direito Punitivo, em especial o Direito Penal, teve que se adaptar à nova dinâmica da criminalidade invisível e organizada, cedendo lugar às demandas pragmáticas em detrimento das elucubrações teóricas, descomprometidas com a realidade” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 386).

6 A criação de um programa que contrarie a lógica econômica que subjaz a esse instrumento pode ter consequências sistêmicas negativas, como o próprio fortalecimento das práticas infracionais que se quer coibir. Esclareça-se, todavia, desde logo, que um programa de leniência bem normatizado e estruturado não ampliará a sensação de impunidade em uma sociedade, mas exatamente o contrário: o instituto pode ser meio eficaz de redução da delinquência, por diminuir os custos estatais na investigação de ilícitos e obtenção de provas para a condenação da grande maioria dos infratores, ao passo em que incrementa o custo desses na permanência do conluio – está sempre pairando sobre esses ajustes a corrida para a colaboração, na medida em que apenas o primeiro será beneficiado.

Como será visto nos tópicos que seguem, entretanto, no caso brasileiro a implementação de múltiplos programas de leniência, com diferentes finalidades e cujos âmbitos de aplicação por vezes se sobrepõem, não parece ter sido acompanhada da devida harmonização e definição das competências de cada um dos entes públicos eventualmente envolvidos em sua celebração. Tampouco há um delineamento prévio das formas de solução dos conflitos competenciais em questão, o que pode agravar a situação de insegurança jurídica e, no limite, em alguns casos mesmo inviabilizar a busca pela cooperação com o poder público como alternativa à continuidade das práticas delitivas.

Em especial, no ordenamento pátrio, a partir da introdução da Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção” ou “LAC”) vislumbram-se potenciais dificuldades tanto internamente à sua aplicação quanto externamente a ela, em sua relação com as demais normas vigentes. Em relação à celebração dos acordos de leniência sob a égide da Lei Anticorrupção, encontra-se certa indefinição quanto às competências das autoridades inseridas no que se poderia chamar de microsistema anticorrupção – é dizer, o papel a ser exercido pela Administração Pública – bem como sobre aquele a ser desempenhado pelos seus órgãos de controle interno e externo, como Ministério Público e Tribunais de Contas⁷.

No que tange à relação entre as diversas normas jurídicas porventura incidentes sobre um mesmo ato ilícito, também há ainda pouca segurança jurídica, pois pode ser que uma mesma conduta se amolde a vários tipos administrativos e, até mesmo, penais.

Este artigo analisa a hipótese de que os programas de leniência atualmente vigentes no Brasil apresentam algumas inconsistências que podem dificultar sua implantação plena. Para esse fim, o artigo encontra-se estruturado da seguinte forma: na Seção I trazemos considerações gerais acerca da relevância do acordo de leniência e sua importância para o combate aos ilícitos administrativos. Na Seção II, apresentamos o histórico de ingresso do instituto no direito brasileiro, inclusive cotejando-o com outros institutos, como os acordos de cessação de prática. Na Seção 3, comentamos as dificuldades já vislumbradas na coexistência desses programas e suas possíveis contradições, focando na possibilidade de que um mesmo ilícito seja, a um só tempo, punível por meio das Leis nº 12.846/2013 e 12.529/2011, e, conseqüentemente, possa ser abarcado, em tese, pelas normas que regem os acordos de leniência previstos nesses dois diplomas. Ao final, tecemos conclusões buscando contribuir para o aprimoramento do instituto.

7 Questões como (i) a quem caberá afirmar o valor do dano ao erário a ser reparado, (ii) quais entes da Administração Pública deverão estar presentes na mesa de negociações dos acordos, bem como (iii) qual o grau de vinculação que estes, após celebrados, terão na atuação das diversas autoridades de controle, permanecem em aberto até o momento.

O tema em questão apresenta atualidade inquestionável, na medida em que a Medida Provisória nº 784/2017 vem acrescentar mais uma hipótese de celebração dessa espécie de acordo, desta feita no âmbito dos processos sancionadores no Banco Central do Brasil (BACEN). Correndo o risco da desatualização, pois medidas provisórias podem não vir a ser convertidas em lei ou mesmo profundamente modificadas, o artigo também comenta brevemente que o referido programa parece não trazer os incentivos adequados à proteção do interesse público.

1 O ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 A INTRODUÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

Enquanto nos Estados Unidos o programa de leniência já é bastante antigo e consolidado⁸, no Brasil o histórico é razoavelmente recente, tendo o instituto ingressado em nosso ordenamento em 2000, em alteração à legislação de defesa da concorrência. De fato, o primeiro programa de leniência foi implantado no âmbito do direito concorrencial por meio da Medida Provisória nº 2.055/2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.149/2000, a qual alterou a Lei nº 8.884/1994, à época vigente⁹. Desde então, mostra-se crescente a aposta na adoção de modelos de combate a ilícitos econômicos associativos (que dependem de uma pluralidade de agentes), através de incentivos à autodelação, em troca de tratamento mais benevolente do Estado.

A normatização do programa de leniência concorrencial traz os pilares fundamentais desse instituto, tais como: (i) a necessidade de confissão por parte do signatário; (ii) a exigência de que somente seja celebrada uma leniência por infração cometida – o que aumenta a instabilidade dos cartéis e contribui para que a decisão do participante no delito em denunciar a conduta ocorra mais rapidamente no tempo; e (iii) a necessidade de

8 A primeira tentativa de implementação de um programa de leniência nos Estados Unidos se deu em 1978, com o U.S. Corporate Leniency Program. Contudo, o instituto apenas passou a ser realmente efetivo após alterações realizadas em 1993. O sucesso do programa após as reformas foi tanto que levantamentos dão conta de que cerca de 90% do montante dos valores de multa impostos aos agentes cartelizados foram fruto de investigações iniciadas ou auxiliadas pela celebração de acordos de leniência. (GUTTUSO, Laura, From 'Mono' to 'Stereo': Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies (September 01, 2015). *World Competition: Law and Economics Review*, v. 38, n. 3, 2015. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2666067>>. Acesso em: 28 jul. 2017).

9 Até aquele momento, o direito concorrencial brasileiro carecia de instrumentos modernos para facilitar a descoberta da ocorrência de ilícitos anticompetitivos, dos quais os mais graves são os cartéis, bem como da coleta das respectivas provas. Com a Lei nº 10.149/2000, ingressaram no direito brasileiro tanto o acordo de leniência quanto a possibilidade de as autoridades de defesa da concorrência requererem ao Poder Judiciário, por intermédio da Advocacia-Geral da União, buscas e apreensões no âmbito das investigações.

contribuição efetiva na produção de provas, e que a colaboração contribua para a condenação dos demais infratores. Há, ainda, o pressuposto legal básico de que a entidade de defesa da concorrência somente celebre acordos de leniência sobre infrações que desconhecia, ou que conhecia, mas não possuía provas suficientes para a condenação dos infratores.¹⁰

Dentre os benefícios ao particular, a legislação concorrencial prevê imunidade na esfera administrativa, caso seja trazida à autoridade concorrencial a notícia de infração desconhecida, ou redução da multa de um a dois terços, caso a infração já seja conhecida, mas ainda não haja provas suficientes à condenação. De acordo com a legislação brasileira de defesa da concorrência, o acordo de leniência produz ainda efeitos na esfera penal, pois impede o oferecimento da denúncia, sendo certo que cartéis são crimes contra a Ordem Econômica e, no caso dos cartéis em licitações, crimes previstos na Lei nº 8.666/93.

No entanto, em tese, a leniência poderia concorrer com outro instituto do direito antitruste: o termo de compromisso de cessação de prática (TCC). Por meio desses acordos administrativos, o compromissário obriga-se a cessar a conduta investigada, e a entidade de defesa da concorrência se abstém de impor sanções e reconhecer a existência do ilícito.¹¹

A convivência entre leniência e TCC seria problemática para os casos de cartéis. Por que um agente econômico celebraria leniência, que implica confissão e delação dos demais participantes, se fosse possível buscar a celebração de um TCC? Para evitar esse problema, a Lei nº 10.149/2000 simultaneamente criou o programa de leniência e proibiu a celebração de TCCs com relação a cartéis.

No entanto, restava ainda uma lacuna na legislação, pois a impossibilidade de se firmar leniência com os demais membros do cartel teve por consequência, em um primeiro momento, a impossibilidade de qualquer forma de transação com os demais participantes de um conluio que não fosse o beneficiário da leniência. Desse modo, com relação a eles, o processo administrativo necessariamente seguiria seu rito até o final e, em caso de condenação, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica

10 Essas exigências atualmente têm previsão no art. 86 da Lei nº 12.529/2011.

11 “Do prisma da Administração, o compromisso de cessação objetiva descontinuar os atos tidos como anticoncorrenciais e, do ponto de vista do agente econômico, tem em mente livrar-se de procedimento a prolongar-se no tempo e final incerto, cuja mera existência o desdoura. O parâmetro bilateral aceitável é, de um lado a cessação por parte do agente econômico de prática inquinada de ilícita e, de outro, o não reconhecimento de ilicitude da conduta objeto de investigação. OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 274.

(CADE) ainda corria o risco de ter sua decisão judicialmente questionada, tendo em vista o princípio constitucional da unicidade de jurisdição.

Por essa razão, em 2007, a Lei nº 11.482 veio a alterar a Lei nº 8.884/1994, para permitir a celebração de TCCs também com relação a cartéis, sujeitos, porém, a uma exigência adicional: que os interessados em celebrar TCC com relação a práticas de cartel estivessem dispostos a desembolsar uma contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDDD), não inferior à multa mínima prevista em lei.¹² Além disso, o CADE também determina, em seu atual Regimento Interno, que a celebração dos TCCs não prescinde do reconhecimento do signatário quanto à sua participação no ilícito¹³.

Em suma, caso um participante em esquema oclusivo não seja elegível à leniência, ainda poderá negociar com o CADE o encerramento antecipado do processo por meio de TCC, desde que esteja disposto a desembolsar uma quantia não inferior à multa mínima legalmente prevista, e que será objeto de negociação com o órgão concorrencial.

A leniência, portanto, mostra-se um instrumento com dupla vantagem face ao TCC: além dos efeitos na esfera penal, com a suspensão da possibilidade de oferecimento de denúncia em face do beneficiário da leniência com relação à prática cartelizante¹⁴, a sua celebração mostra-se a única hipótese em que um participante em um cartel pode terminar uma investigação no CADE sem ter que desembolsar um valor pecuniário.¹⁵

12 Veja-se, nesse sentido, o disposto no § 2º do art. 85 da Lei nº 12.529/2011: “Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei”.

13 Esta previsão atualmente se encontra no art. 225 do Regimento Interno do CADE: “Art. 225. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário”.

14 Lei 12.529/2011. “Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência”.

15 O programa de leniência antitruste hoje encontra-se disciplinado no art. 86 da Lei nº 12.529/2011, sendo os TCCs regidos pelo art. 85 da mesma lei.

1.2 O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI DE INFRAÇÕES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em 2013, com o advento da Lei nº 12.846/2013, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro uma segunda possibilidade de leniência, aplicável no caso de atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, assim entendidos como aqueles tipificados no art. 5º da norma¹⁶.

O programa de leniência da LAC, no entanto, tem efeitos mais tímidos do que aqueles estabelecidos na legislação concorrencial: embora os requisitos para sua celebração sejam semelhantes, o particular não obtém imunidade na esfera administrativa, mas somente redução da multa legalmente prevista – e, mesmo assim, não há patamar mínimo para essa redução, mas apenas máximo, que é de dois terços. Outros efeitos da leniência no âmbito da Lei nº 12.846/2013 residem na dispensa do dever de publicar o extrato da decisão condenatória, além de o beneficiário não perder o direito de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Portanto, não há isenção do dever de pagar multa.

Inexiste, ainda, qualquer menção – afora à relativa ao afastamento da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos públicos – que afirme categoricamente a impossibilidade de aplicação das demais sanções previstas na Lei nº 12.846/2013, como o perdimento dos bens, direitos ou valores; a suspensão ou interdição parcial das atividades; ou mesmo a dissolução compulsória da pessoa jurídica.

Além dos diferentes efeitos pecuniários entre os referidos acordos de leniência, há também um grave descompasso entre ambos os programas com relação aos efeitos na esfera penal: como a Lei nº 12.846/2013 é focada na responsabilidade civil e administrativa da pessoa jurídica por atos contrários à Administração Pública, ela não cogitou dos efeitos dessa leniência na esfera penal, já que, no direito brasileiro, pessoa jurídica somente pode cometer crimes ambientais.

No entanto, não se pode perder de vista que pessoas jurídicas são criações do direito, abstrações. Em realidade, pessoas jurídicas agem por meio das pessoas físicas que as apresentam, e essas sim podem ser sujeitos ativos de crimes e, portanto, rés em ações penais.

16 Merece ser lembrado que, embora no jargão administrativo essa norma tenha ficado conhecida como Lei Anticorrupção, seu escopo de incidência é mais amplo, apenando pessoas jurídicas pela prática de infrações contra a administração pública, nem todas dependentes da existência de um fato típico de corrupção.

Dessa forma, a celebração de acordos de leniência com base estritamente na Lei nº 12.846/2013 pode implicar na oferta de provas, às autoridades administrativas, da prática de ilícitos criminais, não estando claro se a autoridade administrativa poderia enviar essas provas ao Ministério Público para embasamento de denúncia na esfera penal¹⁷. Diante dessa lacuna da legislação anticorrupção, há notícia de que o Ministério Público já firmou acordo de leniência se comprometendo a não endereçar ações civis ou criminais contra lenientes¹⁸. Todavia, o ideal seria promover-se uma reforma legislativa que endereçasse de forma clara as consequências penais para aqueles indivíduos cujas práticas ilícitas são relatadas no bojo de acordo de leniência firmado com pessoa jurídica com base na Lei nº 12.846/2013, reduzindo-se a insegurança jurídica.

Veja-se que não há paralelo perfeito entre a presença do Ministério Público nos acordos de leniência firmados com base na LAC e a experiência que se tem quanto à presença do Parquet em leniências celebradas no CADE. Ainda que, no segundo caso, a presença do Ministério Público seja uma medida interessante para reforço da segurança jurídica desses acordos, existe clara previsão na lei concorrencial sobre os efeitos da leniência na esfera penal, o que não ocorre no caso da Lei Anticorrupção. Ou seja, no caso da Lei nº 12.529/2011, o não oferecimento da denúncia na esfera penal tem expressa previsão legal.

17 O Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a LAC na esfera federal, afirma que a proposta apresentada terá caráter sigiloso, e que até a celebração do acordo a identidade da pessoa jurídica signatária do acordo não será divulgada ao público (salvo mediante autorização desta) e a Controladoria-Geral da União manterá restrito o acesso aos documentos e informações comercialmente sensíveis da pessoa jurídica signatária do acordo de leniência.

18 Atualmente esse problema parece estar sendo contornado através da celebração autônoma de acordos sui generis por parte do Ministério Público, os quais, todavia, não se confundem com aqueles acordos de leniência previstos na Lei Anticorrupção e na Lei do CADE. O “Termo de Leniência” celebrado com um grupo econômico no âmbito das investigações da operação Lava Jato em 22.10.2014, por exemplo, dispõe que o parquet federal se comprometia, em troca da colaboração dos agentes, a, dentre outras obrigações, “levar este acordo de leniência a outros órgãos públicos, especialmente ao SGE/CADE e à Controladoria Geral da União – CGU, pleiteando a realização de acordos semelhantes com esses órgãos, inclusive com a consideração da data de assinatura deste Termo de Leniência para efeitos de termo de ‘marker’ perante aqueles órgãos”; “não propor qualquer ação de natureza cível as colaboradoras e/ou seus prepostos, dirigentes ou acionistas que venham a subscrever este Termo de Leniência”; “não propor qualquer ação de natureza criminal pelos fatos e/ou condutas revelados em decorrência deste acordo de leniência contra os prepostos, dirigentes ou acionistas que venham a subscrever este Termo de Leniência, observando-se aqui, no que couber, os termos da Lei nº 12.850/2013”. Não nos parece ser essa a melhor solução para se conferir segurança jurídica a esses acordos de leniência, que devem em regra ser positivados e dotados de critérios objetivos e apriorísticos quanto ao seu cabimento. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/17dez-leniencia.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

1.3 ACORDOS DE LENIÊNCIA E O SETOR BANCÁRIO

Mais recentemente, um terceiro programa de leniência foi inserido no ordenamento jurídico nacional: a Medida Provisória nº 784/2017¹⁹ incluiu no processo administrativo sancionador do Banco Central do Brasil (BACEN) a possibilidade de celebração de acordo de leniência com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de ilícitos abarcados pelo diploma, tendo como consequência a extinção da ação punitiva ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável.

No entanto, esta medida provisória não parece diferenciar claramente os benefícios aos infratores entre firmar acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de conduta (TCC), igualmente previsto na medida provisória: em ambos os casos pode-se obter a extinção da punibilidade, sendo que, na leniência, o particular é obrigado a confessar a prática do ilícito, o que não acontece na seara do TCC.²⁰

Nesse aspecto, indaga-se: por que alguma entidade do Sistema Financeiro Nacional pediria ao BACEN para celebrar um acordo de leniência, se lhe é facultado igualmente requerer a celebração do termo de compromisso? Ainda que argua que caberá ao BACEN, em juízo de conveniência e oportunidade, acolher ou não os pedidos conforme as circunstâncias de cada caso concreto, parece-nos que a situação cria uma dubiedade de possibilidades legais que não contribui para a segurança jurídica e, em especial, para a consolidação do instituto da leniência em nosso ordenamento²¹.

Até o momento do fechamento do presente artigo, haviam sido propostas no Congresso Nacional 97 (noventa e sete) emendas ao texto da MPV nº 784/2017. Ademais, já foi exarado Parecer da Comissão Mista opinando favoravelmente à sua aprovação, com o acolhimento de algumas emendas ao atual regramento dos acordos de leniência. Algumas das alterações propostas incluem: (i) previsão

19 No momento em que este artigo é encerrado, referida medida provisória ainda não teve seu conteúdo apreciado pelo Poder Legislativo.

20 Medida provisória nº 784/2017: “Art. 15. O termo de compromisso constitui título executivo extrajudicial. Parágrafo único. O termo de compromisso não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada”.

21 De acordo com a OCDE, “a clareza, a certeza e a prioridade [celebração com a primeira pessoa jurídica a buscar a cooperação] são [características] críticas, uma vez que as empresas mais provavelmente delatarão se as condições e os prováveis benefícios de fazê-lo forem claros. Para maximizar o incentivo à delação e incentivar os cartéis a desfazerem-se mais rapidamente, é importante não só que o primeiro a confessar receba o ‘melhor negócio’, mas também que os termos do acordo sejam os mais claros possível desde o início”. OCDE. Report on Leniency Programs to Fight Hard-core Cartel. Disponível em: <http://www.oecd.org/LongAbstract/0,3425,en_2649_40381615_2474436_119666_1_1_1,00.html>. Acesso em: 28 jul. 2017, tradução livre

expressa de que, antes de celebrado, a proposta de acordo de leniência permanecerá sob sigilo; (ii) previsão de que a celebração do acordo de leniência não afeta a atuação do Ministério Público e dos demais órgãos públicos no âmbito de suas correspondentes competências; (iii) previsão de que o acordo de leniência será publicado, de forma clara e suficiente para compreensão de suas cláusulas, no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil, no prazo de 5 (cinco) dias contado de sua assinatura; (iv) previsão de que Ministério Público poderá requisitar informações ou acesso a sistema informatizado do Banco Central do Brasil sobre os acordos de leniência celebrados pela Autarquia, não lhe sendo oponível sigilo.

Dentre as alterações propostas, sobressai em especial aquela referente à comunicação ao Ministério Público quanto aos acordos. De acordo com a atual redação do Projeto de Lei de Conversão nº 29 de 2017, conquanto a proposta de acordo rejeitada não importe em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta, nem seja passível de “qualquer divulgação” (art. 31, §1º), esse disposto, nos termos do art. 31, §2º, “não prejudica o dever legal de o Banco Central do Brasil realizar comunicação aos órgãos públicos competentes, nos termos do art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, tão logo recebida a proposta de acordo de leniência”²². Daí se extrai que, por essa normativa, estaria o Banco Central obrigado a informar ao Ministério Público a respeito da proposta de acordo, e da possível ocorrência de crime – o que pode, por evidente, consistir em fator de desincentivo para que se proponham quaisquer negociações, pois o particular correria o risco de apenas tornar mais provável a sua condenação penal, sem qualquer benefício na seara administrativa.

2 OS ACORDOS DE LENIÊNCIA PARA COMBATE A CARTÉIS EM LICITAÇÃO: ONDE OS REGIMES DE LENIÊNCIA CONCORRENCIAL E DA LEI ANTICORRUPÇÃO SE ENCONTRAM

Um dos ilícitos em que mais diretamente se pode observar riscos decorrentes da superposição de regimes de leniência distintos diz respeito ao combate aos cartéis em licitações públicas, na medida em que essa infração se encontra positivada na lei de defesa da concorrência, na LAC e em dispositivos penais, como a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/1990) e os crimes contra as licitações públicas tipificados na Lei nº 8.666/1993. Ademais, práticas de cartel podem estar também

22 O artigo 9º da LC nº 105/2001 diz o seguinte: “Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos”.

associadas à realização de outros delitos, como o pagamento de propinas a agentes públicos (corrupção) e lavagem de dinheiro.

Da perspectiva administrativa, nessa situação, seria possível cogitar-se da aplicação simultânea dos artigos 5º, IV, “d”, da Lei nº 12.846/2013, que tipifica o ato de fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente, e 36, §3º, I, d, da Lei 12.529/2011, que trata da vedação a que se acordem, combinem, manipulem ou ajustem com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública²³. Estaria, assim, a mesma conduta em tese abarcada tanto pela possibilidade de celebração de acordo de leniência com o CADE, quanto pela negociação do instrumento da Lei nº 12.846/2013 com a autoridade máxima do órgão ou entidade pública competente para a aplicação das penalidades da Lei Anticorrupção.²⁴

Desse modo, não houve, atrelada à multiplicação das hipóteses de incidência desse mecanismo de consensualidade, uma correspondente tentativa de compatibilização de todas as normas porventura incidentes, e de harmonização da atuação dos muitos entes de controle cujas competências se sobrepõem²⁵. E, realmente, a compatibilização desses dois instrumentos não é tão simples quanto parece: em princípio, tanto um quanto o outro instrumento requerem, para a sua aplicação, que a pessoa delatora seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito. É bem possível, todavia, que ocorra de a pessoa jurídica ser a primeira a se

23 Além da possibilidade de incidência de tipos penais específicos (como o art. 333 do Código Penal, que tipifica a corrupção ativa, ou o crime contra a ordem econômica capitulado no art. 4º da Lei nº 8.137/1990), das infrações penais e administrativas decorrentes da Lei nº 8.666/1993, e das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992.

24 Poder-se-ia cogitar, ainda, da colaboração premiada na esfera penal, sobre a qual não nos debruçaremos, por fugir ao escopo do presente artigo, focado na leniência, que é um instituto voltado à produção de provas de ocorrência de ilícitos administrativos, não penais.

25 Como destaca Carlos Ari Sundfeld, os conflitos competenciais do controle no Brasil são a regra, e não exceção: “Para combater desvios, nosso direito público se valeu de leis autônomas e sobrepostas para distribuir as competências de investigação e de punição entre muitas autoridades, estas também sobrepostas. A ideia era fazer com que a atuação concomitante de controladores autônomos diminuísse o risco de os infratores escaparem ilesos. O ministério público pode ajuizar ações penais e cíveis, com base nas leis penais, na lei da improbidade ou na lei anticorrupção. Essas duas últimas leis preveem indenização, multas e proibição temporária de as empresas infratoras contratarem com a administração. Em paralelo, o tribunal de contas da União (TCU), usando sua própria lei, também pode impor a proibição de contratar. Mas isso não é tudo. A lei anticorrupção e as várias leis de licitação (a 8.666/93, a lei do pregão, a lei do regime diferenciado de contratações e a recente lei das estatais) dão a autoridades administrativas poderes de sancionar particulares, com multas e até inidoneidade. Como a prioridade dessas leis era só multiplicar os controles, elas não quiseram articular as competências todas. A aposta era que os próprios acusados se defenderiam, em cada caso, contra eventuais incoerências ou excessos das autoridades. Com isso o legislador subestimou o risco de os controladores entrarem em conflito e, querendo ou não, sabotarem uns aos outros”. (SUNDFELD, CARLOS ARI. Controle sabotando o controle. *JOTA*. Coluna Controle Público, São Paulo/SP, 22 mar. 2017)

manifestar frente a uma autoridade, mas não ser a primeira em relação a outra instituição igualmente competente, em especial, se considerada a natureza difusa da competência para se celebrar leniência com base na LAC.

Ademais, como visto, a extensão dos dois programas de leniência diverge, de forma que abarca, na lei concorrencial, os tipos penais pertinentes, enquanto, na LAC, foca nas pessoas jurídicas e não resguarda os signatários contra a possibilidade de apenação do mesmo ato com base em outros diplomas legais, nem contra a possibilidade de consequências de natureza penal para os indivíduos envolvidos na conduta²⁶.

Em se tratando de atos a um só tempo enquadrados nas Leis de Defesa da Concorrência e Anticorrupção, pode não ser fácil para a pessoa jurídica a decisão sobre que autoridade buscar primeiramente para iniciar as tratativas voltadas a uma leniência.

A exposição de atividades de corrupção em meio a acordos com o CADE, por exemplo, pode sujeitar a pessoa jurídica às sanções da Lei nº 12.846/2013, da Lei de Improbidade Administrativa e mesmo à investigação no Tribunal de Contas. Assim, uma pessoa jurídica que buscasse resguardar suas atividades econômicas através da celebração de um acordo com uma autoridade poderia, paradoxalmente, inadvertidamente estar agravando sua situação face a outra: uma sociedade que realize primordialmente contratos com a Administração Pública, mas que tenha participado de cartel, pode, ao celebrar a leniência do CADE, expor-se, por exemplo, às penalidades de inidoneidade para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da Lei nº 8.443/1992) ou de suspensão ou interdição parcial de suas atividades (art. 19, II da Lei nº 12.846/2013). Também a possibilidade de que sejam ajuizadas ações de reparação civil pelos entes lesados pelo cartel deve ser levada em consideração no sopesamento dos custos e benefícios da celebração de acordos com o poder público²⁷. Deveriam, idealmente, ser estabelecidos mecanismos que previsssem a

26 Dispõe o art. 30 da Lei nº 12.846/2013: “A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e II - atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011”.

27 Ana Paula Martinez destaca que “o recomendável seria a exclusão da responsabilidade solidária entre o signatário da leniência e os demais membros da conduta – ele continuaria responsável pelo pagamento dos danos que tiver causado, mas não responderia pelos danos causados pelos demais –, e a impossibilidade de o signatário ressarcir de forma múltipla os danos causados pelo cartel. (MARTINEZ, Ana P. *Repressão a cartéis* – interface entre direito administrativo e direito penal. São Paulo: Singular, 2013. p. 276).

preferência dos demais condenados sobre o beneficiário da leniência na reparação dos danos decorrentes da infração²⁸.

A complexidade em aferir os reais benefícios da adesão aos acordos de leniência pelo particular vis-à-vis à manutenção da atividade delitiva pode significar que apenas aqueles que se sentirem na iminência de serem descobertos pelas autoridades públicas procurarão a colaboração como alternativa. Isso, contudo, retira parte da utilidade dos programas de leniência, que idealmente serviriam para permitir que o poder público tomasse conhecimento de ilícitos cuja existência dificilmente seria descoberta por meios estatais próprios.

A ausência de mecanismos de cooperação entre as duas searas – concorrência e anticorrupção – não é uma peculiaridade do ordenamento jurídico nacional²⁹. Esse mesmo problema é apontado por Emmanuelle Auriol et al³⁰ especificamente quanto às fraudes em contratações públicas, como uma fragilidade que pode ser prejudicial para o funcionamento individual desses dois sistemas.

De um lado, a realização de acordo com autoridades cujas competências estão limitadas à esfera concorrencial pode significar que, por conta do sigilo envolvido nas negociações e no teor da leniência, o descobrimento da prática de atos de corrupção seja questão secundária nessas apurações, tornando seu combate pouco efetivo e prejudicando ações de prevenção desse tipo de delito. É possível, por exemplo, que não haja maiores investigações sobre os agentes estatais envolvidos na prática, ou que não exista a exigência da adoção de mecanismos de compliance na estrutura das pessoas jurídicas para prevenção

28 A respeito, veja-se, por exemplo, que a Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, busca limitar a responsabilidade civil dos beneficiários da leniência, estabelecendo em seu art. 11 que “os Estados-Membros asseguram que as empresas que infringem o direito da concorrência por meio de um comportamento conjunto sejam solidariamente responsáveis pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência; cada uma dessas empresas fica obrigada a reparar integralmente os danos, e o lesado tem o direito de exigir reparação integral de qualquer uma delas até ser indenizado na íntegra. [...] 4. Em derrogação ao nº 1, os Estados-Membros asseguram que o beneficiário da dispensa de coima seja solidariamente responsável: a) perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos; e b) perante os outros lesados, apenas se não puder ser obtida reparação integral das outras empresas implicadas na mesma infração ao direito da concorrência”.

29 A incidência dos programas de leniência para tratar de atos de corrupção constitui fenômeno relativamente recente, tendo sido positivada nos ordenamentos do Brasil e do México. Tampouco nesse último país houve um esforço de compatibilização entre os programas de leniência anticorrupção e do Direito da Concorrência positivados. A Lei Federal Anticorrupção em Contratações Públicas mexicana (2012) prevê leniência apenas para as sanções administrativas (para pessoas físicas e jurídicas), e pode ser aplicada por diversos entes diferentes (Secretaría de la Función Pública e órgãos internos de controle). Subsiste, tal como no Brasil, a responsabilidade penal individual.

30 AURIOL, Emmanuelle et al. Deterring corruption and cartels: in search of a coherent approach. *Toulouse School of Economics* (TSE), 2016. Disponível em: <https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/wp/2016/wp_tse_728.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

da reincidência nesse tipo de desvio. Nessa situação, nem os celebrantes do acordo de leniência nem, possivelmente, os coautores dos atos de corrupção delatados seriam punidos de forma eficaz no que toca a esse ilícito específico, o que em muito prejudicaria a prevenção e repressão da corrupção.

Noutro extremo, é possível que o fenômeno oposto ocorra: as autoridades concorrenciais partilhem as informações obtidas através da celebração de acordos de leniência com outros órgãos estatais, para que investiguem e sancionem os praticantes de atos de corrupção. Neste caso, contudo, outras dificuldades se impõem, já que se poderá discutir a possibilidade de condenação por outras infrações ou crimes que não aqueles abarcados pelos programas de leniência antitruste, como, por exemplo, lavagem de dinheiro ou corrupção. Se for esse o caso, o compartilhamento de informações entre diversas autoridades fiscalizadoras pode tornar menos atrativa a oferta dos acordos de leniência antitruste. Realmente, de nada adianta ao particular assegurar tratamento leniente quanto a sanções concorrenciais, para tornar-se mais vulnerável à imposição de outros tipos de penalidades como a inidoneidade para contratar com a Administração Pública, multas civis e administrativas, tipos penais e ações de reparação de danos.

Um dos motivos para essa falta de harmonização entre o direito da concorrência e os esforços para o combate à corrupção, em especial no que toca ao instituto da leniência, pode decorrer da inspiração da matriz norte-americana, a qual, todavia, é marcada por uma conjuntura institucional muito característica: enquanto no Brasil e na maior parte dos países europeus há autoridades competentes específicas para a persecução de ilícitos relacionados a violações à livre concorrência, apartadas daquelas encarregadas das investigações referentes a outras modalidades de delitos, nos Estados Unidos, a regra é a centralização das competências relativas a ilícitos como cartéis.

É mais reduzida, portanto, a complexidade da coordenação entre as esferas concorrencial e anticorrupção no cenário norte-americano, especialmente nos casos em que a persecução de ambas as infrações está centralizada no mesmo órgão (Department of Justice). Além disso, no caso dos Estados Unidos, a tradição voltada para a negociação das sanções criminais faz com que eventuais distorções nas penalidades possam ser supridas através de transações com o órgão acusatório³¹.

31 De acordo com estudo realizado por Mary Vogel, em 2008, as negociações através das quais os acusados de ilícitos penais admitiam sua culpa perante o sistema judiciário norte-americano corresponderiam à maior parte das condenações nos Estados Unidos (VOGEL, Mary. The social origins of plea bargaining: An approach to the empirical study of discretionary leniency? *Journal of Law and Society*, v. 35, n. SUPPL. 1, jun. 2008, p. 201 – 232).

No Brasil, por outro lado, ainda que as negociações referentes ao jus puniendi estatal estejam, no momento, experimentando crescimento, a natureza esporádica e recente desse fenômeno, além das diferenças de fundo, não serve para suprir adequadamente a lacuna normativa quanto à ausência de mecanismo para resolução dos conflitos ora examinados, especialmente quando considerada a especial necessidade de que os acordos de leniência, para sua maior eficiência, deem-se em ambiente de segurança jurídica e institucional.

3 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo apresentar alguns dos desafios decorrentes da opção do legislador brasileiro em criar distintos programas de leniência em diferentes normas, e com diferentes autoridades competentes, sem a correspondente compatibilização desses sistemas. A complexidade no sopesamento entre custos e benefícios da leniência pode ser um entrave à utilização ótima desse instrumento como meio de desestabilização das organizações criadas para prática de ilícitos administrativos e penais, e como meio de obtenção de provas.

Especificamente no que tange à relação entre o CADE e a autoridade responsável pelos acordos da Lei nº 12.846/2013 (CGU e autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública), o caminho da harmonização é ainda mais tortuoso em consequência de, pelo menos, dois fatores: (a) os alcances diferentes das duas normas, uma vez que apenas a Lei do CADE produz efeitos na esfera penal; e (b) a necessidade de que em ambos os casos o particular seja o primeiro a delatar para obter os benefícios – o que nem sempre será possível de ocorrer concomitantemente.

A busca tão somente por um dos acordos, todavia, não parece ser o melhor cenário, tanto para o celebrante, que permanece vulnerável a outras formas de responsabilização, quanto para o poder público, que pode deixar de lidar satisfatoriamente com um tipo de infração – não há exigência legal que obrigue, por exemplo, à necessidade de adequação das estruturas de governança para prevenir a corrupção em um acordo de leniência firmado no CADE.

Urge, por isso, estudar formas possíveis de tornar coesos os incentivos dos dois programas de leniência. Para tal, vislumbra-se uma série de possibilidades, como a alteração das normas para que passem a abarcar em um só acordo todos os ilícitos desvendados (estipulando-se, por hipótese, que a submissão de um pedido de leniência no CADE implicaria na possibilidade de celebração do mesmo acordo frente à

CGU, sem necessidade de observância da regra da primazia)³²; a criação de um sistema de senhas único que abarcasse ambos os programas, no estilo “balcão único” (de modo que a primazia da empresa ocorresse de forma mais provável nos dois programas simultaneamente); ou mesmo a criação de uma comissão que envolvesse membros dos entes competentes de um e outro programas de leniência para analisar (ou até negociar) os pedidos de acordo, de modo a conferir maior segurança jurídica aos particulares envolvidos. Cada uma dessas possibilidades requer uma análise profunda quanto a seus potenciais benefícios e prejuízos relativamente ao resguardo do interesse público, para o que se recomenda a realização de análise de impacto regulatório previamente à adoção de qualquer delas.

REFERÊNCIAS

AURIOL, Emmanuelle et al. Detering corruption and cartels: in search of a coherent approach. *Toulouse School of Economics* (TSE), 2016. Disponível em: <https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/wp/2016/wp_tse_728.pdf>.

GUTTUSO, Laura, From ‘Mono’ to ‘Stereo’: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies (September 01, 2015). *World Competition: Law and Economics Review*, v. 38, n. 3, 2015. Disponível em: SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2666067>>.

ICLG. The International Comparative Legal Guide to: A practical cross-border insight into cartels and leniency. 10th Edition. ICLG. *Cartels & Leniency 2017*, Global Legal Group Ltd, London.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *RDDA*, v. 2, n.2, 2015.

MARTINEZ, Ana P. *Repressão a cartéis – interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013.

32 Não se ignora que mesmo assim ocorreriam potenciais problemas, como no caso de a empresa não ter elementos suficientes de prova sobre os ilícitos de corrupção para auxiliar as investigações desse ilícito, tendo, todavia, elementos aptos a comprovar a cartelização. Uma possível solução seria criar-se um modelo no qual a cooperação em uma esfera assegurasse alguma redução relevante de penalidades em outra, e que em ambos os casos se produzissem efeitos na esfera penal, no sentido de se vedar legalmente o oferecimento da denúncia, como já ocorre na lei de defesa da concorrência.

OCDE. *Report on Leniency Programs to Fight Hard-core Cartel*.
Disponível em: <[http://www.oecd.org/LongAbstract/0,3425,
en_2649_40381615_2474436_119666_1_1_1,00.html](http://www.oecd.org/LongAbstract/0,3425,en_2649_40381615_2474436_119666_1_1_1,00.html)>.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PICKER, Randal. *An Introduction to Game Theory and the Law*.
Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.
cgi?article=1049&context=law_and_economics](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=law_and_economics)>.

SUNDFELD, Carlos Ari. Controle sabotando o controle. *JOTA*. Coluna Controle Público, São Paulo/SP, 22 mar. 2017

VOGEL, Mary. The social origins of plea bargaining: An approach to the empirical study of discretionary leniency? In: *JOURNAL OF LAW AND SOCIETY*, v. 35, n. SUPPL. 1, 06.2008, p. 201 – 232.

RECEBIDO EM: 18/05/2017

APROVADO EM: 05/02/2018

**O MITO DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA:
DO PROCESSO DE REPRESENTAÇÃO
POLÍTICA À CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DA
ATUAL SITUAÇÃO REPRESENTATIVA NO
BRASIL**

***THE MYTH OF POLITICAL REPRESENTATION: FROM THE PROCESS
OF POLITICAL REPRESENTATION TO THE CONSTRUCTION
OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE CURRENT
REPRESENTATIVE SITUATION IN BRAZIL***

Thais Machado de Andrade

*Doutoranda e Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pela
FDV. Especialista em Direito Ambiental. Professora de História do Direito da
Universidade Vila Velha-UVV(ES). Advogada.*

Alexandre de Castro Coura

*Pós-Doutor como visiting scholar na American University Washington College of Law e
visiting foreign judicial fellow no Centro Judiciário Federal em Washington D.C. Doutor
e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu - Doutor e Mestre pela Faculdade
de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Discurso Político no Campo Histórico das Representações Sociais e da Filosofia; 2 O Mito na Esfera Política: Os Discursos como Representações Culturalmente Contruídas; 3 O Problema da Representação Política Brasileira e a Construção dos Direitos Fundamentais: Existe uma solução?; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo procura analisar o processo histórico de construção da representação política à luz da construção dos direitos fundamentais, para, assim, tecer uma análise acerca da atual situação representativa no Brasil. Nesse sentir, além de outros autores, a abordagem recairá sob o filósofo e jurista Carl Schmitt e a ideia de que a representação política impossibilita a existência de uma democracia, já que o autor trabalha com a questão da identidade entre o governante e os governados, assim como, sob a análise da autora, cientista política e pós-marxista, Chantal Mouffé. A representação política, constituída pela era moderna, é a forma pelo qual um grupo de indivíduos atua nas decisões estatais em nome de outro, por um tempo determinado, reconhecido pelo *status* de cidadão. A isto tem-se como Democracia Representativa, ou seja, o direito do povo de participar do processo de escolha daqueles que irão representar seus interesses dentro da administração política do Estado. E, portanto, os representantes eleitos deverão agir em nome daqueles que representa, em prol do bem comum. A representação política estaria vinculada ao propósito da democracia, ou seja, de um governo do povo. Estaria se, no entanto, não fosse, historicamente, a tomada do poder por uma elite na conjugação dos seus próprios interesses. Dessa forma, Carl Schmitt, vai escrever sobre essa relação entre *amigo* e *inimigo* que instaura-se no conceito de política e, nessa perspectiva, a partir da representação política, não seria possível a existência de uma democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Representação Política. Efetivação. Democracia. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The present article intends to analyze the historical process of political representation by the sight of the fundamental rights in order to build an analysis about Brazilian's current political representation. In this way, besides other authors, the approach of the research will lead with the identity issue between govern and governed, as well, by the analysis of the author, political scientist and post-Marxist, Chantal Mouffé. The political representation, presented by the modern era, is the way by which a group of persons acts in State decisions on

behalf of another, for a determined period, recognized by the *status* of citizen. This is called as representative democracy, namely, the right of the people to participate in the process of choosing those who will represent their interests in the political administration of the State. And, therefore, elected representatives should act on behalf of those they represent, for the common good. The political representation would be linked to the purpose of democracy, i.e. from a Government of the people. So would be if, however, there was, historically, the seizure of power by an elite for the combination of its own interests. Thus, Carl Schmitt, will write about this relationship between *friend* and *enemy* that introduces the concept of politics and, in this perspective, from political representation, it could not be possible the existence of a democracy.

KEYWORDS: Citizenship. Political Representation. Effectiveness. Democracy. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A representação política no Brasil é constituída culturalmente como fonte estrutural de aquisição do poder, dado que se reproduz em todas as instâncias e sem a concepção de que as atividades a serem promovidas pelo Estado devem garantir a efetivação do bem público e do bem-estar público. Nessa perspectiva, o artigo propõe uma análise dos atores políticos, da estrutura e do cenário político historicamente definidos no País a partir da repartição federativa e da atuação dos Poderes, como resultado de uma cidadania tutelada e não conquistada. Para tanto, o artigo trabalhará, metodologicamente, com uma abordagem pós-estruturalista, explorando a desconstituição da ideia de *democracia*, defendida pelo sistema da representação política, e da constituição da ideia de uma democracia participativa, para além de Carl Schmitt, mas também sob a análise de Chantal Mouffe.

Iniciando, então, a problemática, o termo *conhecimento* vem do latim *cognoscere*, que significa o ato de conhecer. O conhecimento se caracteriza por uma sistematização dos fatos que possam ser retratados numa lógica organizada de ideias. O pensamento filosófico surge na Grécia Antiga como uma forma de racionalizar as experiências vividas e compreender o mundo para além do mito, ou seja, das crenças construídas para dar sentido às coisas e, em razão disso, a filosofia não se preocupa com normas ou normatização de condutas sociais, mas, sim em ver o que e como as coisas são, fundamentando-se sobre o conhecimento humano, refletindo a consonância sujeito x objeto.

O estudo da *polis* foi também objeto da filosofia grega a partir de Platão e de suas principais obras, *A República* e *As Leis*. Na primeira obra, Platão reflete sobre a noção de justiça, o papel dos governantes e da democracia a partir da liberdade e da igualdade por meio da *res publica*, ou seja, da coisa pública como forma de objeção à propriedade privada. E seu discípulo, Aristóteles, escreve *A Política*, um primeiro tratado acerca das finalidades, formas de governo e de divisão do Estado. Aristóteles como o grande precursor da Teoria *Naturalista* que contrapõe o *Contratualismo*, explica que o homem naturalmente é um ser político. É, por natureza, um animal social e isso não é acidental ou convencional como defendem os contratualistas.

Na formação natural da *polis* e da sociedade, conforme a previsão de Aristóteles, cada integrante dessa comunidade teria uma tarefa a ser desenvolvida e, portanto, todos trabalhariam pelo bem comum, na busca da felicidade, onde a felicidade individual refletiria na felicidade da *polis*. E assim, seguiram-se os conceitos de cidade-estado, de bem comum, de governo e governante, de direitos e de representação política, sendo construídos a partir das práticas e vivências sociais historicamente desenvolvidas e/ou teorizadas, a cada tempo e espaço. Sobre este pilar, o presente trabalho parte da ideia de que a representação e o discurso político são construções históricas e sociais e, por conseguinte, culturais.

Como também historicamente não partem de uma conquista, mas da concessão de um grupo, numa esfera de poder, o que também não condiz com a ideia de democracia. Para tanto, o problema a ser abordado nessa pesquisa parte da seguinte indagação: sendo o paradigma da representação política brasileira um fato cultural e sistêmico, haveria uma solução para a crise dessa democracia representativa?

1 O DISCURSO POLÍTICO NO CAMPO HISTÓRICO DAS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS E DA FILOSOFIA

As lutas sociais historicamente travadas na Europa do séc. XVIII, contra o poder ilimitado das Monarquias Absolutistas que tinham sua legitimação fundamentada na vontade de Deus, fato que constituía o Monarca como o escolhido divino para governar os homens, já que o poder derivava do cumprimento da vontade de Deus e tornava inquestionável as suas decisões, foi tema do discurso liberal de defesa das liberdades contra as arbitrariedades do Estado, marcando o modernismo com movimentos e teorias em prol dessa limitação e, por consequência, da repartição do poder.

O filósofo contratualista Jean Jacques Rousseau, escreveu uma das principais premissas acerca dessa resistência social ao absolutismo:

Se quisermos saber no que consiste, precisamente, o maior de todos os bens, qual deva ser a finalidade de todos os sistemas de legislação, verificar-se-á que se resume neste dois objetivos principais: *a liberdade e a igualdade*. A liberdade, porque qualquer dependência particular corresponde a outro tanto de força tomada ao corpo do Estado, e a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela. (ROUSSEAU, 1999, p. 127)

E ainda:

[...] ora, como os Homens não podem engendrar novas forças, mas unir e orientar as já existentes, não os tem um outro meio de conservar-se senão formando por agregação, um conjunto de forças que possa sobrepujar a resistência, impelindo - as para um só móvel, levando-as operar em concerto". (ROUSSEAU, 1999, p. 69).

Carl Schmitt (2006), jurista e filósofo político alemão do séc. XX, além de professor universitário, entende que a concepção moderna de Estado não inova o discurso político, mas trata de uma secularização teológica, ou seja, usos não religiosos de conceitos e atitudes religiosas. Assim, a teoria do Estado moderno baseia-se, da mesma forma, nos conceitos teológicos secularizados, conforme afirma:

Todos os conceitos significativos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados. Não somente de acordo com seu desenvolvimento histórico, porque ele foi *transferido* da teologia para a teoria do Estado, à medida que o Deus onipotente tornou-se o legislador onipotente, mas, também, na sua estrutura sistemática, cujo conhecimento é necessário para uma análise sociológica desses conceitos. (SCHMITT, 2006, p. 35).

A esse legislador mencionado por Schmitt, transporta-se, a partir da era moderna, o sentimento social da necessidade de uma força popular que represente politicamente seus anseios. Dessa forma, a representação política como fora construída e o discurso democrático representado nesse processo como um fato social. Por *representação* entende-se a forma como os seres humanos representam o mundo a partir das suas práticas sociais e da apropriação, ou seja, das interpretações que fundamentam tais práticas (CHARTIER, 1990). Todavia, essa *representação* pode transformar-se num perigo quando o discurso estiver contaminado por manipulação e/ou distorção da realidade, isto porque “deturpada, a representação transforma-se em máquina de fabrico de respeito e de submissão, num instrumento que produz constrangimento interiorizado, que é necessário onde quer que

falte o possível recurso a uma violência imediata”. (CHARTIER, 1990, p. 22). E, por fim, esclarece que:

A relação de representação – entendida, deste modo, como relacionamento de uma imagem presente e de um objeto ausente, valendo aquela por este, por lhe estar conforme – modela toda a teoria do signo que comanda o pensamento clássico”. (CHARTIER, 1990, p. 21).

Nessa perspectiva, Chartier que estuda as práticas culturais, fundamenta que:

As percepções do social não são de forma alguma discursos neutros: produzem estratégias e práticas (sociais, escolares, políticas) que tendem a impor uma autoridade à custa de outros, por elas menosprezados, a legitimar um projeto reformador ou justificar, para os próprios indivíduos, as suas escolhas e condutas. (CHARTIER, 1990, p. 17).

E, a esse respeito, a ideia de apropriação, em que se pode trabalhar o discurso político democrático, “tem por objetivo uma história social das interpretações, remetidas para as suas determinações fundamentais (que são sociais, institucionais, culturais) e inscritas nas práticas específicas que as produzem” (CHARTIER, 1990, p. 26). Se analisado numa concepção filosófica, o discurso humano pode se materializar de várias formas, como pela retórica, por exemplo, ou melhor, nos meios pelos quais o discurso retórico induz a vontade do ouvinte naquilo que se deseja e, como não há uma vinculação com uma única verdade, vigorará o relato que for vencedor. (ADEODATO, 2008).

Acerca das técnicas desse discurso, o professor João Maurício Adeodato (2008) trabalha com a representação da retórica aristotélica, a partir da análise do *Ethos*, *Pathos* e *Logos* como um meio racionalizado de persuasão a ser produzido no processo de comunicação e de composição da apresentação do orador, onde o *Ethos* está ligado ao caráter pessoal do orador; o *Pathos*, ao efeito que se quer provocar no ouvinte; e, por último, a prova ou aparente prova, fornecida pelas palavras do discurso propriamente dito.

Nesse sentido, é possível entender o discurso político, então, tanto como uma técnica racional de convencimento, quanto uma representação social ligada a um espaço e tempo determinados por um contexto social vigente.

2 O MITO NA ESFERA POLÍTICA - OS DISCURSOS COMO REPRESENTAÇÕES CULTURALMENTE CONTRUÍDAS

Platão em *A República* escreve sobre uma comunidade de homens que viviam numa caverna, com pernas e pescoço amarrados e que somente conseguiam olhar para o fundo da caverna, onde havia uma parede com estátuas de pedra e madeira, representando diversos tipos de coisas. E, como nunca haviam visto outra coisa, acreditavam que eram cópias imperfeitas de objetos reais. Mas, conforme Platão, se alguém trouxesse um deles para fora da caverna, este entenderia que a realidade não se limitava àquela parede e àquelas imagens, compreenderia a existência do sol e de todas as outras coisas. No entanto, seus companheiros ainda se encontrariam na caverna, numa obscura ignorância. (PLATÃO, 2000).

Platão, na filosofia grega, explica por meio do Mito da Caverna como uma comunidade pode acreditar num fato como uma verdade absoluta a partir das suas experiências. Nesse sentir, a palavra “mito”, além de outras conceituações filosóficas, põe-se a partir da ideia do falso, daquilo que foge à realidade, como explica Alfred Sauvy (apud MIGUEL, 2000, p. 23): os mitos são “idéias comumente recebidas, que desaparecem ao serem examinadas”. O autor Luis Filipe Miguel, em sua obra *Mito e Discurso Político explica que os mitos são culturais e, portanto, na esfera da análise política, não seria diferente, já que o discurso político seria um complexo num “imaginário coletivo”, que sofreria nas sociedades contemporâneas, o impacto dos meios chamados de comunicação de massa. (MIGUEL, 2000).*

A ideia de uma sociedade de massa traz consigo a ideia de uma democracia das massas e de um Estado total, ou seja, uma sociedade plural, onde os grupos sociais são os mais diversos possíveis, cada um representando seus interesses e, assim, intensificando as disputas relativas a direitos e por maior participação nas questões públicas, onde, todavia, resulta, na verdade, em grandes negociações partidárias difusas, com grupos de pressão visando o acesso ao poder, grupos esses que vão “gerenciar” ou “traduzir”, ou ainda “convencer” à massa do que ela necessita.

Essa sociedade de massa, plural e difusa, constituiu-se num processo cultural a partir de sua vivência política estimulada pelo liberalismo e pela defesa das liberdades individuais face às ingerências do Estado. Um processo cultural cujo discurso é que ser devidamente e politicamente representado será o caminho legítimo para aquisição de seus direitos, não entendendo que esse processo possa ter sido instituído por uma mera conveniência de alguns atores políticos, onde algumas pessoas foram encarregadas de

exercer o poder de decisão, e portanto, não o sendo pelo povo. Tratando-se do conceito, então, de *representação política*, segundo Ferreira Filho, seria:

[...] a representação é definida como um vínculo entre os representantes e representados pelo qual os representantes agem em nome dos representados e devem trabalhar pelo bem dos comum e não pelo próprio. A ideia clássica de representação política é incita à de participação popular no governo, por intermédio de representantes eleitos, por meio do sufrágio universal. Representação, assim, está atrelada à ideia de democracia, de governo do povo. (FERREIRA FILHO, 1983, p. 01).

Mas essa representação política como fora culturalmente posta, construída e aceita pela sociedade num ideário de que a participação popular no governo se dá por intermédio de representantes eleitos, no objetivo de um governo do povo, para povo e pelo povo, na visão de Rousseau, não seria compatível com a democracia. Rousseau afirma que há um hiato entre a vontade geral, os parlamentares e o governo, já que:

Os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; não passam de comissários seus, nada podendo concluir definitivamente. É nula toda lei que o povo não ratificar; em absoluto, não é lei. O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez estes eleitos, ele é escravo, não é nada. (ROUSSEAU, 1999, p. 108).

Carl Schmitt (*apud* MOUFFE, 1994) também descreve a representação política como uma impossibilidade de existência da democracia, dado que a Democracia para ele seria uma questão de identidade entre dominantes e dominados, governantes e governados, daqueles que mandam e daqueles que obedecem.

Assim, para Schmitt (2008), a política configura-se como um fenômeno, uma consequência das relações, das interações e dos conflitos humanos; em razão disso, o próprio conceito de *político* remete-se também ao conceito de *Estado*, conceito esse com um dado sentir polêmico, já que traz consigo a ideia de conflito, de disputa de interesses quando, na verdade, deveria produzir uma identidade e, dessa forma, uma unidade.

[...] todos os conceitos políticos, imagens, e termos tem um significado polêmico; Eles estão fundados sobre um conflito específico e estão destinados para uma situação concreta; e resulta (o qual manifesta ele próprio na guerra ou na revolução) em um agrupamento amigo-inimigo,

e eles se voltam para dentro de abstrações vazias e fantasmagóricas quando essas situações desaparecem. (SCHMITT, 2008, p. 126).

A representação política, portanto, para Carl Schmitt, foi um elemento criado, mas não democrático, para o exercício de uma democracia parlamentar, uma vez que nos regimes democráticos, a soberania popular é a expressão dessa representação. Na concepção de uma nova democracia, a democracia liberal pluralista, como uma nova forma política, perante uma sociedade constituída agora de grupos sociais que agem simultaneamente, com liberdade e pluralidade de opiniões políticas, sem nenhuma homogeneidade, o que fomenta o conflito entre os grupos é a possibilidade do acesso a uma parcela do poder, tecendo, dessa forma, críticas à teoria do *Contrato Social* de Rousseau, porque a vontade do Estado não pode ser resultado de uma discussão, ela deve ser dada.

Fato que explica a visão do historiador Chartier (1990, p. 17) acerca dos conflitos de interesses construídos por grupos de poder na sociedade plural, onde “As lutas de representações têm tanto importância para compreender os mecanismos pelos os quais um grupo impõe, ou tenta impor, a sua concepção do mundo social, os valores que são seus, e o seu domínio”. Nessa perspectiva, a representação perde sua finalidade democrática uma vez que não inclui o cidadão como participante das vontades do Estado, no momento em que as decisões são tomadas por um pequeno grupo composto de membros de uma elite política cujos objetivos não abarcam as necessidades das minorias socialmente excluídas.

Chantal Mouffe (1994, p. 04) nesse sentir, escreve que “na medida em que suas instituições são percebidas como simples técnicas instrumentais para a escolha de governantes, é pouco provável que pudessem ser asseguradas com um tipo de adesão popular que garantisse uma efetiva participação na vida democrática”. Dessa forma, a democracia moderna como *fora posta*, não passaria de uma mera técnica instrumental para a escolha de governantes, demonstrando a inefetividade da participação popular como representação dos ideais democráticos.

3 O PROBLEMA DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA E A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: EXISTE UMA SOLUÇÃO?

A ideia de cidadania aparece na Antiguidade como uma forma de qualificação dos que poderiam ter participação nas decisões políticas das *civitas* (*no latim, cidades*). Essa qualificadora vai acompanhar historicamente as experiências políticas, pelos atores sociais, na constituição dos Estados.

Para Dallari (2013, p. 22), “a cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo”. A partir da era moderna, levando-se em conta a construção dos direitos fundamentais, a cidadania como um direito fundamental surge como uma aquisição, uma conquista popular.

Thomas Marshall, em 1949, procurou entender e, pela primeira vez, criar uma tipologia acerca do processo de cidadania a partir da concepção de três categorias de Direitos que evoluíram de forma integrativa do séc. XVIII ao séc. XX, no sentido de ser o processo de cidadania um processo ascendente onde somente se configuraria sua plenitude quando nela estivessem reunidas as três categorias ora descritas, ou seja, os direitos civis (que configurariam a primeira geração conquistada no séc. XVIII), influenciando na luta por direitos políticos, como os direitos representantes do séc. XIX e, assim, munidos de direitos civis e políticos, a sociedade inglesa foi em busca da terceira categoria, os direitos sociais:

T. A. Marshall, sugeriu também que ela, a cidadania, se desenvolveu na Inglaterra com muita lentidão. Primeiro vieram os direitos civis, no século XVIII. Depois, no século XIX, surgiram os direitos políticos. Finalmente, os direitos sociais foram conquistados no século XX. Segundo ele, não se trata de seqüência apenas cronológica: ela é também lógica. Foi com base no exercício dos direitos civis, nas liberdades civis, que os ingleses reivindicaram o direito de votar, de participar do governo de seu país. A participação permitiu a eleição de operários e a criação do Partido Trabalhista, que foram os responsáveis pela introdução dos direitos sociais. (CARVALHO, 2002, p. 10).

Noberto Bobbio (2004) trabalhou a tipologia dos Direitos Fundamentais com base na Revolução Francesa, sob o lema da *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*, onde primeiramente apresentaram-se como direitos individuais, os direitos chamados de 1ª geração (civis e políticos), evoluindo para uma concepção coletiva, os direitos de 2ª geração (econômicos, sociais e culturais) e, ao final, realizando-se como direitos universais, os direitos de 3ª geração. Todavia, Bobbio (2004, p. 06) também entende que “(...) já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Não obstante a Teoria Geracional de Bobbio, Ingo Sarlet trabalha sob a perspectiva dimensional do direito, com base no constante processo de transformação que envolve as práticas sociais:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno. (SARLET, 2015, p. 55).

Nessa trajetória dos direitos fundamentais, diferentemente da Inglaterra que teve o processo de cidadania como resultado de uma conquista social, na realidade brasileira os direitos civis e políticos foram fundados num ideal de poder comandado por uma elite latifundiária formada pelos grandes senhores de terras, servindo, portanto, a uma pequena parcela da população. O historiador José Murilo de Carvalho (2002), explica que entre os escravos e os senhores existia ainda uma população livre, que igualmente não exercia direitos de cidadania, por conta de uma completa dependência dos latifundiários. Assim, acerca da ideia de cidadania:

Tornou-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuísem apenas alguns dos direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não-cidadãos. Esclareço os conceitos. Direitos civis são os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei. Eles se desdobram na garantia de ir e vir, de escolher o trabalho, de manifestar o pensamento, de organizar-se, de ter respeitada a inviolabilidade do lar e da correspondência, de não ser preso a não ser pela autoridade competente e de acordo com as leis, de não ser condenado sem processo legal regular. São direitos cuja garantia se baseia na existência de uma justiça independente, eficiente, barata e acessível a todos. São eles que garantem as relações civilizadas entre as pessoas e a própria existência da sociedade civil surgida com o desenvolvimento do capitalismo. Sua pedra de toque é a liberdade individual. É possível haver

direitos civis sem direitos políticos. Estes se referem à participação do cidadão no governo da sociedade, demonstrações políticas, de organizar partidos, de votar, de ser votado. (CARVALHO, 2002, p. 09-10).

O referido autor ainda explica que:

Em geral, quando se fala de direitos políticos, é do direito do voto que se está falando. Se pode haver direitos civis sem direitos políticos, o contrário não é viável. Sem os direitos civis, sobretudo a liberdade de opinião e organização, os direitos políticos, sobretudo o voto, podem existir formalmente mas ficam esvaziados de conteúdo e servem antes para justificar governos do que para representar cidadãos. Os direitos políticos têm como instituição principal os partidos e um parlamento livre e representativo. São eles que conferem legitimidade à organização política da sociedade. Sua essência é a idéia de autogoverno. (CARVALHO, 2002, pp. 09-10, grifo nosso).

A primeira República brasileira (1888-1891) foi o início da cidadania (e dos direitos civis) e teve como fator institucional na inauguração desses processos, o Coronelismo, caracterizado pelas fraudes eleitorais e polo voto de cabresto:

Nessa concepção, o coronelismo é, então, um sistema político nacional, baseado em barganhas entre o governo e os coronéis. O governo estadual garante, para baixo, o poder do coronel sobre seus dependentes e seus rivais, sobretudo cedendo-lhe o controle dos cargos públicos, desde o delegado de polícia até a professora primária. O coronel hipoteca seu apoio ao governo, sobretudo na forma de votos. Para cima, os governadores dão seu apoio ao presidente da República em troca do reconhecimento deste de seu domínio no estado. O coronelismo é fase de processo mais longo de relacionamento entre os fazendeiros e o governo. (CARVALHO, 1997, s.p.).

José Murilo de Carvalho (1997) aponta, nesse sentido, a inexistência de direitos civis, políticos e sociais na passagem do período colonial à independência no Brasil, dada a escravidão como limite ao exercício das liberdades, o direito de voto apenas aos que tinham uma determinada renda ou que não fossem analfabetos, sendo a participação política, então, uma concessão dada a poucos.

Dessa forma, “as despesas eleitorais cabem, em regra, ao coronel, por conta de seu patrimônio. Em troca, os empregos públicos, sejam os municipais ou os estaduais sediados na comuna, obedecem às suas indicações” (FAORO, 2012, p. 711), razão pela qual, Boaventura de Sousa Santos (2001, p. 17) afirma que “o Brasil, por exemplo, prima pela exclusão que foi continuada depois do período colonial”. Diante disso, resta entender

que a gênese do sistema político brasileiro está fincada no propósito do acesso poder, pelo simples poder, no fato de que “somos em particular legítimos herdeiros do sistema colonial da grande exploração agrícola, cultivada pelo braço escravo e produtora de matérias-primas e gêneros alimentícios, destinados à exportação” (LEAL, 2012, p. 253).

Mais uma vez, retornando a Carl Schmitt, essa realidade é muito bem explicitada pelo autor quando aponta “que foi motivos de conveniência prática que as pessoas de confiança foram encarregadas de decidir ao invés de e no lugar do povo, igualmente, tal concepção poderia ter justificado um cesarismo antiparlamentarista” (SCHMITT *apud* MOUFFE, 1994, p. 02).

E ainda, Schmitt continua, no sentido de que o sistema representativo não coaduna no princípio democrático, ainda que ele tenha como parâmetro a questão da identidade entre governantes e governados:

Então, a *ratio* do sistema parlamentar não reside no âmbito do princípio democrático da identidade, mas no liberalismo no qual se busca aprender a coerência enquanto sistema metafísico global. [...] A razão do parlamentarismo reside, portanto, no fato de que ele consiste em um processo de confrontação de opiniões. (SCHMITT *apud* MOUFFE, 1994, p. 02, grifo nosso).

Portanto, a cultura elitista e autoritária aqui instaurada (o que não difere do que o fora em outros Estados) impede que a democracia representativa funcione e, nesse sentir, pergunta-se: haveria uma solução?

Numa visão de que ainda há luz no fim do túnel, *sim*. Mouffe (1994, p. 14) explica que: “é aí, nesse espaço sempre precário desse intermédio, que a experiência da democracia moderna pode encontrar curso”. A solução, então, passaria por uma democracia que fosse participativa, na efetivação dos meios constitucionais do exercício de soberania popular, quais sejam, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, conforme previsto no artigo 14 da Constituição Federal de 1988 em consonância com o artigo 1º, parágrafo único, em que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A Iniciativa Popular trata de um Projeto de Lei de Iniciativa do povo e não de parlamentares, necessitando para tanto da assinatura mínima de 1% da população eleitoral nacional, distribuídos por pelo menos 5 unidades federativas e no mínimo 0,3% dos eleitores em cada uma dessas unidades. O referendo é uma consulta popular realizada após a edição da norma, no sentido de que as pessoas experimentem seus efeitos e decidam sobre sua continuidade ou não.

Já o plebiscito é uma consulta popular realizada anteriormente à edição da norma. Ambos são mecanismos de exercício de uma democracia participativa direta que pode ser utilizada e convocada por quaisquer entes da Federação, sendo, conforme o art. 49 da Constituição Federal, competência exclusiva do Congresso Nacional a autorização para essa convocação, repetindo-se para os demais, ou seja, as Assembleias Legislativas no caso dos Estados e as Câmaras Municipais no caso dos municípios.

Nas palavras dos Professores Rodrigo Francisco de Paula e Alexandre de Castro Coura (2014, p. 13), “tais institutos revelam uma dimensão concreta da soberania popular fundante do Estado brasileiro (art.1º, §único, da Constituição Federal) ao viabilizarem participação popular direta na tomada de decisão”. E, “diante da crise de legitimidade na representação dos regimes democráticos, uma das saídas possíveis é a criação de um mecanismo de participação direta do povo na tomada de decisões”. (2014, p. 15).

Sendo assim, historicamente, o povo brasileiro não participou politicamente da construção desse sistema que partiu de uma elite oligárquica e autoritária que se mantém enraizada nas estruturas de poder, não figurando como parte de uma conquista social, mas sim de uma concessão por parte dos coronéis que desenvolveram uma cultura representativa no país que se reproduz até os dias atuais, por meio das práticas sociais e do ideário social de que os cargos públicos (em toda a esfera pública) são significantes de poder e não de atuação em prol da vontade Estatal e do bem público como sua atividade fim. E, diante do problema da representação política vivenciada no Brasil, a experiência de uma democracia participativa poderia iniciar no país uma nova estrutura de exercício pleno de cidadania.

4 CONCLUSÃO

A representação política pátria como fonte de poder, pelo poder e não pelo Estado, é culturalmente um fato construído pela sociedade brasileira que se reproduz nas práticas sociais em todas as instâncias e, assim, quaisquer que almejem tal estrutura, na verdade, participam desse ideário social de que o acesso a cargo público é, na verdade, uma fonte de poder e não de realização das atividades fins do Estado na efetivação do bem público. Por isso, mudam-se os atores políticos, mas não se altera a estrutura ou o cenário político, justamente porque o problema representativo no Brasil não parte individualmente desses atores, mas da cultura do poder e do autoritarismo que, inclusive, não tem instância, já que dentro da repartição federativa, todos os entes estão nesse contexto, assim como, todos os Poderes, assim como, toda a estrutura pública.

Nessa perspectiva, a partir da desconstituição da ideia de *democracia que é* proposta pelo sistema representativo, conforme Carl Schmitt, e da constituição da ideia de uma democracia participativa sob a análise de Chantal Mouffe, o presente artigo procurou analisar o atual problema representativo do país. E, frente a essa situação, concluiu-se que a questão representativa é sistêmica, histórica e cultural.

E, sendo parte de uma cidadania tutelada (imposta) e não conquistada, teve por consequência a construção de uma sociedade de objeção ao público, de acumulação do privado e firmada numa cultura política autoritária como resultado do coronelismo aqui vivenciado, que se enraizou no ideário social como um processo politicamente natural. Enfim, diante dessa cultura política autoritária, elitizada, mas naturalizada, uma possível solução (inicialmente) para o problema da representação política seria uma política social inclusiva, com a adoção de uma democracia participativa como forma de efetivação dos instrumentos constitucionais de Soberania Popular, de maneira que a população possa aprender a gerenciar também o interesse público.

A democracia brasileira é um processo recente e, assim como está sendo construída, a participação popular também pode ser repensada e fomentada pelos movimentos sociais, intelectuais e também políticos. Para tanto, importante frisar que o fato de a *democratização*, como um processo histórico, ter iniciado no séc. XVIII e ter demandado tempo até sua estruturação, não significou um ideal inatingível.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do direito. *Revista Seqüência*, n. 56, p. 55-82, jun. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. p. 292.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 06.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo Caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 09-10.

_____. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: uma discussão conceitual. In: *Dados*, v. 40, n. 2, p. 229-250, 1997.

CHARTIER, Roger. *A História Cultural: Entre Práticas e Representações*. Rio de Janeiro: DIFEL, 1990. p. 17-26.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2013. p. 22.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro: Globo, 2012. p. 711.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A representação política e o sistema distrital misto. *Revista de Informação Legislativa*, v. 78, p. 49-54, abr./jun. 1983.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. p. 253.
- MIGUEL, Luis Filipe. *Mito e discurso político: uma análise a partir da campanha eleitoral brasileira de 1994*. Campinas, SP: Unicamp, 2000. p. 23.
- MOUFFE, Chantal. Pensando a Democracia Moderna com e contra Carl Schmitt. *Cadernos da Escola de Legislativo*, n. 02, p. 87-108, jul./dez. 1994.
- PAULA, Rodrigo Francisco de; COURA, Alexandre de Castro. A voz do povo nas ruas e as consultas populares no estado democrático de direito: no rastro da tensão entre democracia e constitucionalismo. In: COURA, Alexandre de Castro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Orgs). *Direito, Política e Constituição – reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: CRV, 2014. p. 13-15.
- PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 210-238.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato social: Princípios de Direito Político*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 69-172.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Dilemas do nosso tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento. Porto Alegre: UFRGS, *Revista Educação & Realidade*, v. 26, n. 1, p. 13-32, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 55.
- SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político/Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 126.
- _____. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 35.

RECEBIDO EM: 25/04/2017

APROVADO EM: 01/08/2017

A REMESSA NECESSÁRIA NO CPC/2015, A SUA NOVA ROUPAGEM E A RELAÇÃO COM NOVOS INSTITUTOS PROCESSUAIS

*THE REQUIRED CONSIGNMENT ON THE CPC/2015, YOUR NEW
ATTIRE AND THE RELATIONSHIP WITH NEW PROCEDURAL
INSTITUTES*

Vinicius Silva Lemos

*Doutorando em Processo Civil pela Unicap/PE. Mestre em Sociologia e Direito
pela UFF/RJ. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Rondônia – FARO.*

Professor de Processo Civil da Faculdade de Rondônia – FARO e na UNIRON.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Remessa Necessária; 1.1
Dúvida entre Recurso como Natureza Jurídica Da
Remessa Necessária; 1.2 A Amplitude Material da
Remessa Necessária; 1.3 A Concomitância entre
Remessa Necessária e o Recurso; 2 A Dispensa de
Remessa Necessária; 2.1 O Conteúdo Quantitativo
que Dispensa A Remessa; 2.2 A Decisão Fundada
em Precedentes Vinculantes; 3 Relação da Remessa
Necessária com Outros Institutos do CPC/2015; 3.1
A Decisão Parcial de Mérito e a Total Simetria Com

A Remessa Necessária; 3.2 A Decisão Concessiva da Tutela Provisória de Urgência Antecipada em Caráter Antecedente e a Remessa Necessária; 3.3 A Remessa Necessária e sua Incidência na Ação Monitoria; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo delinea o instituto da remessa necessária no CPC/2015, discorrendo sobre a sua nova conceituação, a manutenção de sua natureza jurídica, o cabimento, as hipóteses de dispensa e a amplitude material. O intuito é delinear as novidades do instituto no novo ordenamento, com as suas novas nuances e, ainda, sistematizar a sua real aplicabilidade com institutos processuais que permitem condenação contra a Fazenda Pública, como a decisão parcial de mérito, a tutela provisória de urgência antecipada antecedente e a ação monitoria.

PALAVRAS-CHAVE: Fazenda Pública. Remessa Necessária. Amplitude. Dispensa. Novos Institutos.

ABSTRACT: This article outlines the institute of the required consignment on the CPC/2015, featuring on its new concept, the maintenance of their legal nature, the place, the chances of remission and the extent material. The aim is to outline the new features of the institute in the new land, with its new nuance and, still, to systematize their real applicability with procedural institutes that allow condemnation against the Public Treasury, as the decision part of merit, the tutelage of urgency in advance antecedent and the monitory action.

KEYWORDS: Public Treasury. Required Consignment. Amplitude. Waiver. New Institutes.

INTRODUÇÃO

Com o advento do CPC/2015, muitos institutos do ordenamento anterior foram remodelados e, dentre eles, a remessa necessária, ganhando novas concepções, o que estudaremos nesse presente trabalho, com o intuito de analisar as novas concepções da remessa e a sua aplicabilidade em diversos momentos do ordenamento.

Durante da tramitação do novo texto processual, muito se discutiu sobre a necessidade de manutenção ou não dessa benesse processual para a Fazenda Pública e os seus entes interligados, se, ainda, havia motivos para tal instituto. Muito pela necessidade dos Municípios menores, com a inexistência de procuradorias próprias, a remessa necessária foi mantida, contudo com uma grande tendência para a restrição da própria conceituação e incidência do instituto.

De certa maneira, a remessa necessária passou por uma reformulação, uma repaginada, com uma conceituação a ser readaptada. Em outro ponto, houve a diminuição da incidência do próprio instituto, dada a nova interligação com os valores da sentença, com novos parâmetros de suas hipóteses de dispensa, as quais, objetivamente, delinearemos, mencionando, desde o escalonamento existente de valores condenatórios, até uma ampliação da relação com os precedentes, possibilitando em mais hipóteses que na legislação anterior, demonstrando uma clara visão de que os precedentes judiciais servem para balizar as decisões futuras e, desse modo, até dispensar-se da concessão de privilégio para a Fazenda Pública.

Tais alterações demonstram, a princípio, uma restrição ao cabimento da remessa necessária, diminuindo sua própria incidência, mesmo diante de sentenças condenatórias contra a Fazenda Pública, o que demonstraremos no decorrer do estudo.

Além desse estudo ter como objetivo amplo sistematizar o instituto diante do novel ordenamento processual, há, ainda, outros objetivos adjacentes, com a necessária investigação sobre a viabilidade e aplicabilidade da remessa necessária diante de outros institutos inseridos ou remodelados pelo CPC/2015, como a decisão parcial de mérito, a decisão em tutela provisória antecipada concedida em caráter antecedente, a remessa diante da ação monitoria.

Cada um desses institutos têm diferentes relações com a Fazenda Pública, possibilitando decisões condenatórias e, por conseguinte, proporcionando a reflexão sobre a relação de cada qual com a remessa

necessária, com a essencial investigação sobre a relação de cada instituto com essa prerrogativa da Fazenda Pública, para a devida averiguação sobre a sua real aplicabilidade.

Desse modo, esse estudo visa visitar a remessa necessária diante da nova ótica preconizada pelo novel ordenamento, perfazendo uma análise atual do instituto, desde a sua nova conceituação, o impacto diante da atuação da Fazenda Pública, o reposicionamento processual e a interligação com novos institutos processuais.

1 REMESSA NECESSÁRIA

Além dos recursos, existem outros meios dos processos chegarem ao crivo dos tribunais, como no caso da remessa necessária, quando o processo não é remetido ao Tribunal em razão da existência de um recurso interposto pela parte sucumbente, mas pela existência de uma determinação legal para a remessa¹, tornando-a obrigatória, causando independência da vontade da parte.

O art. 496 delimita essa obrigatoriedade quanto dispõe que a sentença “está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal [...]”. Mesmo com a sentença prolatada, nos casos delineados por este artigo, ainda necessitarão da revisão obrigatória pelo colegiado, ainda que não seja atacada por recurso. A conceituação do instituto², que já existia no código anterior, nos dizeres do mentor daquela legislação, Buzaid, é no sentido de que a remessa necessária “tem a virtude de suspender os efeitos da sentença até que sobre ela se pronuncie a instância superior. O que ela exprime, portanto, em sua configuração mais simples, é a devolução da causa ao Tribunal, a cujo conhecimento toca a obrigação de manter ou modificar a sentença apelada, independentemente de recurso interposto pelas partes interessadas³.”

1 Trata-se de condição de eficácia da sentença, que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal. [...] Enquanto não reexaminada a sentença pelo tribunal, não haverá trânsito em julgado e, conseqüentemente, será ela ineficaz.” NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: RT. 2016. p. 1.269.

2 Outra conceituação possível da remessa, sobre a qual concordamos: “a remessa necessária, remessa ex officio ou reexame necessário é um instituto que objetiva preservar a esfera jurídica da Fazenda Pública, determinando que toda sentença que julgue procedente o pedido da parte autora em face da Fazenda Pública [...] deverá ser remetida ao Tribunal, para confirmação ou não, independente de as partes interporem recurso voluntário.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil*. v. I. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 570.

3 BUZAID, Alfredo. *Da apelação ex-offício*. São Paulo: Saraiva, 1951. p. 37.

Entre os privilegiados por este benefício processual estão as Fazendas Públicas, seus entes autárquicos e fundações de Direito Público, quando forem condenados em processos ou quando houver procedência aos embargos à execução fiscal, também oriundo em malefício à Fazenda Pública. Essa remessa, um ato de ofício, é ato administrativo vinculado, utilizando o termo dever, não sendo faculdade do juízo, quando deparar-se com as hipóteses cabíveis.

A motivação de existência da remessa necessária passa pelos privilégios processuais⁴ que os entes da Fazenda Pública dispõem no processo civil, sendo esta uma de suas manifestações. A remessa é uma espécie de defesa do interesse coletivo. Nery Jr. compartilha o pensamento de que “os direitos defendidos pela Fazenda são direitos públicos, vale dizer, de toda a coletividade, sendo, portanto, metaindividuais⁵”, devendo assim, por causa desse interesse público, ter maiores benefícios do que as partes comuns. Não seria um atentado contra as partes que não usufruem desse benefício, tampouco uma afronta à isonomia processual, somente um resguardo ao direito público, ressaltando a aplicabilidade da sentença a um duplo grau de jurisdição obrigatório, a uma necessidade de revisão da decisão, ainda que não interposto um recurso para tanto.

O direito coletivo, nessa visão, tem uma garantia maior processual pela sua própria coletividade, não configurando uma afronta ao direito individual. A outra parte somente sofre com a necessidade de aguardar, para a devida eficácia da decisão, mais uma fase processual, uma reanálise. O direito invocado, na decisão condenando a Fazenda Pública, deve ser revisto pelo colegiado e, após a análise, se mantido, esta tem total possibilidade de cobrança. Uma condição de eficácia⁶ da própria sentença, sem a revisão proveniente da determinação legal do art. 496, a

4 “É sabido que a Fazenda Pública desfruta de algumas “vantagens processuais” em relação aos demais sujeitos do processo. Além dos critérios diferenciados de arbitramento dos honorários de sucumbência e dos prazos diferenciais qualificados, podemos incluir nesse o chamado “reexame necessário”. FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Comentário ao art. 496. STRECK, Lenio (org.). *Comentários ao código de Processo Civil*. 11. ed. Saraiva, mar. 2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>>.

5 NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 77.

6 Em sentido contrário, Cunha e Didier Jr. entendem sobre a visão da natureza jurídica recursal da remessa, não admitindo que seja somente vista como condição de eficácia da sentença: “Dizer que a remessa necessária é condição de eficácia da sentença contém o equívoco de definir algo pelos seus efeitos, e não pelo que é. Além do mais, há sentenças proferidas contra o Poder Público, a exemplo do que ocorre no mandado de segurança, que produzem efeitos imediatos, muito embora estejam sujeitas à remessa necessária.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de*

decisão existe processualmente, mas não detém, ainda, a condição de ser cumprida, somente sendo possível, após passar por tal procedimento, com a necessidade da prolação de um acórdão pelo segundo grau.

Importante lembrar que a remessa é independente de eventual recurso existente, tanto pela própria Fazenda Pública ou pela outra parte, ou seja, há remessa ainda que haja recurso daquela decisão, uma vez que o intuito da legislação passa por primar pela revisão da decisão por completo, na parte com prejuízo à Fazenda Pública. Na própria sentença, deve conter a especificação sobre a obrigatoriedade da remessa, adiando o direito da parte contra a Fazenda Pública, não impedindo esse direito, somente ressaltando a necessidade de reanálise, por motivos de interesse público.

A interpretação sobre as possibilidades da remessa deve ser de maneira restritiva. Se a disposição recai sobre os termos “contra” ou “julga procedente”, não se pode interpretar de maneira diversa, admitindo-se somente em decisões que versem sobre o mérito, impossibilitando a utilização para sentenças sem julgamento de mérito⁷, ainda que impactem de maneira contrária à Fazenda Pública.

Além da amplitude das espécies de sentença em que a remessa é necessária, outras também serão possíveis, como: na ação de improbidade administrativa, na ação civil pública, em mandado de segurança e na ação popular.

1.1 DÚVIDA ENTRE RECURSO COMO NATUREZA JURÍDICA DA REMESSA NECESSÁRIA

A dúvida sobre a natureza jurídica da remessa necessária sempre foi uma discussão acalorada na doutrina, com a visualização de discordância entre forma de um recurso oficioso ou a simples condição de eficácia da decisão. A nossa entender, a remessa não é um recurso⁸, mas uma

direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 403.

7 Sobre a matéria: STJ, 2. T., AgRg no AREsp 335.868/CE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 5/11/2013, DJe 9/12/2013.

8 Entendemos que remessa necessária não é recurso por não preencher todos os requisitos para o enquadramento neste, principalmente pela falta de voluntariedade e dialeticidade, como Marco Antônio Rodrigues também preconiza, o qual concordamos com esta visão: “Apesar de existir entendimento no sentido de que o reexame possui natureza jurídica de recurso, na realidade trata-se de uma condição de eficácia da sentença contrária às pessoas jurídicas de direito público. Não é possível enquadrar o duplo grau obrigatório como recurso, já que aquele não atende a princípios basilares dos recursos, como é o caso da voluntariedade, da taxatividade, e da discursividade.” A fazenda pública no processo civil. Ed. Gen Atlas.

obrigatoriedade⁹ de reanálise daquela decisão de mérito, nas hipóteses anteriormente elencadas, com uma revisão automática que possibilita um novo enfrentamento de toda a matéria, debelando o efeito devolutivo, mediante o ato ordinatório do juízo proceder a remessa, contudo com um efeito translativo, devolvendo matéria para reanálise sem uma delimitação material de impugnabilidade.

Como houve uma sentença condenatória, enquadrada nas hipóteses elencadas no art. 496, há a possibilidade de interposição de recurso pela Fazenda Pública, com a sua dialeticidade e devida impugnação ao ato decisório. Se houver recurso, apesar de não retirar a existência da remessa, aquele ponto será melhor delineado, materialmente, pela existência de uma argumentação condizente com a própria impugnabilidade. A remessa ocorre independentemente de recurso e, de certo modo, em sobreposição ao próprio recurso, se existente, seja para complementá-lo nos pontos lacunosos ou para devolver a matéria já impugnada.

O ato de remeter ao Tribunal garante que haja uma revisão, independentemente da existência de um recurso pela Fazenda Pública, o que se define, temporalmente, de maneira anterior à existência do recurso. Ou seja, já se terá ciência de que haverá remessa antes da própria abertura do prazo recursal, uma vez que o juízo deve assim delimitar no ato decisório. O art. 496 insere uma condição para que a sentença seja válida, com a necessidade de submeter-se a uma revisão obrigatória, obviamente com

1ª ed. 2016. São paulo. p. 79. No entanto, existem entendimentos contrários de que a remessa seria um recurso, alguns, como Araken de Assis entendem que interposto pelo juízo (ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. São Paulo: Ed. RT 2007, p. 852) ou, ainda, em entendimento recente Cunha e Didier Jr. como um autêntico recurso pela desnecessidade de entender como recurso um conceito fechado, o que entendemos não proceder. "Ao praticar o ato de impulso oficial, o juiz provoca a impugnação compulsória, sem que haja vontade de qualquer das partes. Não existe um conceito universal de recurso. Este é construído a partir da singularidade de cada sistema positivo. No sistema brasileiro, há recursos voluntários e recursos compulsórios. Em ambos, há provocação e impugnação." CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 404. Medina tem uma visão contemporizadora: "De todo modo, ainda que se afirme que o reexame necessário não tenha a natureza de recurso, é inegável que a atividade desenvolvida pelo tribunal, ao verificar se mantém ou não a decisão sujeita a reexame, assemelha-se à que se opera quando do julgamento de um recurso. Por isso, p. ex., é que se entende que a competência do relator para julgar recursos estende-se também ao reexame necessário (cf. Súmula 253 do STJ, nota supra). O reexame necessário, no entanto, volta-se apenas à verificação da correção da decisão reexaminada, não se sujeitando ao interesse das partes (como se daria, se se tratasse de um recurso)." MEDINA, José Miguel García. *Novo código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 484.

9 "Que fique, pois, fixado o entendimento neste trabalho de que o reexame necessário é condição de existência da sentença, pois o segundo julgamento é constitutivo integrativo do título, como o é a sentença de liquidação em relação ao seu aspecto quantitativo." FELIX, Juarez Rogério. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*, coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 429.

alta amplitude cognitiva revisional e possibilidade de outros resultados, como uma condição para que a Fazenda Pública seja executada ou tenha contra si uma decisão apta a tal desiderato.

Sem a opção de escolha pelo juízo ou pela Fazenda Pública sobre a remessa necessária, há uma oficiosidade, sem a voluntariedade inerente ao exercício do direito de recorrer, impossibilitando que seja enquadrável como um recurso, aliando-se ao aspecto da falta de dialeticidade e impugnação específica, outro ponto próprio e essencial para a caracterização como recurso.

O juízo, quando proclama uma decisão passível de remessa necessária, deve, especificadamente, constar que aquele ato decisório está submetido ao crivo da análise revisional pelo Tribunal. Temporalmente, não se sabe, ainda, se haverá recurso, não podendo, então, atrelar a existência da remessa necessária a não interposição de recurso sobre a matéria, importando que o juízo deve, desde logo, constar que a decisão está sujeita, para se ter validade executiva, à revisão obrigatória pelo segundo grau.

Para Wambier e Talamini¹⁰, a remessa necessária serve de controle da própria qualidade da decisão pela própria revisão que lhe ocorrerá e, conseqüentemente, há também um controle de efetividade das decisões de primeiro grau contra a Fazenda Pública, com o intuito de resguardar estes entes da própria qualidade da decisão proferida e, também, de eventuais erros decisórios, exercendo este citado controle.

A remessa necessária independe da iniciativa das partes, sem a existência da faculdade de interposição, o que impossibilita de maneira prática a ter o efeito devolutivo puramente, pelo motivo de não ter uma delimitação da matéria pela ausência de pedido, por não se tratar de recurso, contendo somente a devolução geral, como a devida translaticidade.

10 A remessa necessária não é recurso, mas é um meio de controle das decisões, como nas palavras de Wambier e Talamini, que afetam as Fazendas Públicas, o que importa em uma grande concessão de importância aos precedentes repetitivos o fato de que se abre mão da remessa pela fundamentação do juízo sobre estas espécies de precedentes paradigmáticas, impondo conseqüências aos próprios entes públicos que não terão esse controle a mais que as outras partes, justamente pela força dos precedentes. “Enfim, tal como no caso dos recursos, a função do reexame necessário é a de tentar assegurar um maior controle da qualidade da sentença proferida. Mas o mecanismo empregado para tanto não é um instrumento de emprego voluntário – como é no recurso –, e sim a estipulação, pela própria lei, de uma condição para que a sentença possa transitar em julgado. Merece ser enquadrado entre os instrumentos de revisão das decisões judiciais. Mas não é propriamente um meio de impugnação das decisões e tampouco um recurso.” WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. Teoria geral do conhecimento e processo de conhecimento. 15. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 886.

1.2 A AMPLITUDE MATERIAL DA REMESSA NECESSÁRIA

A remessa é uma revisão automática que detém a alcance sobre toda a matéria da decisão que condene ou que seja desfavorável à Fazenda Pública, procedendo uma reanálise ampla da sentença, condição para que esta, nos moldes do art. 496, contenha eficácia, qual seja, a necessidade de uma revisão em seu conteúdo, diante das especificações circunstanciais ali dispostas.

Há devolutividade ou limitação material na atuação do Tribunal sobre a remessa? A resposta passa pela total liberdade, contudo somente na parte em que se enquadre nos dizeres do art. 496: proferida contra a Fazenda Pública ou que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. Todos os pontos materiais de procedência na decisão contra a Fazenda Pública – em ações comuns ou em embargos à execução fiscal – serão remetidos para uma nova reanálise, especificadamente. Todavia, evidentemente, se houver matéria dentro da mesma sentença que não se enquadre, como uma parte improcedente, esta não estará sujeita à remessa, impossibilitando de que o Tribunal maneje qualquer disposição judicante sobre esta.

Desse modo, sobre a matéria passível de revisão, o Tribunal detém total liberdade, podendo mantê-la, anulá-la e, inclusive, reformá-la total ou parcialmente, delimitando, de certa maneira, o efeito translativo, devolvendo matéria para reanálise sem uma delimitação material¹¹.

1.3 A CONCOMITÂNCIA ENTRE REMESSA NECESSÁRIA E O RECURSO

Se a remessa necessária é condição de eficácia de uma sentença, em determinadas situações, dessa mesma decisão, cabe recurso? Evidentemente que sim. Esse é ponto uníssono, da decisão cabe o recurso. As partes poderão recorrer da sentença, interpondo a apelação. Ponto pacífico sobre a matéria, uma vez que a existência de remessa não deve obstar o direito de recorrer de qualquer das partes, ainda que seja da própria Fazenda Pública.

Todavia, há possibilidade de concomitância entre uma apelação interposta e da remessa necessária? Esse ponto é de importante esclarecimento. A remessa é condição de eficácia da sentença, como já vimos, o que importa em não possibilitar a efetividade do direito ali existente antes da revisão pelo

11 “A sentença como um todo ‘que fica submetida ao reexame, de sorte que é lícito ao tribunal modificar a sentença, reformando-a total ou parcialmente.” NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 413-414.

Tribunal, porém sem impedir que a parte interponha o recurso que entender como cabível contra essa decisão. Mesmo com a interposição de recurso, há a remessa, seja pelo fato de que o juízo deve determinar na própria sentença que a necessidade desta, bem como a própria previsão legal do art. 496.

A remessa não impedirá que a Fazenda Pública impugne a sentença, no todo ou em parte, mediante uma apelação. E, ainda, se houver esse recurso, a parte em que, materialmente, este não alcance e seja passível de revisão, haverá a necessidade do Tribunal manifestar-se. Ou seja, o Tribunal deve manifestar-se em todos os aspectos enquadráveis, naquela sentença, como passíveis de remessa, ainda que haja a apelação¹², até pelo fato do recurso conter a devolutividade, a escolha material da impugnabilidade, do alcance do que o colegiado de segundo grau manifestar-se-á, diferentemente da remessa, que detém a característica de amplitude total de revisão sobre os aspectos da decisão remetida, no tocante a julgamento contrário à Fazenda.

O art. 496, § 1º dispõe que “não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal”, o que pode levar a entender-se que a remessa necessária somente existirá sem a interposição de um recurso de apelação, o que não procede. O dispositivo teve redação infeliz, uma vez que o ato ali disposto indica que o juiz procederá com a remessa, entendível como ato ordinatório de remeter, não a remessa necessária. Ou seja, sem a interposição da apelação, sendo passível de remessa necessária, não há necessidade de contrarrazões, o que importa na remessa de imediato para o Tribunal.

Por outro lado, se houver a interposição de uma apelação, de qualquer das partes, o ato de remeter ao Tribunal obedecerá também a tramitação da apelação, o que necessita que se proceda a intimação para as contrarrazões e o transcurso do seu prazo, para posteriormente realizar-se a remessa ao segundo grau. Essa é a maneira como interpretamos o art. 496, § 1º.¹³

12 Enunciado n.º 432 do FPPC: (art. 496, §1º) A interposição de apelação parcial não impede a remessa necessária.

13 Câmara tem uma posição de que não há remessa se for houver recurso interposto. Mas, sua posição é um tanto contraditória, uma vez que entende que se houver recurso com devolutividade material parcial, ou seja, com impugnação somente de pontos da sentença, com outros em que não impugnou-se, o Tribunal deverá manifestar-se sobre tais pontos. Ora, isso é efeito exatamente da existência da remessa ainda que concomitante com recurso: “Eis, aqui, um detalhe importante: só se cogita de remessa necessária se não for interposta a apelação, caso em que o juiz ordenará ex officio a remessa dos autos ao tribunal (e, se não o fizer, incumbirá ao Presidente do tribunal avocar os autos), conforme expressamente dispõe o art. 496, § 1o. Tendo havido apelação, porém, ao tribunal caberá examinar o recurso interposto, não havendo que se cogitar de remessa necessária (e, portanto, sendo manifestamente equivocada a praxe, encontrada em diversos tribunais, de atuar estes feitos no segundo grau indicando ser caso de “apelação/remessa necessária”). Evidentemente,

Evidentemente que se a parte adversa à Fazenda Pública interpuser a apelação, sobre o ponto em que este recorre, se for sobre matéria em que houve decisão favorável à Fazenda, não haverá a remessa. Contudo, há a possibilidade de sucumbência recíproca, o que leva, sobre a mesma matéria, a ter apelação da outra parte e a remessa.

2 A DISPENSA DE REMESSA NECESSÁRIA

A norma do art. 496 disciplina, em seus parágrafos, exceções para a aplicabilidade da remessa necessária, dividindo-as entre sentenças até um valor determinado e sentenças baseadas em precedentes. No entanto, há de se frisar que a dispensa de remessa não importa em uma não possibilidade de revisão daquela decisão, uma vez que a autoridade ali condenada ou impactada com o ato decisório tem a total possibilidade da utilização do recurso adequado, somente não contendo o benefício da remessa necessária.

2.1 O CONTEÚDO QUANTITATIVO QUE DISPENSA A REMESSA

A remessa necessária pode ser dispensada em determinadas sentenças, cujo conteúdo condenatório não ultrapasse um determinado valor. O próprio art. 496, § 3º, determina quais os valores em que as sentenças serão dispensadas da remessa necessária, de maneira escalonada¹⁴ por espécies de Fazendas Públicas: aos entes ligados à União Federal são dispensadas as sentenças de valores abaixo de mil salários-mínimos, aos entes ligados aos Estados e as Capitais em valores abaixo de quinhentos salários-mínimos e aos entes dos demais Municípios abaixo de cem salários-mínimos.

A dispensa da remessa pelo valor já existia no CPC/73, somente foi alterado no intuito de proporcionar um escalonamento mediante a possibilidade econômica de cada Fazenda Pública. Afinal, cada ente público

havendo recurso parcial da Fazenda Pública, os capítulos de sentença a ela contrários e que não tenham sido impugnados na apelação se submeterão ao reexame necessário (FPPC, enunciado 432).” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 2. ed. Atlas, mar. 2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>>.

14 “No novo código mais uma vez se tentou acabar com o Reexame Necessário e não sendo possível, se previu uma limitação muito maior. De fato, a limitação às sentenças de valor superior a 60 salários-mínimos subiu para 1.000 salários-mínimos para a União Federal e suas respectivas autarquias e fundações, 500 salários-mínimos para os Estados, Distrito Federal e Municípios Capitais de Estados e 100 salários-mínimos para os demais municípios e suas respectivas autarquias e fundações.” MOLLICA, Rogério. *A remessa necessária e o novo código de processo civil. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v. 6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm, 2015. p.73.

tem capacidade diferente para suportar as decisões contrárias, bem como em caminho inverso, as diferentes quantias de condenações têm impactos diferentes para estes entes, possibilitando, por exemplo, diferentes dispensas.

A União Federal detém maior capacidade de absorção de uma condenação, o que importa em dispensar a remessa num patamar de mil salários-mínimos, valor este complexo para outro ente público, o que ensejaria uma diminuição conforme a capacidade, até chegar nos Municípios que terão a dispensa somente quando for sentença com valor inferior a cem salários-mínimos.

2.2 A DECISÃO FUNDADA EM PRECEDENTES VINCULANTES

Se a remessa necessária pode ser dispensada quando a sentença não alcança determinado valor condenatório, pode ser igualmente dispensável quando, em algumas hipóteses, a decisão proferida estiver em consonância com os entendimentos firmados em institutos vinculantes¹⁵, seja súmula de Tribunais Superiores, acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos, em IRDR¹⁶, em IAC¹⁷ ou, ainda, entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público.

Se o juízo de primeiro grau proferir a sentença – ou a decisão parcial de mérito – contendo fundamento baseado em súmulas de Tribunais Superiores, acórdãos repetitivos em recursos excepcionais, IRDR ou IAC, não há motivos para que a decisão seja remetida para a reanálise pelo Tribunal de segundo grau. Evidentemente que cabe recurso da decisão, o qual a Fazenda Pública pode manejar de acordo com seu interesse, mas se houver utilização de precedentes, a garantia da existência de remessa necessária não persistirá pela autoridade argumentativa inerente ao ato decisório.

Obviamente, é pertinente que a sentença realmente utilize o precedente vinculante como principal fundamento para o resultado judicante, com a aplicabilidade correta, mediante uma correlação entre

15“Já quanto aos casos de não aplicação em virtude do acórdão estar em consonância com o entendimento dos Tribunais Superiores, a principal inovação é a previsão nos casos de Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos, para os casos de resolução de demandas repetitivas e também para os feitos em que o próprio fisco dispensa os seus procuradores de recorrer.” MOLLICA, Rogerio. A remessa necessária e o novo código de processo civil. *Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada* - v. 6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm, 2015. p.73.

16 IRDR = Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

17 IAC = Incidente de Assunção de Competência.

as *rationes decidendi*¹⁸ e, especialmente, com a menção do próprio juízo que baseou-se em algum destes precedentes e, que, por isso, a sentença está dispensada da própria remessa necessária.

Desse modo, a utilização de precedente pelo juízo de primeiro grau e a dispensa da própria remessa necessária para reexame do Tribunal demonstra uma valorização da própria vinculatividade desses precedentes¹⁹, demonstrando que os entes públicos não necessitam dessa proteção, caso a decisão proferida seja uma hipótese que se enquadre na aplicabilidade de um desses institutos inseridos no ordenamento como precedentes judiciais.

3 RELAÇÃO DA REMESSA NECESSÁRIA COM OUTROS INSTITUTOS DO CPC/2015

3.1 A DECISÃO PARCIAL DE MÉRITO E A TOTAL SIMETRIA COM A REMESSA NECESSÁRIA

O CPC/2015 trouxe a possibilidade da prolação de decisão parcial de mérito, disciplinada no art. 356. Este instituto trata de maneira bastante inovadora a permissão da decisão meritória ser cindida durante o processo, com a possibilidade de que haja uma decisão interlocutória com total conteúdo meritório. A decisão parcial é uma espécie dentro do gênero de julgamento antecipado do mérito, que tem como premissa ser “uma decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, proferida, após a fase de saneamento do processo, em que o magistrado reconhece a desnecessidade de produção de mais provas em audiência²⁰.”

A positivação de tal hipótese decisória parcial de mérito propicia uma série de situações processualmente novas, com impacto em diferentes áreas. Em relação a remessa necessária e a possibilidade

18 *Rationes decidendi* significa razões de decidir.

19 “Pois todas essas hipóteses se justificam à luz do sistema, implantado no direito processual civil brasileiro a partir do CPC de 2015, de construção de decisões judiciais a partir de precedentes. Não faria, mesmo, qualquer sentido submeter a um reexame obrigatório a sentença que está em conformidade com súmula de jurisprudência dominante ou com precedente vinculante, ainda mais quando se considera que o ente público vencido sequer terá interposto recurso contra a sentença.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Atlas, mar. 2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>>.

20 DIDIER, Jr. Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador. JusPodivm. 2015. p. 688

desse julgamento parcial do mérito, a norma não descreve qualquer impossibilidade de aplicação deste instituto em face da Fazenda Pública²¹.

No entanto, se a norma não impossibilita textualmente a aplicação do julgamento parcial de mérito em face da Fazenda Pública, um problema surge: essa decisão parcial de mérito submete-se ao crivo da remessa necessária? É importante tomar-se ciência que o julgamento antecipado parcial de mérito é uma decisão que normalmente seria proferida na sentença, antecipando-se, ainda que parcial e interna diante de um ato interlocutório, a decisão meritória. O conteúdo é de sentença, mas a forma processual é notadamente de uma decisão interlocutória, numa definição específica que impactará processual para a escolha recursal a ser realizada. Como a conceituação será de uma decisão interlocutória parcial de mérito, a impugnabilidade acaba por ser, de acordo com o art. 356, §5º e 1.015, II, via agravo de instrumento, mesmo com a existência de características híbridas.

E a pergunta permanece: são compatíveis o art. 356 (decisão parcial) e o art. 496²² (remessa necessária)? Entendemos que sim, que devem ser compatíveis, pelo fato de que a decisão parcial, ainda que interlocutória, versa sobre o mérito, julgando com base no art. 487, com a necessidade de simetria entre ambos os institutos.

Para ser possível a remessa necessária de uma decisão parcial de mérito com resultado contrário à qualquer Fazenda Pública, vislumbra-se que o processo não pode, por conta dessa possibilidade, transferir a jurisdição imediata e totalmente para o segundo grau, uma vez que esta não foi encerrada sobre a demanda como um todo, somente parcialmente. Ou seja, há de se entender que a remessa necessária terá um cunho evidentemente parcial, de igual modo àquela decisão sobre a qual materialmente possibilita

21 Nery Jr. e Nery entendem necessária somente recair o instituto sobre sentença, não possibilitando ampliação de interpretação. “O dispositivo fala em sentença, que é ato do juiz singular que, ao mesmo tempo, contém uma das matérias do CPC 485 ou 487 e extingue uma fase cognitiva do procedimento comum ou a execução (CPC 203 § 1º). Somente as sentenças de mérito (CPC 487), nos casos do CPC 496 I e III, proferidas por juízo de primeiro grau, estão sujeitas à remessa necessária.” NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1.269.

22 Embora o artigo 496, em seu caput, mencione o cabimento da revisão obrigatória apenas de sentenças, sem cuidar de outras decisões, é fundamental interpretar o novo CPC sistematicamente. O novo diploma legal tratou expressamente de outras decisões do Judiciário em primeiro grau que possuem papel típico de sentença, apenas de não possuírem tal natureza: são as decisões interlocutórias de mérito. É o que se tem no caso do julgamento antecipado parcial de mérito.” RODRIGUES, Marco Antônio. O reexame necessário no julgamento antecipado parcial do mérito. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/05/20/o-reexame-necessario-no-julgamento-antecipado-parcial-do-merito/>>.

a revisão, separando-se do processo originário, para ser remetido de maneira autônoma ao Tribunal de segundo grau.

Evidentemente que, diante da construção dessa possibilidade, deve-se imaginar, procedimental e burocraticamente, como os cartórios das varas de Fazenda Pública se moldarão a esta realidade, pela necessidade de um procedimento de remessa necessária por instrumento, algo que nem o ordenamento prevê expressamente, contudo essencial para possibilitar a remessa ser possível na decisão parcial de mérito.

De igual modo, a decisão parcial que seja relativa às hipóteses alcançada pelas exceções, conforme art. 496, §§ 3º e 4º, devem ser assim dispensadas da remessa, igual aconteceria se fosse uma sentença. Afinal, deve-se conceder tratamento idêntico, com as mesmas limitações, alcances e possibilidades materiais e processuais.

De toda maneira, por mais que haja a visualização da remessa necessária de modo parcial, somente sobre aquele objeto da decisão interlocutória igualmente parcial de mérito, a amplitude material do Tribunal, no tocante àquele ponto decisório, também é total, com a delimitação ao que se remeteu, ou seja, os limites daquela decisão parcial, mas permitindo-se a manutenção, reforma, anulação. Evidentemente, limitados aquilo – a decisão parcial – que foi decidido em primeiro grau e remetido ao Tribunal para análise.

3.2 A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE E A REMESSA NECESSÁRIA

O CPC/2015, nas hipóteses de tutelas provisórias de urgência, estipulou a possibilidade do pedido realizado em caráter antecedente²³, antes mesmo da formação completa da inicial, somente com a exposição dos fatos e do direito referente ao pedido da tutela provisória, sem a necessidade de

23 “(i) no caso de a urgência anteceder a própria ação principal ou o pedido principal, o novo CPC admite a perspectiva do pleito antecedente da medida, e cria duas modalidades procedimentais próprias, autônomas, para a busca da tutela de urgência: o procedimento antecedente para a tutela antecipada (arts. 303 e 304) e o procedimento antecedente para a tutela cautelar (arts. 305 a 310);” ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada. In FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p.81

expor todo o conteúdo, matéria e pedidos da inicial. Dessa forma, o autor se esmera somente em, nesse primeiro momento, preocupar-se com o pedido da tutela provisória, inaugurando o processo de forma antecedente²⁴ à própria petição inicial, para, após a análise do juízo sobre a concessão ou não da tutela provisória, preocupar-se processualmente em aditar a inicial.

Somente as tutelas provisórias de urgência têm essa possibilidade de pedido em caráter antecedente, contudo divide-se em dois ritos diferentes: um para a tutela provisória de urgência antecipada (arts. 303 e 304) e outro para a tutela provisória de urgência cautelar (arts. 305 a 310).

Para o assunto relacionado à remessa necessária, focaremos sobre na possibilidade da antecedente quando pedido em tutela provisória de urgência antecipada. Nesta hipótese, apesar de o autor ter a possibilidade de antecipar um pedido de tutela provisória na inicial, embasando-se nos requisitos da urgência e probabilidade do direito, pode pleitear numa petição simples, uma pré-inicial²⁵, o pedido que pretende em tutela provisória, com uma explanação dos fatos e fundamentos atinentes somente a este pedido, nos moldes do art. 303. Para tal desiderato, a urgência do autor deve ser tamanha que não há possibilidade de pleitear-se integralmente a demanda,

24 Câmara discorre que esta possibilidade antecedente seria para casos extremos, o que também concordamos, contudo, não a tal ponto de entender que somente em casos como exemplifica em utilização do plantão judicial. Vejo de maneira mais aberta sobre a possibilidade de externar-se essa urgência, seguindo no caminho de que esta seria no importe de entender que há plausibilidade com a necessidade de ser antes da inicial, mas não necessariamente extremada assim. E, ainda, como veremos, pode ser que seja somente para conseguir a cognição sumária, o que nem necessitaria de urgência diferente daquelas normais de qualquer tutela dessa característica: “O procedimento previsto nos arts. 303 e 304 será empregado apenas naqueles casos em que “a urgência for contemporânea à propositura da ação”, hipótese em que, havendo urgência extrema, poderá o demandante limitar-se a, na petição inicial, requerer a tutela de urgência satisfativa, com a indicação do pedido de tutela final, a exposição sumária da causa, do direito que se busca realizar e da situação de perigo de dano iminente (art. 303), além do valor da causa (art. 303, § 4o). Tem-se aí uma previsão que será muito útil, por exemplo, naqueles casos em que a necessidade de se propor a demanda surge fora do horário normal do expediente forense, quando a petição inicial muitas vezes tem de ser elaborada às pressas para ser examinada em primeiro lugar por um juiz plantonista (o qual, como notório, só pode examinar requerimentos extremamente urgentes, que não podem sequer esperar pela reabertura dos trabalhos ordinários do fórum).” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 2. ed. Atlas, mar. 2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>>.

25 “A tutela antecipada antecedente equivale, em linhas gerais, à cautelar preparatória que existia no Código de Processo Civil anterior (art. 801) e que foi mantida no atual Código (art. 305). Não faria sentido permitir o pedido antecedente de tutela cautelar e vedar tal faculdade quanto à tutela satisfativa (antecipada), uma vez que ambas fazem parte do gênero “Tutela Provisória” (Livro V do CPC) e fundam-se, primordialmente, na urgência.” CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Coleção grandes temas do novo CPC - v. 6 - Tutela Provisória*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 196.

com a necessidade de que, pela simplicidade²⁶ do caráter antecedente, somente peça, neste momento, a tutela provisória de urgência.

Não há, para o pedido da tutela provisória, nestes moldes, a necessidade de formalizar a petição inicial integral, somente atendo-se ao limites do pedido que pretende a concessão provisória. No entanto, o instituto é imaginado pelo legislado, com o intuito de sumariedade, ou seja, para que o autor se satisfaça com a liminar, sem o intuito de alcançar a tutela final. Essa é a grande inovação que o CPC/2015 trouxe para as tutelas provisórias.

Com o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente concedido pelo juízo, com a discriminação pelo autor de tal intenção, aquela liminar proferida, prevê, na dicção do art. 304, a estabilização dessa tutela provisória antecipada concedida em caráter antecedente, caso o réu, ao ser citado para cumprir a liminar não interponha o recurso de agravo de instrumento. O que seria, no entanto, essa estabilização da tutela concedida? Nessa situação, os efeitos oriundos da ordem judicial de cognição sumária continuarão a serem produzidos, ainda que não tenha um litígio para aquela situação específica, uma vez que a não interposição do recurso importa, via de consequência, na extinção da demanda.

Essa estabilização²⁷ é um grande enigma do CPC/2015, ainda mais num sistema em que somente se conhece os institutos da preclusão e da coisa julgada, o que leva a necessidade da inclusão da estabilização ser visualizada com independência e autonomia em relação aos outros institutos. Se o autor intentou a demanda, de maneira precária e antecedente, somente almejando a cognição sumária, estabelecendo que a definitiva não era seu interesse primordial, quando há a concessão da tutela provisória nessas características, o réu, ao ser citado para cumprimento da decisão liminar, já está ciente das consequências e da necessidade de interposição do recurso para a devida impugnação da decisão.

26 “Como se verifica, o excesso de formalismo no contexto do direito brasileiro decorre, em princípio, mais da cegueira do aplicador da lei ou dos demais operadores coadjuvantes – desatentos aos valores do processo, pouco afeitos ao manejo das possibilidades reparadoras contidas no ordenamento ou ansiosos por facilitar o seu trabalho – do que do próprio sistema normativo. Nesse aspecto, influi também a excessiva valorização do rito, com afastamento completo ou parcial da substância, conduzindo à ruptura com o sentimento de justiça”. OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 207.

27 “A estabilização da tutela antecipada é uma técnica de monitorização do processo civil brasileiro para situações de urgência de natureza satisfativa, prevista expressamente, pelo CPC/2015, no capítulo da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. *Revista de Processo*. v. 257. a. 41. p. 153 – 178, jul. 2016. São Paulo: RT. p. 171.

A estabilização²⁸ nasce com a ausência da interposição do recurso, no caso o agravo de instrumento. O réu, nesta hipótese, opta por não interpor a devida impugnação ciente de que a demanda será extinta e, com isso, os efeitos da decisão serão mantidos, ainda que não exista mais lide, tampouco cognição exauriente²⁹.

A dúvida recai na hipótese do réu ser a Fazenda Pública, o que nos leva a enfrentar a possibilidade ou não do pedido da tutela provisória em caráter antecedente, nessa hipótese, vir acompanhada com o instituto da estabilização. E, ainda, se for possível a estabilização, há relação com a remessa necessária? A premissa inicial deve ser pela admissibilidade da relação entre estabilização e a Fazenda Pública e, num segundo momento, que para que se alcance a estabilização, há a necessidade da remessa necessária, nos mesmos moldes do que propomos sobre a decisão parcial de mérito que condena a Fazenda, com a procedimentalidade em separado.

Nessa visão, se o autor consegue a liminar com pedido de estabilização contra a Fazenda Pública, se esta não interpuser o agravo de instrumento para impugnar a decisão, há a necessidade da remessa necessária, com a análise pelo Tribunal, sobre tal decisão, com a possibilidade posterior de estabilização. Evidentemente que os efeitos da tutela provisória concedida em caráter antecedente já gera os seus efeitos, com a possibilidade de imediato cumprimento e, até, de execução provisória. No entanto, para configurar a estabilização, há a

28 “A disciplina do direito brasileiro encontra ao que tudo indica inspiração nos procedimentos “de référé” (artigos 485 a 492) e “sur requête” (artigos 493 a 498) do direito francês e nos “provvedimenti d’urgenza” com “strumentalità attenuata” do direito italiano (artigo 669-octies, Codice di Procedura Civile). Do “procédure sur requête” o direito brasileiro importou a ausência do contraditório⁵ (nem o “procédure de référé”⁶, nem os “provvedimenti d’urgenza”⁷ prescindem do direito ao contraditório prévio). A eficácia que procurou outorgar à decisão estável depois de transcorrido em branco o prazo previsto para o exaurimento da cognição, contudo, não tem paralelo no direito francês e no direito italiano.” MITIDIEIRO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica – Novo Código de Processo Civil*. Tribunal Regional do Trabalho. v. 4. n. 39. 2015. p.18.

29 A dúvida que surge é a seguinte: há vantagem para o réu em permanecer silente, no caso da estabilização da tutela antecipada? Sim, há: diminuição do custo do processo. Por não opor resistência, não pagará as custas processuais (aplicação analógica do disposto no 1º do art. 701 do CPC) e pagará apenas 5% de honorários advocatícios de sucumbência (art. 701, caput, CPC, também aplicado por analogia). [...] Essa interpretação da regra funciona como estímulo para o réu não reagir à decisão concessiva da tutela antecipada, já que, ainda que estabilizada, poderá ser revista, reformada ou invalidada por ação autônoma (art. 304, 2º, CPC). Permite-se que uma tutela estável acabe sendo oferecida de modo mais rápido e econômico.” DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador, JusPodivm, 2015. p. 605-607.

necessidade de remessa necessária, cumprindo de maneira amplificada o que propõe o art. 496.

3.3 A REMESSA NECESSÁRIA E SUA INCIDÊNCIA NA AÇÃO MONITÓRIA

A ação monitória³⁰ é uma ação de procedimento especial, em que permite-se, mesmo sem título executivo, contudo com prova escrita, exigir do devedor capaz, pagamento de quantia em dinheiro, entrega de coisa fungível ou infungível, de bem móvel ou imóvel ou o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.

Essa demanda tem um procedimento diferente do processo de conhecimento, com viés de especialidade, uma vez que se a prova escrita for evidente, o juízo, independentemente de sentença, pode deferir mandado para pagamento, entrega de coisa ou obrigação de fazer ou não fazer. Nesse viés, uma demanda de conhecimento, contudo sem as características de uma ação desse procedimento.

Dessa decisão inicial pela evidência da prova escrita, com a concessão, via decisão interlocutória do deferimento para mandar pagar, entregar ou obrigar a fazer ou não fazer, cabe a interposição de embargos à monitória, para que o réu possa defender-se, podendo utilizar-se de qualquer matéria possível de defesa no processo de conhecimento. Ou seja, com essa interposição, há uma transformação de um procedimento especial de concessão de ordem de pagamento, entregar ou obrigar a fazer ou não, em uma discussão sobre a própria eficácia da prova escrita, constituição e validade, com uma cognição bem maior.

Se o réu não apresentar os embargos à ação monitória, a decisão anteriormente concedida, transformar-se-á em um título executivo judicial, com a alteração da classe da ação para um cumprimento de sentença. Desse modo, uma decisão interlocutória, com alta carga

30 "Numa conceituação da nova ação monitória: "A ação monitória consiste no meio pelo qual o credor de determinada obrigação, cujo crédito esteja comprovado por documento hábil, requer a prolação de provimento judicial consubstanciado, em última análise, num mandado de pagamento de quantia em dinheiro ou de obrigação de fazer ou não fazer, ou, ainda, de entrega de coisa. Já no que se refere à sua estrutura, tal demanda é veiculada mediante procedimento especialíssimo, em razão da sumariedade formal da cognição e de outros aspectos que o conotam." TUCCI, José Rogério Cruz e. *Requisitos da petição inicial da nova ação monitória*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/paradoxo-corte-requisitos-peticao-inicial-acao-monitoria>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

cognitiva sumária, pode transformar-se, rapidamente, em título executivo judicial, no caso de não impugnação.

E, o que ocorre quando a Fazenda Pública for ré³¹? Não há como prever que esta apresente obrigatoriamente, os embargos à monitória, contudo, nesse caso, sem impugnação por parte da Fazenda Pública, a remessa necessária estará presente, ainda que a decisão seja uma interlocutória, uma vez que seria instada a realizar o pagamento, o que necessita de revisão obrigatória, imputando uma condição de eficácia para o título judicial a ser formado.

Evidentemente que o valor do título deve ser compatível com as exceções previstas no art. 496, § 3º, para que seja possível a incidência da remessa necessária, uma vez que se o valor do título executivo a ser formado for menor do que o constante no citado dispositivo, ainda que não tenha apresentado embargos, será formado o título executivo. Acima da alçada, o título somente será formado, se houver confirmação da decisão pelo Tribunal. Essa é uma espécie de remessa necessária sobre uma decisão interlocutória³² e, não uma sentença.

4 CONCLUSÃO

O novel ordenamento primou por manter o instituto da remessa necessária, atualizando a sua incidência para manter tal benefício para a Fazenda Pública, contudo, como resultado da pesquisa, vemos que houve uma notória restrição em seu cabimento, com adaptações para somente

31 “a constituição de título executivo judicial em desfavor da fazenda pública, a remessa necessária e o prosseguimento com a fase de cumprimento de sentença. Ocorrendo o julgamento de procedência da ação monitória, com rejeição da matéria posta pelo réu nos embargos monitórios oferecidos pela Fazenda Pública, “constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial” (art. 702, § 8.o). Neste caso, caberá ao juiz determinar a remessa dos autos ao tribunal na forma do inciso I do art. 496, salvo o caso de dispensa (art. 496, § 3.o). Havendo a confirmação da sentença de 1.o grau pelo tribunal, caberá ao autor apresentar pedido de cumprimento de sentença observando o procedimento próprio para a Fazenda Pública. Neste sentido, se a obrigação constante do título judicial for de pagar quantia certa, caberá ao exequente observar o disposto no art. 523 e seguintes.” CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Comentários ao art. 702. STRECK, Lenio. *Comentários ao código de Processo Civil*, 11. ed. Saraiva, mar. 2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>>.

32 A remessa necessária se relaciona claramente com a ação monitória: “O § 4.º do art. 701 prevê que, quando a Fazenda Pública for ré na ação monitória e não apresentar embargos, o título judicial formado estará sujeito ao reexame necessário, nos termos do art. 496, aplicando-se, a seguir e no que forem compatíveis, as disposições atinentes ao cumprimento de sentença.” PEREZ, Marcela Melo. Comentários ao art. 701. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2. ed. Método, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>>.

em situações em que o legislador entendeu como realmente necessária a permanência do instituto.

A remessa necessária continua a ser uma condição de eficácia da sentença, sem o CPC/2015 conceder nova ou grande alteração sobre a sua natureza jurídica, tampouco à sua relação com a translatividade da matéria decidida e, ainda, com a total possibilidade de revisão material pelo Tribunal de segundo grau.

Desse modo, a remessa necessária foi incluída no art. 496 do CPC/2015, com o intuito de beneficiar a Fazenda Pública, mediante a permanência de tal prerrogativa processual, principalmente aquelas menores, os Municípios, que terão, valorativamente, maior possibilidade de incidência de tal instituto.

Sobre os valores de sua dispensa, diferentemente do CPC/73, o qual detinha um valor fixo para a não incidência, na nova remessa necessária houve um escalonamento em relação aos valores da demanda e da condenação, não ocorrendo quando a sentença for de condenação menor do que 100 salários-mínimos para os Municípios, o que será de maneira diversa no tocante às Capitais e Estados (500 salários-mínimos) e à União (1.000 salários-mínimos).

Ainda sobre os mecanismos possibilitadores da dispensa da remessa necessária, os precedentes foram valorizados, demonstrando que o CPC/2015 concedeu total importância a tais decisões, conferindo-lhes uma ampliação para a dispensabilidade da condição de eficácia da decisão. Uma vez a sentença fundada em um precedente disposto no § 4º, do art. 496, o juízo não necessitará da remessa ao Tribunal para a reanálise obrigatória.

Como resultado da investigação, mediante a interlocução da remessa necessária com outros institutos, conclui-se, primeiramente, pelo cabimento quando houver a decisão parcial de mérito, numa visão de que não será somente sobre uma sentença que a remessa será cabível, somente com o devido enquadramento nas mesmas questões primordiais de incidência da própria remessa.

Dessa maneira, a remessa necessária, na prática, quando houver uma decisão parcial de mérito condenatória contra a Fazenda e não for hipótese de dispensa, o juízo deve remeter ao Tribunal, tal qual faz com a sentença condenatória, abrindo uma relação da remessa com o agravo de instrumento, o que não existia no antigo ordenamento.

De igual modo, concluímos que a decisão da tutela provisória antecipada antecedente, apesar do dever de ser imediatamente cumprida, dada a sua eficácia ser prontamente necessária e visualizável, sua efetividade somente deve ser plena e definitiva, até para fins de estabilização, com a remessa necessária quando o réu for Fazenda Pública. Ou seja, não há estabilização de tal tutela provisória antecedente antes da remessa necessária.

E, ainda, o CPC/2015 deixou positivada a possibilidade de ação monitória contra a Fazenda Pública, com a necessidade de que a decisão sobre a concessão de eficácia de título a prova escrita, mesmo sendo uma decisão interlocutória, será passível de remessa necessária.

O CPC/2015 reformou o instituto, com o intuito de manter a prerrogativa da Fazenda Pública, mas, ao mesmo tempo, diminuí-la como tal proteção, conforme já delineado. No entanto, o próprio ordenamento deixou lacunas sobre a real amplitude do instituto e a relação com vários institutos, o que investigamos nesse trabalho.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: RT 2007.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

BUZAID, Alfredo. *Da apelação ex-officio*. São Paulo: Saraiva, 1951.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Atlas, 03/2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>>.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Comentários ao art. 702. STRECK, Lenio. *Comentários ao código de Processo Civil*, 11. ed. Saraiva, mar. 2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>>.

CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Coleção grandes temas do novo CPC*. v. 6 . Tutela Provisória. Salvador: Juspodivm, 2015

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER, Jr. Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador. JusPodivm. 2015.

DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador, JusPodivm, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 4. ed. RT: São Paulo, 2015.

FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Comentário ao art. 496. STRECK, Lenio (org.). *Comentários ao código de Processo Civil*, 11. ed. Saraiva, mar. 2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>>.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 4. ed. RT: São Paulo, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. *Revista de Processo*, v. 257. a. 41. p. 153 – 178. São Paulo: RT, jul. 2016.

MITIDIEIRO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica – Novo Código de Processo Civil*. Tribunal Regional do Trabalho. v. 4. n. 39. 2015.

MOLLICA, Rogerio. A remessa necessária e o novo código de processo civil. *Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v. 6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm, 2015.

NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: RT. 2016.

PEREZ, Marcela Melo. Comentários ao art. 701. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2. ed. Método, jun. 2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>>.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil*. v. I. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Marco Antônio. *O reexame necessário no julgamento antecipado parcial do mérito*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/05/20/o-reexame-necessario-no-julgamento-antecipado-parcial-do-merito/>>.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Requisitos da petição inicial da nova ação monitória*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/paradoxo-corte-requisitos-peticao-inicial-acao-monitoria>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. Teoria geral do conhecimento e processo de conhecimento. 15. ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2015.